

472

Remitente
Destinatario

Remitente: **Remitente**
CARRERA 13 N° 27-00 PISO 1°
BOGOTÁ D.C.
Dirección: **BOGOTÁ D.C.**
Ciudad: **BOGOTÁ D.C.**
Departamento: **BOGOTÁ D.C.**
Codigo postal: **11031105**
Envío: **RA3025245100**

Destinatario: **Destinatario**
CARRERA 13 N° 27-00 PISO 1°
BOGOTÁ D.C.
Dirección: **BOGOTÁ D.C.**
Ciudad: **BOGOTÁ D.C.**
Departamento: **BOGOTÁ D.C.**
Codigo postal: **11031105**
Fecha admisión: **10/02/2021 14:07:33**

GOBIERNO DE COLOMBIA


Industria y Comercio
SUPERINTENDENCIA

Carrera 13 N° 27-00 Piso 1°
BOGOTÁ D.C. - COLOMBIA

SEÑOR (A)(ES)

INVIAS

INSTITUTO NACIONAL DE VIAS ANEXOS: Otro-01,
RADICACION 13830 22/02/2021 11:56:51 am
REFERENCIA OFICIO
DEPENDENCIA OFICINA ASESORA JURIDICA

**CALLE 25 G N° 73 B - 90 COMPLEJO
EMPRESARIAL CENTRAL POINT**

BOGOTÁ D; C, - COLOMBIA

RADICADO 17 - 401804 - 220

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RAD: 17-401804- -220-2 FECHA: 2021-02-18 08:17:14
DEP: 104 GRUPO DE TRABAJO DE EVE: 330 INVESTIGACION
NOTIFICACIONES Y
TRA: 114 PRACRESTRICTI FOLIOS: 80
ACT: 330 COMUNICACIÓN

Bogotá D.C.

104

Señores

INVIAS

CL 25G 73B 90 COMPLEJO EMPRESARIAL CENTRAL POINT
BOGOTA D.C.--COLOMBIA

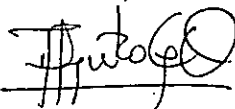
Asunto: Radicación: 17-401804- -220-2
 Trámite: 114
 Evento: 330
 Actuación: 330
 Folios: 80

INSTITUTO NACIONAL DE VIAS ANEXOS: Otro-01,
RADICACION 13830 22/02/2021 11:56:51 am
REFERENCIA OFICIO
DEPENDENCIA OFICINA ASESORA JURIDICA

Respetados Señores:

De manera atenta le informo que dentro del expediente 17-401804, se emitió la Resolución No. 73323 del 18 de Noviembre de 2020, dando cumplimiento con lo ordenado en el Artículo Decimo de la misma se remite copia de la resolución 73323 del 18/11/2020 y de la resolución 3303 del 02/02/2021, así como la constancia de ejecutoria del Acto Administrativo expedido dentro del expediente.

Atentamente,



ALEJANDRO COY QUINTERO
COORDINADOR GRUPO NOTIFICACIONES Y CERTIFICACIONES

Elaboró: Margarita Gomez
Revisó: Liliana Benavides
Aprobó: Dr. Alejandro Coy

Anexo
79 FOLIOS.



**El futuro
es de todos**

**Gobierno
de Colombia**



EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

RESOLUCIÓN 3303 DE 2021

(02 FEB 2021)

Radicación No. 17-401804

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 73323 del 18 de noviembre de 2020¹ (en adelante "Resolución No. 73323 de 2020" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso **sanciones** a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, DVG INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "DVG") y **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "PROTECO") por haber incurrido en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) en los términos expuestos en las partes considerativa y resolutive de la mencionada Resolución.

Así mismo, se impuso **sanción** a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, por colaborar y ejecutar la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de conformidad con los motivos expuestos en la Resolución No. 73323 de 2020.

A su vez, se decidió **archivar** la investigación en favor de **PROTECO** respecto de su responsabilidad en la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 con relación a unos procesos de selección mencionados en la Resolución Sancionatoria, así como en favor de **AVINCO S.A.S.** (en adelante "AVINCO") y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) respecto de su responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, por las razones expuestas en la parte motiva de la Resolución No. 73323 de 2020.

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho encontró probada la existencia de una práctica anticompetitiva que fue implementada en una serie de procesos de selección adelantados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** (en adelante "INVÍAS") y el **FONDO NACIONAL DEL TURISMO** (en adelante "FONTUR"), en los que los sancionados participaron, aparentando ser competidores independientes y autónomos, cuando en realidad sus actuaciones estuvieron coordinadas en cada una de sus etapas.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a los agentes de mercado y a las personas naturales a ellos vinculadas.

¹ Consecutivo No. 17-401804-163 del cuaderno público electrónico No. 5 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuándo se habla de "Expediente" se hace referencia al radicado No. 17-401804.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA Nº 2

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Tabla No. 1: Sanciones impuestas mediante Resolución No. 73323 de 2020

SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO		
Agentes de mercado		
1	PROTECO INGENIERÍA S.A.S.	\$137.443.020
2	DVG INGENIERÍA S.A.S.	\$287.170.455
3	DANIEL VELASCO GONZÁLEZ	\$100.055.670
Personas naturales		
1	EDER ZABALETA ROJAS	\$16.735.290
TOTAL SANCIONES		\$541.404.435

Fuente: Resolución No. 73323 de 2020.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 73323 de 2020, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, los investigados que fueron sancionados en la presente actuación administrativa interpusieron recursos de reposición².

A continuación se presentan los diferentes argumentos planteados por los impugnantes:

2.1. Argumentos comunes presentados por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y PROTECO

- Con la presente actuación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció la implementación del Decreto 342 de 2019, por medio del cual se adoptaron como obligatorios los pliegos tipo en los procesos licitatorios para la ejecución de obras civiles y se estableció el método de ponderación de las ofertas económicas a través de un mecanismo aleatorio, con el fin de proteger los principios de transparencia y libre competencia.
- El factor aleatorio que fue incluido como método de ponderación de las ofertas económicas (Tasa Representativa del Mercado o TRM), el cual incluso fue promovido por esta misma Superintendencia, hace imposible la colusión en el mercado.
- Al haberse desconocido la imposibilidad de colusión en procesos licitatorios como los objeto de investigación, la sanción impuesta se basó exclusivamente en las relaciones de amistad y "colegaje" entre los sancionados.
- La Delegatura para la Protección de la Competencia rechazó un número de pruebas documentales y testimoniales solicitadas dentro de la investigación, manteniendo su posición de juzgar la conducta de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y PROTECO.
- La Superintendencia de Industria y Comercio valoró un número de pruebas recaudadas en diligencias de inspección administrativa, en las cuales no se contó con orden judicial previa. Por otro lado, no se valoraron las pruebas documentales que permitían establecer que no era posible que se presentara una colusión en las licitaciones del INVÍAS.
- Las pruebas que fueron analizadas por esta Entidad daban cuenta de un cruce de información pública y que se encontraba disponible para cualquier persona en la página electrónica de la entidad convocante como en el SECOP.

2.2. Argumentos comunes presentados por EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG

- No es cierto que la etapa de averiguación preliminar no esté sujeta a formalidades, ni que en la misma la Superintendencia de Industria y Comercio pueda usurpar funciones exclusivas de las autoridades judiciales.

² Consecutivo No. 17-401804-193, 17-401804-194 y 17-401804-195 del cuaderno público electrónico No. 5 del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 establece que, en cuanto al procedimiento para determinar si existió o no una infracción al régimen de libre competencia, *"se debe dar aplicación a lo dispuesto el (sic) código contencioso administrativo"*. Esto obliga a que la entidad deba interpretar y aplicar la normatividad vigente a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política y la ley 1437 de 2011.
- El debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, implica el respeto de las formas y procedimientos propios de cada actuación procesal, por lo cual no se entiende cómo la Superintendencia de Industria y Comercio justificó su conducta arbitraria, por medio de la cual (i) emitió un informe motivado incompleto; (ii) practicó e incorporó nuevas pruebas después de haber precluido la etapa de investigación; (iii) no garantizó el derecho a la defensa y contradicción; y (iv) recolectó pruebas de manera ilegal, aludiendo a su competencia funcional de inspección y vigilancia.
- El informe motivado debe brindar información respecto a la totalidad de los elementos probatorios para determinar no solo la imposición de una sanción, sino la tasación de la misma, pues no le corresponde al Superintendente de Industria y Comercio determinar los hechos y/o practicar las pruebas requeridas para imponer y tasar la sanción.
- En el presente caso, el Informe Motivado no incluyó las pruebas o conclusiones respecto a los elementos listados en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, los cuales deben tenerse en cuenta para tasar la sanción a imponer.
- El Superintendente de Industria y Comercio se encontraba imposibilitado de ejercer sus competencias y realizar la tasación de la multa, pues no se mencionaron en el Informe Motivado los elementos de prueba que le hubieran permitido valorar los criterios establecidos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.
- Se presentó una violación al debido proceso, pues los sancionados no tuvieron la posibilidad de conocer, ni siquiera parcialmente, los elementos de prueba que darían origen a las multas impuestas y sus montos.
- Las sanciones impuestas son pobres en justificación y carecen de contenido fáctico y jurídico, pues se omitió hacer una discriminación del valor dado a cada elemento de prueba utilizado para su imposición. La Resolución Sancionatoria se limitó *"caprichosamente"* a imponer un porcentaje aproximado con respecto a los ingresos y patrimonio líquido de las empresas sancionadas y terminó imponiendo una sanción *"equivalente a la multa máxima potencialmente aplicable"*, sin justificar el cálculo realizado para llegar a dicho valor.
- Las pruebas que soportaron las multas impuestas en el presente caso solo evidencian la estrategia corporativa entre empresas para la optimización eficiente de los recursos.
- No le es dado a la Superintendencia de Industria y Comercio ordenar el pago de multas sin realizar una estimación razonada en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso (en adelante "CGP"), máxime si los investigados no tuvieron la oportunidad procesal para controvertir dichas sanciones.
- Según el principio de legalidad contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política, y al no tener el Superintendente de Industria y Comercio facultades de instruir ni practicar pruebas, se encontraba imposibilitado de tomar una decisión en el presente caso, al no contar con la totalidad de elementos fácticos y probatorios para imponer las multas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no estaba facultada de realizar diligencias sometidas a reserva judicial ni de practicar pruebas que no guardaran conexidad con las funciones de la Entidad.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021 "Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"	HOJA N° 4
• La Corte Constitucional manifestó que las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia son mecanismos leves o intermedios de control, y sus facultades probatorias deben ser ejercidas a la luz del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante "CPACA") y del CGP. Igualmente, que esta Entidad no estaba facultada para realizar interceptaciones o registros, lo cual se encuentra bajo reserva judicial. Por este motivo, las pruebas en que se basan las sanciones impuestas son nulas y carecen de legalidad. • Se vulneraron los derechos de los sancionados al afirmarse que, habiéndose resuelto en anterior oportunidad sobre la solicitud de nulidad de las pruebas recolectadas, el Superintendente de Industria y Comercio no debía volverse a pronunciar sobre las mismas en la Resolución Sancionatoria. • La información que se obtuvo de computadores, correos electrónicos y teléfonos celulares de los sancionados, no podía ser vinculada al proceso dado que se recolectó de manera ilegal. Esto, toda vez que si bien dichos equipos contaban con información relacionada con su actividad económica, en realidad se trataba de sus equipos personales. • La Delegatura para la Protección de la Competencia realizó amenazas disfrazadas de advertencia, con el fin de acceder a los equipos personales de los sancionados. Esto evidencia la forma arbitraria e intimidante con que actuó la Entidad, lo cual invalida las pruebas recaudadas y el procedimiento adelantado por esta Superintendencia. • La Resolución Sancionatoria afirmó que la conducta de los sancionados era idónea para afectar la libre competencia, basándose en que los mismos mostraron conocimientos sobre la existencia de los mismos diez (10) posibles proponentes en cada proceso de ejecución de obras fluviales y el comportamiento de estos. Sin embargo, no se tiene en cuenta que se trata de información apenas natural entre los participantes en dichos procesos, y no es información exclusiva de los sancionados. • Existe una carencia de elementos probatorios que esta Superintendencia buscó ocultar por medio de interpretaciones y presunciones fabricadas a partir de prejuicios respecto a la conducta de los sancionados. • Las relaciones entre DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), PROTECO y DVG son ciertas pero irrelevantes para justificar la sanción de unas conductas que se encuentran justificadas y ajustadas a la ley, como son las relaciones entre las empresas de colaboradores y aliados en unos procesos, y de competidores en otros; las relaciones comerciales que permitían el apalancamiento mutuo financiero; entre otras. • La supuesta capacidad de influenciar las decisiones de DVG por parte de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ no existió ni fue probada. Si bien EDER ZABALETA ROJAS afirmó que consultaba con DANIEL VELASCO GONZÁLEZ sobre determinado proyecto futuro, no se encontró prueba de que esto hubiera ocurrido en el marco de un proceso en el que iban a ser competidores, ni en el marco de una conducta coordinada para afectar la transparencia del mercado. • Es reprochable que la Superintendencia de Industria y Comercio basó su sanción en un criterio "peligrosista" y "auto inventado" de que la conducta anticompetitiva se dio por la "posibilidad de influir, aún fuera del ámbito societario". Se sancionó "por lo que pudo ser y no por lo que efectivamente se probó ocurrió". • No existió prueba sobre la afirmación de que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ decidía sobre los procesos de selección en los que se presentarían DVG y PROTECO. La única prueba mencionada en la Resolución Sancionatoria fue la existencia de un intercambio de información genérica y pública sobre procesos venideros.	

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- Sobre el supuesto poder disciplinario de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre los empleados de **DVG**, se explicó a lo largo de la actuación que esto ocurría en virtud a la calidad de director de obra que el primero ocupaba en ciertas oportunidades.
- Las afirmaciones de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** disponía unilateralmente de los recursos de **DVG** y conservaba una oficina permanente en las instalaciones de esta última, fueron debatidas integralmente en los testimonios.
- Dijo la Resolución Sancionatoria que **DVG** y **PROTECO** compartían personal de trabajo. Esto se dio en circunstancias aisladas y justificadas en el giro ordinario de los negocios de las empresas. Igualmente, no es cierto que funcionarios de ambas compañías hicieran seguimiento conjunto a los procesos de selección, lo cual no estuvo plenamente probado. Finalmente, el apalancamiento financiero entre los agentes sancionados también ocurrían de manera circunstancial y aislada, además de siempre contar con justificación técnica y/o económica, sin poderse probar una coordinación anticompetitiva.
- La Superintendencia de Industria y Comercio enumeró algunas circunstancias que, en su criterio, facilitaron una coordinación anticompetitiva, sin probar que esta última efectivamente ocurrió.
- No es cierto que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) hubiera gestionado los trámites para la conformación de consorcios. Su gestión se limitó a referenciar potenciales aliados en casos puntuales y aislados, que no tuvo como finalidad que **PROTECO** se presentara en apariencia de competencia con **DVG**. Su gestión era *"meramente de intermediación de confianza"*.
- La Superintendencia de Industria y Comercio concluyó la existencia de una conducta para falsear la libre competencia, cuando no existió prueba siquiera indiciaria de esto. Solo existió, si acaso, una posibilidad de haberse cometido una conducta anticompetitiva, *"tal como existe posibilidad de cualquier conducta ilegítima cuando existen lazos personales o comerciales entre las personas"*.
- En ningún momento se ha desconocido la existencia de pruebas indiciarias en el ordenamiento nacional. Sin embargo, en el presente caso estas no tuvieron lugar, sino que se presentó fue una serie de conjeturas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. La prueba indiciaria es una carga para la autoridad administrativa, la cual debe realizarse a la luz de los derechos de las personas y la observancia del principio de supremacía constitucional.
- Al usar indicios como elementos de prueba de la conducta anticompetitiva, la Superintendencia de Industria y Comercio debía mostrar que las mismas probaran lo pretendido.
- El artículo 50 del **CPACA** establece para las autoridades administrativas un deber de ponderación de la sanción a imponer, lo que implica acudir a un razonable y proporcionado ejercicio de argumentación en el acto administrativo sancionatorio. Entre otras, la Entidad debió evaluar la conducta seguida por el sujeto pasivo de la facultad sancionatoria.
- Respecto a la cuantificación de la sanción impuesta a **EDER ZABALETA ROJAS**: (i) la Resolución Sancionatoria hizo mención a los criterios establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, pero no detalló la forma en que cada uno de dichos elementos afectó positiva o negativamente la cuantificación final de la sanción; y (ii) no era posible considerar su conducta procesal como neutra, cuando en realidad fue de colaboración durante la totalidad de la actuación administrativa, sin incurrir en medidas dilatorias, recursos innecesarios o improcedentes, sin contaminar el proceso con pruebas inútiles, inconducentes y/o improcedentes. Incluso se ofrecieron garantías para el cierre anticipado del proceso.
- Respecto a la cuantificación de la sanción impuesta a **DVG**: (i) la Resolución Sancionatoria hizo mención a los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, pero no detalló la forma en que cada uno de dichos elementos afectó positiva o negativamente la cuantificación final de la sanción; (ii) no era posible considerar su conducta procesal como neutra,

SECRETARIO AD-HOC

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 6

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

cuando en realidad fue de total colaboración durante la totalidad de la actuación administrativa, sin incurrir en medidas dilatorias, recursos innecesarios o improcedentes, sin contaminar el proceso con pruebas inútiles, inconducentes y/o improcedentes; incluso se ofrecieron garantías para el cierre anticipado del proceso y (iii) no se valoró el supuesto beneficio económico que la conducta representó respecto a la sanción impuesta.

TERCERO: Que en virtud a que los impugnantes no presentaron ni solicitaron pruebas junto a sus recursos de reposición en los términos establecidos por el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o CPACA), de conformidad con el artículo 80 del mismo código, este Despacho procederá a resolver los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria es importante recordar que el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente. En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

"Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

"Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De la lectura de las normas antes citadas, es claro que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo³. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos⁴.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009 al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre

³ Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica⁵. En relación con la eficiencia económica obtenida en un marco de competencia real, existe evidencia empírica que ilustra cómo en países con importantes niveles de competencia, las tasas de crecimiento en su ingreso *per cápita* son más altas respecto de países con niveles de competencia bajos⁶.

En efecto, la sana rivalidad y competencia entre empresas deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren⁷. Un estudio que analizó el periodo comprendido entre 1990 y 2007 confirmó dicho postulado, al establecer que los consumidores latinoamericanos pagaron al menos US\$35 billones de dólares extra debido a los acuerdos de precios surgidos de carteles internacionales, cifra que pudo haber sido mayor si el impacto creado por carteles domésticos hubiera también sido calculado⁸.

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido⁹. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo¹⁰.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, **en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia**, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades¹¹, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos:

- (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia;
- (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos;
- (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes;
- (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; y
- (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Ahora bien, la Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: **(i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada**

⁵ El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

⁶ Consejo Privado de Competitividad: 'Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia'. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, 'Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?' (2008) 4.

⁷ Frederic Jenny, 'Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence' (2006) 29 World Competition, 109.

⁸ John Connor, 'Latin American Cartel Control' (2008) <http://ssrn.com/abstract=1156401>.

⁹ OCDE, 'Lineamientos Para Combatir La Colusión Entre Oferentes en Licitaciones Públicas' (2009) 1 <www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf> consultada 20 febrero 2019, Despina Pachnou, 'Detecting and Preventing Bid Rigging: Views From The OECD' (2018) 6 <<https://transparency.hu/wp-content/uploads/2018/10/Despina-Pachnou-DETECTING-AND-PREVENTING.pdf>> consultada 5 marzo 2019.

¹⁰ Ibidem.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021 "Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"	HOJA Nº 8
oferente¹²; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo¹³; y (vi) presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad las mismas hacen parte de una conducta coordinada entre los proponentes, encaminada a falsear la libre competencia dentro del proceso de selección. En este último esquema, por lo general, hay dos o más ofertas que, a pesar de ser presentadas por oferentes que se hacen pasar por competidores autónomos e independientes, en realidad no compiten entre ellas, pues su elaboración y presentación obedecen a una táctica acordada y coordinada previamente, la cual resulta favorecida, en muchas ocasiones, por la existencia de un mismo grupo de interés económico, existencia de situaciones de subordinación entre los oferentes o la existencia de vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente. Bajo este contexto, vale la pena insistir que este Despacho dio cuenta, luego de un detallado estudio del material probatorio recaudado, que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), DVG y PROTECO infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, toda vez que implementaron una práctica anticompetitiva en una serie de procesos de selección adelantados por el INVÍAS y FONTUR, en los que participaron aparentando ser competidores independientes y autónomos, cuando en realidad sus actuaciones estuvieron coordinadas en cada una de sus etapas. En este orden de ideas, se encontró acreditado que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), DVG y PROTECO realizaban de manera conjunta las gestiones para obtener los documentos necesarios para la presentación de ofertas en procesos en donde participarían como competidores, discutían y acordaban el valor económico de las mismas y coordinaban su comportamiento dentro del proceso. Adicionalmente, se encontraron una serie de conductas que si bien no fueron reprochadas en sí mismas, sí facilitaron la coordinación por parte de los agentes de mercado, tales como la presencia de relaciones de amistad previas, la existencia de una situación de control competitivo común, entre otras. Para la Superintendencia de Industria y Comercio, el comportamiento encaminado a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco de procesos de contratación, cuando en realidad lo que existe es un comportamiento coordinado entre los proponentes, resulta idóneo para falsear los principios protegidos por el régimen de libre competencia en Colombia. Precisado lo anterior, y teniendo claras las razones por las que algunos de los investigados en la presente actuación administrativa resultaron sancionados, a continuación se resolverán los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a cada uno de los argumentos presentados por los recurrentes. A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición presentados por los recurrentes, así: 3.2. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta imposibilidad de coludirse en los procesos de selección objeto de investigación Para DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y PROTECO, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció la implementación del Decreto 342 de 2019, por medio del cual se adoptaron como obligatorios los pliegos tipo en los procesos licitatorios para la ejecución de obras civiles y se estableció el método de ponderación de las ofertas económicas a través de un mecanismo aleatorio, con el fin de proteger los principios de transparencia y libre competencia.	

¹² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, confirmada mediante Resolución No. 20639 del 27 de abril de 2015.

¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 del 28 de junio de 2012, confirmada mediante Resolución No. 53979 del 14 de septiembre de 2012.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Según dichos recurrentes, el factor aleatorio que fue incluido como método de ponderación de las ofertas económicas en procesos de selección como los objeto de investigación (Tasa Representativa del Mercado o TRM), hace imposible la colusión en los mismos.

En este orden de ideas, manifestaron que fueron sancionados por haber infringido el régimen de libre competencia en procesos licitatorios convocados por el INVÍAS, cuándo esto era imposible, pues la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta la existencia de normas especiales que regulan el procedimiento de los procesos licitatorios para la contratación de obras de infraestructura que garantizan la libre competencia, como lo es el Decreto 342 de 2019.

Para este Despacho, los anteriores argumentos no son procedentes, pues como quedó demostrado en la Resolución Sancionatoria, incluso aun a pesar de existir una regulación vigente que busca disminuir el riesgo de colusión en procesos de selección como los objeto de investigación, se encontró probado que los sancionados adelantaron una serie de conductas que se consideran idóneas para afectar la libre competencia en los procesos de selección, y que por tanto tienen la potencialidad de vulnerar dicho principio, a pesar de la existencia de normas legales que buscan su protección, que no los disuadieron de infringirlas.

En este sentido, debe reiterarse que en el presente caso se encontró probado que los sancionados vulneraron el régimen de libre competencia económica, al presentar sus ofertas en los respectivos procesos de selección de manera coordinada y previamente acordada, beneficiándose así en desmedro de sus competidores y de las respectivas entidades Estatales.

Tal y como fue descrito en la Resolución Sancionatoria, se encontraron diferentes elementos de prueba que dieron cuenta de la existencia de relaciones previas entre los recurrentes y la presencia de una situación de subordinación desde el punto de vista competitivo, entre otras situaciones, que facilitaron la coordinación previa entre los sancionados para la presentación de ofertas económicas en los respectivos procesos de selección. Adicionalmente, se pusieron de presente múltiples elementos probatorios que mostraron que la participación de los sancionados en los procesos de selección objeto de investigación no respondió a una participación independiente y autónoma, propia de verdaderos competidores, sino a una estrategia previamente coordinada y acordada, violatoria del régimen de libre competencia económica.

Quedó demostrado que la coordinación entre los sancionados tuvo lugar en todas las etapas relevantes de los procesos de selección analizados. Es decir, la misma se concretó desde las gestiones previas para la elección de los procesos a los que se presentarían, determinar la forma de participación, conformar estructuras plurales que les permitieran presentarse en los procesos como aparentes competidores y la gestión común de requisitos habilitantes, hasta la elaboración conjunta de las ofertas económicas, la subsanación de ofertas de manera conjunta y la ejecución coordinada de los contratos adjudicados.

Ahora, si bien este Despacho reconoce la existencia de algunos factores, como el criterio final de evaluación, que no podían ser conocidos por los proponentes con certeza al momento de realizar sus ofertas económicas, lo cierto es que se evidenció la presencia de situaciones que permitieron la conducta reprochada, según la cual, independientemente de dicha incertidumbre, desplegaron una estrategia coordinada desde un inicio que tenía la potencialidad de causar un daño en el mercado, lo cual es suficiente para establecer la violación al régimen de libre competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso se encontró probado que la conducta sancionada sí alteró la probabilidad de que los agentes involucrados obtuvieran la adjudicación de los contratos estatales objeto de licitación, sobre todo en comparación con las probabilidades de éxito de sus competidores que actuaron de manera independiente. Esto toda vez que se mostró que los sancionados, previo a la presentación de sus ofertas económicas, pudieron efectivamente anticipar condiciones de competencia, fundamentales en los procesos de selección, lo que les permitió materializar su actuación coordinada y anticompetitiva. Debe recordarse que no conocer con certeza la forma de evaluación de las propuestas económicas no implica que los agentes no puedan alterar de forma artificial sus probabilidades de resultar adjudicatarios, como efectivamente sucedió en el presente caso. Lo que esto significa es que incluso en presencia de dicha incertidumbre, los infractores

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021 "Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"	HOJA N° 10
incrementaron su posibilidad de resultar adjudicatarios mientras que la probabilidad de éxito de sus competidores disminuyó, también de manera artificial. Lo anterior en la medida en que pese a la existencia de elementos de incertidumbre, los cuales bien son señalados por los recurrentes en sus respectivos recursos y que son consecuencia de la implementación de diferentes normas que regulan los procesos de selección ante entidades estatales, los sancionados contaron con ciertos elementos de juicio que les permitieron aproximarse a la dinámica de competencia de los procesos de selección en los que participaron. Así, tenían la capacidad de recrear posibles escenarios con el fin de establecer las ofertas más favorables para sus intereses. En primer lugar, los mismos recurrentes indicaron a esta Superintendencia que en aquellos procesos de contratación relacionados con la ejecución de obras fluviales, como los analizados en el presente caso, podía anticiparse quiénes eran los proponentes porque, en palabras de EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), <i>"casi todos nos presentamos los mismos (...) son digamos, son más o menos unos 10, unos 10 oferentes que siempre, algunos cumplen en todo, otros no, pero siempre estamos los mismos"</i>¹⁴. Del anterior testimonio puede destacarse, como lo confirmó DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), que la experiencia jugaba un papel relevante. Este último afirmó que <i>"como resulta que la experiencia es bastante específica, ¿sí?, somos los mismos, se los puedo hasta nombrar, somos los mismos 10 de siempre. (...) Es más, de hecho entre ellos, entre nosotros, inclusive entre nosotros nos presentamos en consorcios a veces para fortalecernos"</i>¹⁵. En este sentido, se concluyó la existencia de dos elementos fundamentales: (i) la existencia de diez (10) posibles proponentes en procesos de ejecución de obras fluviales, y (ii) el conocimiento de la experiencia de cada uno de los posibles proponentes que tienen sus competidores. De estos dos elementos, más los requisitos habilitantes establecidos en cada uno de los procesos de selección, era posible establecer, <u>con alto grado de confiabilidad</u>, quiénes serían los competidores para cada uno de dichos procesos. Un ejemplo de lo anterior lo constituyó el mensaje enviado por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), en el marco del proceso de contratación No. LP-DO-SMF-027-2018, en el que determinó quiénes serían los competidores de DGV y PROTECO <i>"por la complejidad de la experiencia"</i>. Un segundo elemento relevante lo constituyó la similitud en los procesos de contratación que fueron objeto de análisis en la presente actuación administrativa. Que los diferentes procesos de contratación tuvieran como factor de evaluación de las propuestas los mismos métodos estadísticos, a saber, media aritmética, media aritmética alta, media geométrica con presupuesto oficial y menor valor, permitió a los investigados adquirir conocimiento y experiencia sobre cómo presentar las ofertas más favorables posibles a sus intereses, sin necesidad de conocer de manera específica el método que sería escogido. En particular, tal y como se estableció en la Resolución Sancionatoria, las ofertas de los sancionados, que fueron complementarias entre sí, resultaban más propensas a ganar al menos en 3 de los 4 métodos posibles de calificación de las mismas (aquellos relacionados con valores medios, es decir, el único que no se alteraba con sus ofertas era el de menor valor). Así, fue evidente que el comportamiento de los agentes sancionados impidió el desarrollo de los procesos bajo principios de igualdad de oportunidades y selección objetiva. Por último, también fue posible establecer que los infractores podían aproximarse a cómo sería el comportamiento de sus competidores en cada uno de los procesos. Lo anterior toda vez que, en palabras de EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), podían observar los comportamientos desplegados en procesos anteriores y similares y el resultado de los mismos, así como las tendencias dependiendo del factor de evaluación que había sido usado¹⁶.	
¹⁴ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 181030_1335 Min. 26:18. ¹⁵ Folio 658 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 13:10 y 43:49. ¹⁶ Folio 666 del cuaderno público 3 del Expediente. Min. 13:00.	

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

En conclusión, este Despacho no encuentra razón en los argumentos encaminados a presentar como imposible el comportamiento colusorio de los sancionados en los procesos de selección objeto de investigación, toda vez que, como fue ampliamente expuesto en la Resolución Sancionatoria, el simple hecho que dos o más proponentes en un determinado proceso de selección participen en el mismo aparentando ser competidores, cuando en realidad su comportamiento responde a una estrategia de coordinación previamente acordada, debe considerarse como una conducta anticompetitiva por objeto, es decir, idónea y con la potencialidad de afectar la libre competencia.

Como lo ha manifestado reiteradamente esta Entidad en anteriores oportunidades, las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no obligan a analizar sus efectos en el mercado. Así, en la Resolución No. 103652 de 2015, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que:

*"Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que "Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado"*¹⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De esta forma, en el supuesto de una práctica anticompetitiva **por objeto**, como la evidenciada en el presente caso, solo será necesario probar la efectiva existencia de la misma para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de libre competencia en Colombia¹⁸.

Sin embargo, es de advertir que en el caso concreto, este Despacho evidenció que los sancionados, además, contaron con diferentes elementos adicionales que les permitieron efectivamente materializar su comportamiento coordinado y aumentar su probabilidad de éxito de manera anticompetitiva, en desmedro de la entidad contratante y de los demás competidores.

Por lo anterior, no serán de recibo los argumentos de los recurrentes expuestos en el presente acápite.

3.3. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta inexistencia de una conducta anticompetitiva

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de **PROTECO**) y **PROTECO** afirmaron en sus recursos de reposición que no existió una conducta anticompetitiva y que la sanción impuesta se basó exclusivamente en las relaciones de amistad y "colegaje" entre los sancionados. Por otro lado, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** afirmaron que las relaciones previas resaltadas en la Resolución Sancionatoria son ciertas pero irrelevantes para justificar la sanción de unas conductas que, manifestaron, se encuentran justificadas y ajustadas a la ley.

Además, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **PROTECO** manifestaron que las pruebas que fueron analizadas por esta Entidad daban cuenta de un cruce de información pública y que se encontraba disponible para cualquier persona tanto en la página electrónica de la entidad convocante como en el **SECOP**. Sobre este punto, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** afirmaron igualmente que no se tuvo en cuenta que las pruebas utilizadas por este Despacho hacían referencia a información apenas natural entre los participantes en procesos de selección como los investigados.

Sobre lo anterior, debe reiterarse que la Resolución Sancionatoria fue enfática en afirmar que la sanción impuesta no correspondió a la existencia de una relación previa entre los sancionados. Por el contrario, se dejó explícitamente mencionado que dichas relaciones no son censurables *per se*. Sin embargo, en el presente caso, y luego de un análisis en conjunto de todos los elementos probatorios que obran en el Expediente, tal y como lo exige el ordenamiento nacional, se concluyó que las mismas fueron elementos facilitadores de la coordinación reprochada por esta Entidad.

Así, en la Resolución Sancionatoria se manifestó que:

¹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 103652 de 2015.

¹⁸ Ibidem.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA Nº 12

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

"Debe aclararse que si bien dichas relaciones previas no son censurables per se en virtud del régimen de libre competencia en Colombia, en el presente caso ostentan una gran relevancia, pues se encontró que las mismas fueron un elemento facilitador y fundamental para la coordinación de los investigados en los diferentes procesos de selección investigados, conducta que sí se advierte violatoria de las normas de libre competencia. Lo anterior, en el entendido que el comportamiento de dos empresas que participan por separado en el marco de un proceso de selección, debe ser el de competidores independientes, que actúan en el mercado en cumplimiento de los principios que promueve el régimen de libre competencia en Colombia"¹⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este sentido, no puede ser de recibo el argumento de los recurrentes respecto a que la sanción se basó exclusivamente en la existencia de relaciones previas entre los participantes de la conducta anticompetitiva.

Por otro lado, el argumento según el cual la información cruzada entre los sancionados era de naturaleza pública carece de fundamento y quedó desmentido en la Resolución Sancionatoria. De hecho, se pusieron de presente diferentes elementos de prueba que dieron cuenta cómo, entre los sancionados existía un cruce de información reservada de la forma como participarían en los procesos de selección en los que DVG y PROTECO presentarían ofertas económicas como aparentes competidores. De igual forma, las comunicaciones entre los sancionados evidencian la coordinación que existió en los diferentes procesos.

Ejemplo de lo anterior es el correo electrónico remitido por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ a EDER ZABALETA ROJAS el 22 de julio de 2017, en el cual le informaba los porcentajes de participación de las sociedades que integrarían el CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE, a saber, AVINCO y PROTECO, en el proceso de selección No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 adelantado por el INVÍAS:

Imagen No. 1. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 22 de julio de 2017

From: PROTECO INGENIERIA SAS <protecoingenieria@gmail.com>
Sent: 7/22/2017 12:22:55 PM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL
Attachments: CARACTERISTICAS CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE.docx; PUEGO CONDICIONES DEFINITIVO.pdf

EL CONSORCIO SE LLAMARA
CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE
PROTECO INGENIERIA SAS - 95%
AVINCO LTDA - 5%

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\lc.jincuellan\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Bandeja de entrada\SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL.

Como se observa, DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) compartía información confidencial con EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) de la forma como estaría conformado el consorcio que PROTECO constituiría con AVINCO, con el objetivo de que colaborara con el cálculo de la capacidad residual necesaria para presentar la oferta. Dado que dicho ejercicio debe ser realizado de manera previa a tomar la decisión de participar en un proceso de selección, no cabe duda que EDER ZABALETA ROJAS prestaba una colaboración activa en la estructuración inicial del consorcio y en el análisis de su capacidad para participar en el respectivo proceso de selección, haciendo uso de información reservada y que no debía ser de conocimiento de competidores en un mismo mercado.

¹⁹ Ley 1340 de 2009. Artículo 3.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA Nº 13

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Valga aclarar que en dicho proceso de selección, DVG, empresa cuya cabeza y representante legal era precisamente **EDER ZABALETA ROJAS**, participaría como oferente independiente, tal y como quedó demostrado en la Resolución Sancionatoria:

Imagen No. 2. Participantes en el proceso de selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 adelantada por el INVÍAS

OBJETO: MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LOS MUELLES DE CARGA Y DE PASAJEROS DE SAN JOSE DEL GUAYARE, DEPARTAMENTO DE GUAYARE								
PROPOSTA	EMPRESA	VALOR	ESTADO	FECHA DE PRESENTACIÓN	FECHA DE EVALUACIÓN	FECHA DE ANUNCIO	FECHA DE CIERRE	FECHA DE RESULTADOS
6	CONSORCIO FLUYAL GUAYARE							
	PROTECO AGROPECUARIA SAS	98%	OK	211	SEGURO	10/1/18	NA	OK
	AYZCO LTDA	95%						
7	CONSORCIO RIO SAN JOSE							
	GUJANA NORRILLO AMADO	70%	OK	105	ESTADO	21/11/17	NA	OK
	NICOLAS ANDRES GOMEZ CAPO	20%						
8	DVG INGENIERIA SAS		OK	77	SEGURO	10/1/18	NA	OK
9	CONSORCIO GUAYARE							
	TECHNY SAS	50%	OK	154	ESTADO	21/11/17	NA	OK
	HO INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS	40%						

OBSERVACIONES: EL PROPONENTE N° 4 NO PRESENTA GARANTIA DE SUJECION Y PRESENTA PROPOSTA TECNICA SIN FOLIA.

DE LA CARTA DE PRESENTACION DE LA OFERTA DE BAJA PRESENTADA EN LA OFERTA DE BAJA POR EL PROPONENTE Y SUBSECUENTE DE LA OFERTA.

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 12 del Expediente. Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-021-2017/DA_PROCESO_17-11-6797600_124002002_31990539 (recuadros rojos fuera de texto original).

Igualmente, se puso de presente un cruce de información reservada que tuvo lugar entre los sancionados en el marco del proceso de selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 adelantado por el INVÍAS. Así, se dejó en evidencia cómo el 9 de abril de 2018, un día antes del cierre de la convocatoria del proceso de selección mencionado, desde la cuenta de correo electrónico consorciovialjunin01@gmail.com se envió un correo electrónico a **HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO** (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) y a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG). Mediante ese mensaje se solicitó a los funcionarios de DVG revisar las propuestas económicas que estaban adjuntas al correo, las cuales según el objeto del mensaje correspondían a las propuestas de DVG y PROTECO, e indicar si el valor allí establecido debía incrementarse o reducirse.

Imagen No. 3. Correo enviado desde CONSORCIO VIAL JUNIN a funcionarios de DVG para revisar propuestas económicas de DVG y PROTECO

From:

Sent:

To:

Subject:

Attachments:

CONSORCIO VIAL JUNIN <consorciovialjunin01@gmail.com>

4/9/2018 10:57:29 PM -0500

Antonio Zabaleta <heranza@hotmail.com>; EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>

PRESUPUESTOS DVG INGENIERIA SAS Y PROTECO INGENIERIA SAS

PROPOSTA ECONOMICA PROTECO INGENIERIA SAS.xlsx; PROPOSTA ECONOMICA DVG INGENIERIA SAS.xlsx

AMIGOS POR FAVOR REVISAR Y DECIRME EDER SI SE LE SUBE O SE LE BAJA A LAS PROPUUESTAS ECONOMICAS

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADO DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\jcincuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Bandeja de entrada\PRESUPUESTOS DVG INGENIERIA SAS Y PROTECO INGENIERIA SAS.

Evidentemente, lo anterior no puede ser entendido de ninguna manera como un cruce de información de carácter público entre los sancionados, disponible, como afirman los impugnantes, para los demás proponentes. Todo lo contrario, el anterior correo electrónico se presenta como una prueba directa de que los sancionados se compartían información tan sensible como las propuestas económicas de cada

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021 "Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"	HOJA N° 14
uno de los futuros competidores en un proceso de selección, reprochable desde todo punto de vista a la luz del régimen de libre competencia económica. En este orden de ideas, parece incontrovertible que el hecho que se hubieran mandado a los funcionarios de DVG las propuestas que serían presentadas por esta compañía y por PROTECO en el proceso de selección bajo investigación, es una clara evidencia de que estas dos empresas coordinaban su comportamiento y se compartían información de carácter reservado y sensible, desde las primeras etapas del proceso de selección al que decidían participar. De esta forma, este Despacho no encuentra procedente el argumento de los recurrentes respecto a que los cruces de información entre los sancionados se limitaba a información de carácter público, pues, como quedó en evidencia, consistía en información reservada que delataría la estrategia competitiva que seguirían los supuestos competidores en un proceso de selección, conducta que para este Despacho no encuentra explicación razonable diferente a la existencia de una conducta anticompetitiva. Por otro lado, para EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG la supuesta capacidad de influenciar las decisiones de DVG por parte de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) no existió ni fue probada. En este sentido, afirmaron que es reprochable cómo la Superintendencia de Industria y Comercio basó su sanción en un criterio "peligrosista" y "auto inventado" de que la conducta anticompetitiva se da por la "posibilidad de influir, aún fuera del ámbito societario". Sostuvieron que en el presente caso se está sancionando "por lo que pudo ser y no por lo que efectivamente se probó ocurrió". Para los recurrentes, no existe prueba sobre la afirmación de que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) decidía sobre los procesos de selección en los que se presentarían DVG y PROTECO. A su vez, respecto del poder disciplinario que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) ejercía sobre los empleados de DVG, sostuvieron que dicha situación ocurría en virtud a la calidad de director de obra que el primero ocupaba en ciertas oportunidades. Finalmente, en relación con las afirmaciones de que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) disponía unilateralmente de los recursos de DVG y conservaba una oficina permanente en las instalaciones de esta última, afirmaron que las mismas fueron debatidas integralmente en los testimonios que obran en el Expediente. Sobre estos argumentos, debe llamarse la atención que en el presente caso no existió ningún criterio "peligrosista" y/o "auto inventado" de parte de esta Superintendencia, con el fin de afirmar que la conducta anticompetitiva se dio por la "posibilidad de influir, aún fuera del ámbito societario", como erróneamente lo afirman los recurrentes. Por el contrario, la Resolución Sancionatoria de manera detallada desarrolló el concepto de control competitivo establecido por la misma ley, la cual dispone en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 lo siguiente: "Artículo 45. Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones: (...) 4. Control: <u>La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.</u> (...)" (Subraya fuera de texto original). De esta forma, es evidente que el concepto de control competitivo no puede considerarse como un criterio "auto inventado" por parte de esta Entidad, sino por el contrario es un desarrollo normativo según el cual dicha figura hace referencia a la posibilidad que tiene un agente económico de influir en las decisiones de otro, que estén relacionadas con la forma en que este último se comporta en el mercado. Ejemplos de lo anterior incluyen, pero no se limitan a, las decisiones que versen sobre: (i) la	

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

política empresarial; (ii) la iniciación o terminación de la actividad empresarial; (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa en cuestión; o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Ahora bien, es importante resaltar que los recurrentes caen de nuevo en error al considerar que fue la mera existencia de un control competitivo entre los sancionados lo que dio lugar a las multas impuestas a través de la Resolución Sancionatoria. Por el contrario, se manifestó expresamente que para la Superintendencia de Industria y Comercio el hecho que dos o más agentes económicos que participen en un mismo mercado o proceso de selección estén sujetos a una misma situación de control competitivo, **son situaciones que no son sancionables por sí mismas bajo el régimen de libre competencia**. Para esta Entidad, lo que es reprochable es que dichas empresas, sujetas a una misma situación de control competitivo, participen en el mercado o proceso de selección de manera coordinada, eliminando la competencia entre sí y reemplazándola por una conducta colusoria, afectando los principios de la libre competencia económica.

Así, la Resolución Sancionatoria resaltó que:

"(...) [N]ótese que no existiría impedimento alguno en que dos empresas sujetas a una misma situación de control competitivo participen simultáneamente en un proceso de selección y presenten ofertas económicas independientes con el objetivo de resultar adjudicatarias de un contrato. Sin embargo, de ser así, su comportamiento deberá ser el de dos competidores, sancionable bajo el régimen de libre competencia en caso de encontrarse que correspondió a una conducta que tenía por objeto o efecto la coordinación o colusión en el marco del proceso de selección.

En otras palabras, se espera que cuando dos o más empresas participan por separado en procesos de selección para la adjudicación de un contrato estatal, su comportamiento sea el de dos competidores independientes, pues, se reitera, el hecho que respondan a un mismo controlante, no excluye, per se, la posibilidad y obligación de que actúen con independencia y mantengan confidencialidad en la toma de sus decisiones respecto a su comportamiento en el mercado".

En este orden de ideas, no debe entenderse que la sanción impuesta en el presente caso obedeció a un criterio "peligrosista" por parte de esta Entidad, ni a la simple existencia de una situación de control entre los sancionados, pues como lo dejó claramente establecido la Resolución Sancionatoria:

*"(...) [L]o reprochable a la luz del régimen de la libre competencia es que dos o más empresas, estén o no sujetas a una misma situación de control, concurren a procesos de selección haciéndose pasar por competidores, cuando en realidad su participación se encuentra **coordinada**".*

Por otro lado, respecto a los argumentos de los recurrentes encaminados a desmentir la existencia de los elementos encontrados por esta Superintendencia que darían cuenta de la existencia de un control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre DVG, este Despacho manifiesta lo siguiente:

Primero, respecto a la supuesta falta de elementos de prueba sobre la capacidad de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** de decidir a qué procesos de selección se presentarían tanto DVG como PROTECO, este Despacho encontró diferentes elementos de prueba que dejarían sin sustento el argumento de los recurrentes. En efecto, quedó probado que, a pesar de no tener ninguna relación con DVG y haber cedido la totalidad de sus acciones en dicha compañía, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** decidía respecto de los procesos de selección a los que esta empresa se presentaría, la estrategia a seguir y la forma como se comportaría.

Prueba de lo anterior fue el correo electrónico en el cual **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** daba instrucciones precisamente a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) con relación al proceso de selección No. LP-DO-SMF-027-2018, haciendo énfasis en que DVG se presentaría como parte de la estrategia pensada para obtener la adjudicación del contrato. Dicho correo se presenta a continuación:

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 16

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Imagen No. 4. Correo electrónico DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) con relación al proceso de selección No. LP-DO-SMF-027-2018



miércoles 15/08/2018 12:53 a. m.

DANIEL VELASCO GONZALEZ <danielvego@gmail.com>

PILAS PUES

Para EDER ZABALETA ROJAS

Seguimiento.

TENEMOS HASTA LAS 9 AM

PRESUPUESTO OFICIAL \$ 862.630.212

VAMOS CON TRES PROPUESTAS

DVG INGENIERIA SAS
CONSORCIO FLUVIAL
CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS

ESTIMAMOS QUE POR LA COMPLEJIDAD DE LA EXPERIENCIA SE PRESENTEN:

1. CAS
2. PILCO
3. JULIANA CON OTRO
4. PUENTES
5. MEZA
6. HQ INGENIERIA
7. DVG INGENIERIA SAS
8. CONSORCIO FLUVIAL
9. CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS

URGENTE POR FAVOR

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:
C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.osl\{root}\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Destacados\PILAS PUES (recuadros rojos fuera de texto original).

Del anterior medio de prueba debe resaltarse, por un lado, la existencia de expresiones que denotan una clara orden por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**). Así, el asunto del correo electrónico era "pilas pues" y finaliza el mismo con la frase "Urgente Por Favor". Lo anterior da cuenta de que el correo electrónico en cuestión no se trataba de una sugerencia o propuesta, sino de una clara instrucción al representante legal suplente y accionista de una empresa competidora, lo cual indica la influencia que ostentaba **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **DVG** aun después de haber cedido la totalidad de sus acciones en la misma.

Igualmente, el cuerpo del correo electrónico no deja lugar a dudas de que se trató de un lineamiento dado por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** de la forma como se presentaría **DVG** en el proceso de selección en cuestión, de manera coordinada con otros proponentes. Así, la afirmación "Vamos con tres propuestas" no se puede entender de ninguna otra forma distinta a que ya se había tomado la decisión de que **DVG** presentaría propuesta económica en el proceso de licitación pública, y que dicha decisión había sido tomada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, quien se encontraba simplemente notificando a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**).

Por otro lado, la Resolución Sancionatoria puso en evidencia las declaraciones rendidas por **EDER ZABALETA ROJAS** el 30 de octubre de 2018, en las cuales manifestó que consultaba directamente con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** los valores de las propuestas económicas que presentaría **DVG** en los procesos de selección. Situación que ratifica el hecho probado en el correo electrónico anteriormente citado, el cual pone de presente que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** mantenía una fuerte influencia sobre la participación de **DVG** en el mercado y las variables que podían afectar su comportamiento en el mismo. A continuación se transcribe lo afirmado por **EDER ZABALETA ROJAS** ante la Delegatura:

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

"Delegatura: Cuando usted tiene dudas, en precios de ítems, o en el valor específico en propuesta económica para participar, teniendo en cuenta la experiencia de **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]** y la cercanía que hay con **DVG** ¿Usted directamente consulta con él ese tipo de cosas?

EDER ZABALETA ROJAS: Claro que sí. Claro. Absolutamente. Eso es, digamos dentro del marco de la confianza, es decirle hombre yo, él puede...yo le puedo preguntar incluso a él 'venga, tú te vas a presentar' me dijo 'Sí, yo no sé, déjame mirarlo' yo le digo 'no, yo todavía no lo he definido porque los precios no me están dando'. Eso sí....

Delegatura: O sea ¿usted sabe cuándo se va a presentar **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]**?

EDER ZABALETA ROJAS: Sí. Claro, porque yo tengo que preguntarle. O sea, tengo que preguntarle en el sentido es que 'ven, hay este proceso ¿cumplimos? ¿tú cumples sólo?' me dice sí. O yo estoy cumpliendo sólo, o ninguno de los dos está cumpliendo, unámonos porque aquí no estamos cumpliendo, pero vamos²⁰.

Dichas declaraciones del accionista y representante legal suplente de **DVG** dan cuenta de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** era consultado constantemente y tenía una gran influencia sobre la decisión de a qué procesos se presentaría dicha compañía, cuál estrategia seguiría dentro del proceso, si se presentaría de manera independiente o en conjunto con otros proponentes a través de figuras como el consorcio o la unión temporal y, finalmente, sobre el valor de la oferta a presentar.

Así, vale la pena recordar que a la luz del régimen de la libre competencia, el simple hecho que las decisiones competitivas de una persona puedan ser influenciadas por otra, determina la existencia de un control competitivo. Incluso, como fue reiterado en la Resolución Sancionatoria, no es necesario que esa influencia se materialice en todas las circunstancias. Por esta razón, incluso si en algunos procesos de selección **DVG** no consultó a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre los precios o la forma de participación, de ninguna manera se desmentiría la existencia de un control por parte de este último.

Segundo, sobre el poder disciplinario de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre los empleados de **DVG**, se encontraron diferentes medios de prueba que dieron cuenta de esta situación. De hecho, pudo observarse de los documentos presentados en la Resolución Sancionatoria que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** emitía órdenes que iban dirigidas a "todo el personal que labora en la empresa", y no solamente a los empleados vinculados a las obras de las cuales fungía como Director de Obra, como erróneamente lo han manifestado los recurrentes.

Como prueba de lo anterior, se presentó una comunicación a través de correo electrónico, que tuvo lugar el 12 de marzo de 2018, en la que **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de **DVG** para la época de los hechos) dio respuesta a una solicitud realizada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) consistente en la elaboración de un memorando interno para hacer un llamado de atención al personal administrativo de **DVG** por incumplimiento del horario laboral. A continuación se presenta el correo electrónico mencionado y el documento adjunto al mismo:

²⁰ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335-mp3. Min.27:20.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 18

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Imagen No.5. Correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)



lunes 12/03/2018 8:55 a. m.
Maryoli Sanchez <marlosaga2@hotmail.com>
MEMORANDO PERSONAL

Para: ING EDER ZABALETA ROJAS: Daniel Velasco

Mensaje 67,001 Horario de Entrada.docx (922 KB)

Ing. Daniel y Eder, buenos días

De acuerdo a solicitud del Ing. Daniel Velasco, adjunto remito borrador de memorando para el personal administrativo por incumplimiento en el horario de trabajo.

Quedo atenta a sus observaciones y cambios para pasarlo al personal.

Maryoli

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\imap\MEMORANDO PERSONAL. (Recuadro rojo fuera del texto original).

Imagen No. 6. Documento adjunto al correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)



Bogotá D.C., 12 de marzo de 2018

MEMORANDO ADMINISTRATIVO No. 1

PARA : PERSONAL ADMINISTRATIVO
DE : EDER ZABALETA ROJAS – Representante Legal
ASUNTO : LLAMADO DE ATENCION

Me dirijo a ustedes con el fin de efectuar un recordatorio en el cumplimiento del horario de trabajo de acuerdo a lo establecido con las directrices de la empresa, el cual es:

Entrada: 08:00 a.m.

Salida: 6 p.m.

Hora de Almuerzo: Una (1) hora entre 12 a y 2 p.m.

El acatamiento de dicha disposición constituye un deber de todo del personal que labora para la empresa, es una obligación fundamental e inexcusable del trabajador de cumplir el horario de trabajo, en caso de incumplimiento del mismo, se aplicarán las sanciones previstas en el Código Sustantivo de trabajo.

Cabe destacar que el suscrito, con vista a sus atribuciones legales y administrativas, notifica una vez más a cada uno, la responsabilidad que tienen en velar por el cabal y efectivo cumplimiento del horario de trabajo y su puntualidad.

Agradeciendo el cumplimiento inmediato de esta disposición.

Atentamente,

EDER ZABALETA ROJAS
Representante Legal

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\imap\MEMORANDO PERSONAL. (Recuadro rojo fuera del texto original).

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Esta situación deja en evidencia que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) tenía una fuerte influencia en el manejo administrativo de la compañía de la cual no era accionista ni administrador desde un tiempo atrás, pues nótese que dicha instrucción fue dada en el 2018, es decir, 2 años después a la cesión de las acciones de **DVG** en favor de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**).

Un segundo elemento de prueba que fue resaltado por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria corresponde a un correo electrónico del 13 de marzo de 2018 en el cual **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de **DVG**) solicitó a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) permiso para ausentarse de su trabajo. A continuación se presenta el mencionado correo:

Imagen No. 7. Correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitando autorización



antes 13/03/2018 9:42 p. m.

Maryoli Sánchez <marosaga2@hotmail.com>

SOLICITUD DE PERMISO

Para: ING EDER ZABALETA ROJAS; Daniel Velasco

Ing Daniel y Eder, buenas tardes

Atentamente me permito solicitar para el día de mañana un permiso para presentarme en la oficina sobre las 10:30 am; lo anterior debido que tengo citación el día de mañana en el colegio de mi hijo menor Christopher Lopez de 6:30 a 9:30 a.m.

Quedo atenta a su respuesta.

Maryoli Sanchez

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\jcincuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Imap]/SOLICITUD DE PERMISO.

Nótese que 2 años después de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** dejara de ser accionista de **DVG**, los empleados de esta compañía seguían informándole y solicitándole autorizaciones para ausentarse temporalmente de su puesto de trabajo. Por este motivo, no se encuentra razón en el argumento planteado por los recurrentes respecto a que dicho poder disciplinario era ejercido únicamente sobre contados empleados de las obras en las cuales **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** fungía como Director.

Tercero, sobre el argumento de los recurrentes según el cual, en su criterio, el hecho que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** disponía unilateralmente de los recursos de **DVG** y conservaba una oficina permanente en las instalaciones de esta última, hubieran quedado debatidas integralmente en los testimonios que obran en el Expediente, este Despacho debe manifestar que no le encuentra mérito por las razones que pasa a exponer.

Por un lado, no se encontró en el Expediente justificación razonable respecto a que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, a pesar de no ser accionista, administrador, ni tener ningún tipo de relación laboral con **DVG**, hacía uso de los recursos de dicha compañía, ejerciendo influencia directa en la disponibilidad de unos de los elementos cruciales para el desempeño competitivo de la compañía en el mercado. De hecho, esta irregularidad no solo llamó altamente la atención de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino también, como quedó expuesto en la Resolución Sancionatoria, fue uno de los puntos que resaltó **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos) en el marco de un ejercicio de auditoría realizado en **DVG** como una irregularidad.

Como prueba de lo anterior, se expuso la declaración rendida ante esta Entidad por **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos) el 30 de octubre de 2018, en la cual manifestó que en el marco de un ejercicio de auditoría realizado a **DVG**, evidenció

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 20

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

ciertas irregularidades respecto a la legalización de gastos que esta empresa hacía en favor de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**. En palabras de la declarante:

"Delegatura: Doctora a mí si me gustaría que, digamos, dentro de la revisión que usted ha hecho, correspondiente al año 2018, con el tema de las legalizaciones pues nos diera como un ejemplo puntual de los gastos que a usted de pronto no le han parecido dentro de la legalización normal.

MARISOL CORTÉS ROZO: ¿De [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]? ¿O en general?

Delegatura: De [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]...en general, o sea algo que usted diga esto no...

MARISOL CORTÉS ROZO: En general, lo que se está diciendo ahorita. Mercados. Mercados grandes dónde, digamos, a mí, pues, por lógica digo por más buena que sea la empresa no me va a dar para pagar desodorantes, shampoos, bueno...una cantidad de cosas que yo digo 'No'. Me dan mi comida, puede que sí, me den mi comida acá, pero ya mis cosas personales no me van a decir 'sí claro, llévate...' y pues obviamente uno mira los valores y dice 'No, no me digas eso, no me digas eso, que tú les vas realmente a dar un shampoo de treinta mil pesos' porque eso no cabe dentro de la lógica. Entonces por ejemplo eso. Ese es ese tema de la lista, yo le llamo la lista del mercado, porque de verdad es una lista de mercado. Entonces digo, no debería ser prudente. Eh...digamos que están los muchos almuerzos y muchas cenas que yo digo 'pero a todo momento cenas y almuerzos no'. Puede que yo tenga uno, sí, porque yo puedo reunirme con el regional, con alguien de la comunidad y es algo normal, el problemas es que si yo veo seguido, seguido, seguido, ya...

Delegatura: Y, digamos, esos almuerzos que son especiales pues deben tener una autorización especial, digamos, voy a tener una cena especial porque es con x persona pues....

MARISOL CORTÉS ROZO: Sí, por ejemplo que la gerencia dijera 'Sí, yo lo firmo y yo digo que sí, que eso es una verdad'.

Delegatura: Pero esos no...

MARISOL CORTÉS ROZO: No los he visto los vistos buenos, digamos, como tal. Entonces, digamos, ya uno ve y dice 'uy' pues son restaurantes...porque si uno ve la tirilla a veces uno dice 'sí, pues es el almuerzo normal', o es que le cobraron el almuerzo de la semana todos los 7 días, y eso sí, bien, es un restaurante pequeñito de pueblito, es verdad. Pero cuando uno ve de repente una factura de cosas que uno dice cómo no, esto es un restaurante ya de categoría. Entonces uno dice no, pero si se ve seguido eso, uno dice no y les digo eso no es descontable. Eso no se lo van a asumir nunca. Entonces por ejemplo como ese tema. O como por ejemplo el tema de lo que les decía de pronto detalles de cosas como decir 'me compré un par de zapatos de 500 mil pesos' y yo digo que pena. Yo no le voy a dar dotación de 500 pesos a una persona. Con 500 pesos le compro dotación por le menos a 10 personas....

Delegatura: Y en el caso puntual. Ejemplo...por ejemplo ¿quién? ¿En dónde ha visto eso? ¿Con legalización de qué gastos?

MARISOL CORTÉS ROZO: Con la legalización, por ejemplo, de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]. Digamos que es donde más se ve, así, ese tipo de cosas. En el caso de los otros ingenieros, lo que uno ve es eso, que a veces digo bueno, pero digamos que están dentro de lo...²¹.

Adicionalmente, se encontró que lo manifestado por la declarante quedó expresamente establecido en el informe de auditoría que presentó a DVG, el cual obra en el Expediente y del que se transcribe a continuación el extracto relevante relacionado con los hallazgos por conceptos de legalizaciones:

²¹ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 02-DEC_MARISOL_CORTES Min. 41:03.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Imagen No. 8. Informe de auditoría financiera DVG en febrero de 2018 por parte de MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos)

INFORME AUDITORIA FINANCIERA DVG INGENIERIA S.A.S

HALLAZGOS CUENTAS VARIAS POR CONCEPTO DE LEGALIZACIONES

1. Se efectúan legalizaciones de salidas de dinero con gastos personales de los directivos de la Empresa y que no tienen nada que ver con el objeto social de la misma. Ejemplo de ellos son las tirillas de mercado, pago de predial, ropa y restaurantes entre otros.
2. Muchas legalizaciones corresponden a salidas de dinero que en su momento no tenían soporte y/o nombre del beneficiario (puede no ser el destinatario final si no el que retiró el dinero y lo distribuyó en varios conceptos). Es decir solo cambian de tercero.
3. Existe legalización de anticipo por compra de dotación; no existe evidencia en el folder de personal la evidencia de dicha entrega; es decir se afecta la parte laboral al no dejar registro del cumplimiento de la norma.
4. Existen legalizaciones con factura de compra de licor; estos gastos ante la DIAN no son reconocidos como gasto. No tiene relación con el objeto de la Empresa.
5. Se efectúan legalizaciones, distribuyendo el valor de la salida de dinero a préstamos a empleados, anticipos a terceros, entre otros y no queda firma de ese tercero final beneficiario del dinero, para dado el caso descontar de una liquidación en personal de nómina o en factura de proveedores.
6. Falta consecutivos; se pierde el control de los registros.
7. Se legalizan salidas de dinero con facturas a nombre de Proteco Ingeniería SAS. Llevando al gasto mantenimientos de vehículos que no existen en los activos de DVG Ingeniería SAS.
8. Se legalizan salidas de dinero que en su momento no le efectuaron comprobante de egreso; es decir esto no es legalización.
9. Se legalizan salidas de dinero a nombre de un empleado de la Empresa, registrando reembolsos de caja menor con préstamos de cantidades relevantes a otros empleados, convirtiendo la caja menor en una cuenta sin cuantía determinada y de varios propósitos.
10. No existen visados de elaboración, revisión y registro de las legalizaciones.

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. CD IND Y CIO/AUDITORIA DVG2017/Informe de Auditoría Independiente 2018.P3.

En este orden de ideas, no resulta cierta la afirmación de los recurrentes respecto a que en el Expediente existiera justificación de los gastos de DVG a nombre de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, pues de hecho lo que se encuentra es todo lo contrario, ya que de las declaraciones y documentos que obran en el Expediente se desprende que dichas legalizaciones llamaron la atención incluso de la misma contadora de la empresa.

Por otro lado, respecto a la existencia de una oficina por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** en las instalaciones de DVG con posterioridad a la cesión de sus acciones en dicha compañía, este Despacho reitera que esta situación no puede ser analizada de manera aislada como pretenden los recurrentes, sino de manera conjunta con los demás elementos probatorios, convirtiéndose en una evidencia más para confirmar que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** mantenía un influencia directa sobre DVG, pues a pesar de no ser accionista ni administrador de dicha compañía, no solo tomaba decisiones respecto a los procesos de selección en los que la misma iba a participar, tenía poder disciplinario sobre sus empleados, hacía usos de sus recursos unilateralmente, sino que además, contaba con una oficina permanente en sus instalaciones.

Por lo anterior, no son de recibo los argumentos de los recurrentes sobre este aspecto.

Ahora bien, los sancionados también buscaron controvertir la existencia de los elementos adicionales que fueron resaltados por esta Superintendencia y que facilitaron la coordinación entre ellos. De esta forma, para los impugnantes, la afirmación de la Resolución Sancionatoria respecto a que DVG y PROTECO compartían personal de trabajo no tuvo en cuenta que dicha situación se dio en circunstancias aisladas y justificadas en el giro ordinario de los negocios de las empresas. Igualmente, afirmaron que no es cierto que funcionarios de ambas compañías hicieran seguimiento conjunto a los procesos de selección, lo cual, en su criterio, no estuvo plenamente probado. Y, en tercer lugar, manifestaron que el apalancamiento financiero entre los agentes sancionados también ocurrió de



SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 22

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

manera circunstancial y aislada, además de siempre haber contado con justificación técnica y/o económica.

Sobre estos argumentos, este Despacho debe iniciar mencionando que dichas conductas, que fueron evidenciadas a lo largo de la investigación administrativa, independientemente de si ocurrían recurrentemente o de manera circunstancial, como lo afirman los recurrentes, la realidad es que, analizadas de manera conjunta con los demás elementos probatorios obrantes en el Expediente, se presentan como circunstancias facilitadoras de la coordinación entre los investigados en el marco de los diferentes procesos de selección.

Por ejemplo, en el caso del personal de trabajo que compartían las empresas sancionadas, este Despacho evidenció que se trataba de personas que los asistían en labores operativas, financieras, contables y administrativas, que tenían alta injerencia en el desarrollo de las actividades tanto en DVG como en PROTECO, lo cual, facilitaba la coordinación entre los mismos. A continuación se presenta la lista de las personas que prestaban servicios en ambas empresas.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 23

Por la cual se resuelven unos recursos de reposición

Tabla No. 2. Lista de personas que prestan servicios a DVG y PROTECO

Empleado	Cargo/función desempeñada en DVG	Cargo/función desempeñada en PROTECO
Adalberto Javier Gámez Vera	Ejecución de obras como "Residente de Obra" ²² .	Ingeniero encargado de la ejecución de obras en el Contrato No. 976 del 24 de julio de 2018 del INVÍAS ²³ .
Carlos Hernando Oramas Leudo	Consultor especialista naval ²⁴ .	Consultor especialista naval ²⁵ .
Aldrin Arias Rodríguez	Revisor Fiscal de enero de 2016 a octubre de 2018 ²⁶ .	Presta su colaboración en la elaboración de Estados Financieros para renovación de registro mercantil en Cámara de Comercio ²⁷ .
Diego César Balanta Riascos	Contador público para los años 2014 a 2017 ²⁸ .	Contador público 2017 ²⁹ .
Marisol Cortés Rozo	Contadora pública en la actualidad ³⁰ .	Contadora pública en la actualidad ³¹ .
Heriberto Antonio Zabaleta Menco	Coordinador de licitaciones ³² .	Colabora en trámites administrativo, como la suscripción y presentación de documentos para la renovación de matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio ³³ .
Eliana Marcela Hurtado Sánchez	Empleada de la compañía ³⁴ .	Colabora en ocasiones con la presentación de las ofertas económicas. Presentó la propuesta del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO en la licitación pública No. LP-DO-SNF-028-2017 adelantada por el INVÍAS ³⁵ .

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Como puede evidenciarse, existe un considerable número de personas que prestaban sus servicios de manera conjunta tanto a PROTECO como a DVG en lo relacionado con la elaboración y presentación de las propuestas económicas, la ejecución de los contratos, e, incluso, en aspectos

²² Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 7:03.

²³ Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 01-PC_MARISOL-CORTES.ad1/Usuario: C:\Users\Usuario\Downloads\CONTRATOS VIGENTES 2018 (1).xlsx.

²⁴ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335.mp3. Min. 43:15.

²⁵ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335.mp3. Min. 43:15.

²⁶ Folio 192 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

²⁷ Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEBEDER-VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER-VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\imap\ESTADOS FINANCIEROS DEFINITIVOS PROTECO - REPORTADO PARA RENOVACION CAMARA DE COMERCIO 20018.

²⁸ Folios 135, 136, 142, 152, 153, 154, 161 y 162 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

²⁹ Folios 329 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

³⁰ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 35:36.

³¹ Folio 680 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-091219. Min. 37:42.

³² Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 15:38.

³³ Folio 327 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

³⁴ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 2017-401804/DATOS/REQUERIM SD/auxiliares/ExportExcel2017.xlsx.

³⁵ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOP/LP-DO-SMF-028-2017/DA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28790430.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021 "Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"	HOJA Nº 24
netamente administrativos de ambas empresas. Dada la naturaleza de las actividades desarrolladas por las personas anteriormente mencionadas, las cuales, se repite, están relacionadas con la elaboración de las propuestas y ejecución de los contratos adjudicados, es posible concluir que se trataba de uno de los elementos principales que facilitaron la coordinación entre los investigados en su desarrollo competitivo en los diferentes mercados. Adicionalmente, es importante resaltar lo mencionado en la Resolución Sancionatoria respecto a que se encontró probado que, incluso los mismos altos dirigentes de las compañías sancionadas prestaban labores para ambas empresas. Así, se encontraron correos electrónicos que dan cuenta de ocasiones en las que altos funcionarios de DVG solicitaban la expedición de pólizas de seriedad de la oferta para la participación de PROTECO y de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ en procesos de contratación en los que DVG participaría igualmente como proponente. A modo de ejemplo, a continuación se presenta un correo electrónico del 4 de abril de 2017, en el cual EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) remite documentación de PROTECO para la obtención de la póliza: Imagen No. 9. Correo electrónico 4 de abril de 2017 en el que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) solicita la expedición de pólizas de seriedad de la oferta en favor de PROTECO  miércoles, 04/04/2017 4:42 p. m. DVG INGENIERIA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com> SOLICITUD POLIZA DE SERIEDAD Para: Melty Gonzalez, Asesor Comercial Javier Paz Suarez Este mensaje se ha respondido o reenviado. Adjuntos 03. C.C. AL PROTECO.pdf (487 KB) 07. TRI PROTECO 31-03-2017.pdf (2 MB) 15. RUT PROTECO.pdf (609 KB) PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO.pdf (2.1 KB) Buenas tardes Maria Eugenia. Adjunto documentación para que por favor nos colabore con la siguiente póliza de seriedad. DVG INGENIERIA S.A.S. Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG1 del Expediente. 02-WEBEDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jincue\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-WEBEDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Rafz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\SOLICITUD POLIZA DE SERIEDAD. El anterior correo electrónico evidencia que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), a pesar de haber afirmado a lo largo de la actuación administrativa no tener ningún vínculo laboral con PROTECO, adelantaba conductas que propiciaban la coordinación con dicha empresa en la obtención de los documentos que esta última requería para su participación en los procesos de selección. Por su parte, respecto al seguimiento conjunto que empleados de DVG y PROTECO hacían a los procesos de selección en los que resultaban adjudicatarios, no es cierto que no se haya presentado prueba alguna en la Resolución Sancionatoria. Por el contrario, se presentó la información recaudada en el marco de la actuación administrativa del computador de MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos), la cual dio cuenta del seguimiento conjunto que dicha funcionaria realizaba sobre los contratos vigentes suscritos por DVG y PROTECO.	

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Imagen No. 10. Cuadro de seguimiento contratos vigentes DVG y PROTECO

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K
1	DVG INGENIERIA SAS										
2	PROTECO INGENIERIA SAS										
3	PROTECO PROPIOS Y CON PARTICIPACION 2011										
4											
5	CONTRATO	CLIENTE	FECHA	VALOR TOTAL	SIN IVA	IVA	PLAZO	COSTO PROYECTOS	DESARROLLA		
6	1.000	MANTENIMIENTO VIAL LA JOYA PUTUMAYO, PERALDELA LA PLAYA, CRITO YARAJAO, PUERTO LEGUIZAMO- LA TAGUA, PUERTO ASIS	25 DICIEMBRE DE 2017	438.389.803	438.389.803		2 MESES Y 4 MESES PARA LIQUIDACION	JOYA-QUEBRADONIA \$ 92.208.400, PERALDELA LA PLAYA \$ 82.355.300, CRITO YARAJAO \$ 92.000.000, PUERTO LEGUIZAMO- LA TAGUA \$ 82.000.000, PUERTO ASIS \$ 76.826.103	CONSORCIO DVE		
7	1.000	REVISIÓN Y ACTUALIZACIÓN Y PERIÓDICOS Y DISEÑOS MUEBLE Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN EL MUNICIPIO LA TOLA EN NAHÚO	1/04/2018	236.778.228	236.778.228	34.800.000	4 MESES		204 QUE 000 DVG INGENIERIA SAS		
8	1.000	CONSTRUCCIÓN NAUDEL FARMACIA DE MUEBLE	30 DE MAYO DE 2013	628.124.991	615.632.642	4.492.349	2 MESES	\$ 628.124.991 INCLuye ADMON 20% IMPREVISTOS \$ 628.124.991 DEL 10% ES OBRAS 10%	PROTECO SAS		
9	1.000	MANTENIMIENTO NAUDEL LA EMERGENCIA PRO ASES	24 DE JULIO DE 2011	38.782.400	38.782.400	8.100.000	4 MESES	COSTO PERSONAL \$ 30.988.000, FACTOR 2,3 \$ 238.000.000, OTROS (CONTRATOS DIRECTOS) \$ 1.000.000, PROYECTOS \$ 1.000.000	PROTECO SAS		
10	1.000	MANTENIMIENTO Y MANTENIMIENTO CARRETERA	13 DE AGOSTO DE 2018	4.066.346.227	4.066.346.227	44.000.000	HASTA EL 31 DE JUN 2019	COSTO MATERIALES \$ 3.336.427.887, MANO DE OBRAS \$ 829.918.340	CONSORCIO POR ACCION CONSTRUCCIONES SAS		
11	1.000	MANTENIMIENTO Y VIGILANCIA DE LOS TUBOS DEL CONECTOR DE BAJA BAJA VENTURA	2.018	1.296.487.310	1.514.336.842	287.849.532	HASTA EL 31 DE DIC 2018	COSTO PERSONAL \$ 551.365.000, FACTOR 2,3 \$ 1.268.129.500, OTROS \$ 89.000.000 Y PERIÓDICOS \$ 1.000.000, PROYECTOS \$ 1.000.000	CONSORCIO MANTENIMIENTO		
12	1.000	CONSTRUCCIÓN DE OBRAS PROTECCIÓN	2.018	251.861.978	1.879.578	228.741.406	3 MESES	COSTO MATERIALES \$ 251.861.978, MANO DE OBRAS \$ 228.741.406	LA PROYECTA LA AGRO ECO, LA OBRAS LA DESARROLLA DVG SAS		
13	TOTAL ES			7.572.233.795	6.714.053.793	138.300.042					

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 01-PC_MARISOL-CORTES.ad1/Usuario:C:\Users\Usuario\Downloads\CONTRATOS VIGENTES 2018 (1).xlsx (recuadro rojo fuera de texto original).

Igualmente, se encontró en el informe de auditoría presentado por MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos) y que obra en el Expediente, una relación de los consorcios en los cuales participaba DVG con el fin de hacerles seguimiento. No obstante, lo que resultó llamativo es que en el mismo documento se incluyó el seguimiento a la ejecución del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO, que resultó adjudicatario de la licitación LP-DO-SMF-028-2017 adelantada por el INVÍAS. En el documento se relacionaron los siguientes aspectos del consorcio en cuestión: (i) duración del contrato; (ii) monto inicial de contrato; (iii) amortización del anticipo; (iv) ampliaciones del contrato; (v) entidad financiera utilizada para el manejo del anticipo; (vi) las facturas elaboradas; (vii) participación en el consorcio –en el cual DVG no participa y, por el contrario, la participación mayoritaria fue de PROTECO–, y (viii) el seguimiento en cuanto a la resolución de facturación. A continuación, una imagen que da cuenta del seguimiento al que se hace alusión.

HOJA N° 26

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Imagen No. 11. Cuadro de seguimiento de seguimiento CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO

DVG INGENIERIA SAS								
REVISION CONSORCIOS								
CONSORCIO	FECHA CREACION	DURACION	OBJETO	CLIENTE	VALOR	PARTICIPACION	FACTURAS ELABORADAS	
						CONSORCIADO	%	NUMERO VALORES
CONSORCIO FLUMIAL	2017	4 MESES	MANTENIMIENTO DEL RIO TRIUNFO CUENCA DEL RO ATRATO EN EL MUNICIPIO DE ROSUO OPTO DEL CHOCO	INVIAS	1.541.044.178	PROTECO	96	1 29 725 500
	SE FIRMO 4 DE JULIO 2017					AVINGO	5	217 230
								5 945 300
INFORMACION GENERAL								
EL VALOR LLEVA INCLUIDA IVA								
EL IVA ES DE 19% SOBRE EL 5% UTILIDAD	INT 901.094.050	INT 901.094.050-1	SE PIDO AMPLIACION A FEBRERO DE 2018	SE PIDO VALOR \$ 96 752.520 POR AMPLIACION	MANEJO ANTIOPRO POR \$305 972 880 EN FIDUCIA MERCANTIL	RESOLUCION FACTURA 18752005124431 DE LA 1 A LA 50		
AMORTIZACION ANTIOPRO 20%								

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente ICD IND Y CIO. AUDITORIA DVG2017. Archivo "AUDITORIA CONTABILIDAD (1)" Hoja en Excel denominada "consorcios".

Como puede observarse, quedó demostrado que **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos), una de las personas que prestaba sus servicios tanto a **DVG** como a **PROTECO**, hacía seguimiento a la vez, en un mismo documento con el nombre “DVG INGENIERIA S.A.S. Revisión Consorcios”, a los contratos adjudicados a ambas compañías. De este hecho se advierte la existencia de una conducta facilitadora de la coordinación entre ambas empresas en su comportamiento en el mercado, dejando sin mérito el argumento de los recurrentes respecto a la falta de prueba sobre este aspecto.

Por último, con relación al apalancamiento financiero entre los agentes sancionados, este Despacho manifestó que los mismos se presentaban como una evidencia más de los vínculos de cercanía entre ambas empresas, idóneos para estructurar una conducta coordinada entre dos agentes económicos competidores en los diferentes mercados en los que participan. En este sentido, se encontraron, por un lado, los registros de un número de préstamos que fueron otorgados por DVG a PROTECO para los años 2017 y 2018, los cuales fueron utilizados para cubrir gastos propios de la ejecución de contratos adjudicados a PROTECO. Lo anterior se observó en el documento: "DVG INGENIERIA S.A.S. Libro auxiliar entre 01/01/2018 y el 30/10/2018", en el cual se registraron préstamos a favor de PROTECO con el fin que esta empresa pudiera cubrir los siguientes gastos: (i) pago de nómina (sueldos, seguridad social, viáticos, primas, cesantías); (ii) pagos de pólizas; (iii) gastos de licitaciones; (iv) anticipos para desarrollo de obras; (v) pago de impuestos y seguros (renta y SOAT); (vi) préstamos a empleados vinculados a PROTECO; (vii) anticipo para vehículos; y (viii) gastos de caja menor³⁶.

Por otro lado, se encontró que **PROTECO** igualmente realizaba "*préstamos*" en favor de **DVG**³⁷, lo cual fue confirmado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), quien en declaraciones rendidas ante funcionarios de esta Superintendencia sostuvo que entre ambas compañías efectivamente se realizaban préstamos mutuos para "*fortalecerse*", como se evidencia a continuación:

***Delegatura:** ¿Se les debe dinero a **PROTECO** o ellos le deben dinero a...?

EDER ZABALETA ROJAS: Bueno, a ver, como en algunas ocasiones se...buscamos, digamos manera de, de, de fortalecemos, eh, a veces hay momentos aquí de iliquidez, y nosotros les prestamos el dinero, como también ocurre en la parte contraria. DVG tiene inconvenientes de iliquidez y ellos nos prestan. Porque nosotros hasta este año, perdóname

³⁶ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :I2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2018. Doc. Núm. (DIS) ce 1106.

³⁷ Folio 272 del cuaderno reservado DVG 1 del Expediente. :2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2017. Doc. Núm. (DIS) rc 47; (DIS) RC 64; (DIS) RC 65; (DIS) RC 66. Y Folio 272 del cuaderno reservado DVG No 1.:2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2018. Doc. Núm. (DIS) rc 101 y (DIS) rc 77.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

que le interrumpa, hasta este año pudimos obtener nuestro primer crédito con una entidad financiera. Porque no teníamos experiencia crediticia, porque éramos una S.A.S., porque los socios no tenían la suficiente fortaleza como para amparar una operación, entonces hasta ese año pudimos (...).

Delegatura: Pero haber, o sea, generalmente ¿DVG le presta a PROTECO o viceversa?

EDER ZABALETA ROJAS: Viceversa.

Delegatura: ¿Y qué rentabilidad o qué intereses o cómo pactan esos préstamos?

EDER ZABALETA ROJAS: Como son mutuo, haber, como son mutuo, nosotros no tenemos ningún inconveniente, simplemente como, a veces eh... de hecho en estos momentos el INVÍAS se tardó, lleva ya casi 90 días sin pagamos, entonces PROTECO tiene, digamos, le preguntamos si tiene algún remanente (...) yo le digo présteme esto para cubrir una obligación y yo hago eso (...)³⁸.

Así, se pudo observar que los préstamos entre PROTECO y DVG se hacían en el marco de la relación de cercanía y amistad entre competidores que fue probada por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria, y que, independientemente de si ocurrían en todos los procesos de selección o solo en algunos, lo cierto es que los mismos facilitaban una coordinación ilegal entre los sancionados, situación que ha sido evidenciada como reprochable por parte de esta Superintendencia.

Por todo lo anterior, para este Despacho existen pruebas suficientes que demuestran la existencia de una serie de conductas que facilitaron la coordinación entre los investigados en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participaron, tales como que: (i) ambas empresas compartían personal de trabajo a la hora de elaborar sus propuestas y/o de ejecutar los contratos en los que resultaban adjudicatarios; (ii) funcionarios de DVG y PROTECO hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban seleccionados; y (iii) se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades y que fueron objeto de análisis por parte de esta Entidad. Por lo anterior, no son de recibo los argumentos de los recurrentes encaminados a desmentir la existencia de las mismas.

Finalmente, los impugnantes afirmaron en sus recursos de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó la existencia de una conducta para falsear la libre competencia, cuando no existió prueba siquiera indiciaria de esto.

Este Despacho no concuerda con la posición planteada por los recurrentes, toda vez que la Resolución Sancionatoria no solo dejó en evidencia la existencia de ciertas situaciones entre los sancionados que facilitaban una coordinación entre ellos (relaciones de amistad previa, situación de control competitivo, entre otros), sino que además evidenció que en cinco (5) procesos de selección específicos adelantados por el INVÍAS y uno (1) del FONTUR, los infractores efectivamente actuaron de manera coordinada con el objeto de falsear la competencia, en desmedro de los intereses de los demás competidores, pero especialmente de la respectiva entidad contratante. Vale la pena recordar que es esta la conducta finalmente reprochada por esta Superintendencia, pues la normatividad vigente en materia de libre competencia en Colombia está encaminada a evitar cualquier tipo de comportamiento colusorio por parte de competidores en un determinado mercado.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por los recurrentes, lo anterior quedó acreditado gracias a la presencia de pruebas directas sobre dicha coordinación (correos electrónicos, documentos de los procesos de selección, actas, entre otros), así como con el análisis de otra serie de elementos probatorios que, de conformidad con el precedente de la Superintendencia de Industria y Comercio³⁹, se presentan como indicios suficientes que demuestran el comportamiento coordinado entre proponentes en el marco de procesos de selección.

³⁸ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 1:03:23.

³⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 91235 de 2014, 1728 de 2019 y 3150 de 2019.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 28

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

A modo de ejemplo, se presenta el siguiente elemento de prueba que fue puesto de presente en la Resolución Sancionatoria y que permite evidenciar de manera clara la coordinación que tuvo lugar en el marco de una de los procesos de selección objeto de investigación (Selección abreviada No. **SA-MC-DO-SMF-027-2017** adelantada por el **INVÍAS**). Dicha prueba corresponde al mensaje que recibió **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) el 20 de noviembre de 2017 desde la cuenta de correo electrónico **dvgingenieriasas@gmail.com**, la cual siguió siendo utilizada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) incluso después de haber cedido su participación en **DVG**. En dicha comunicación, cuyo objeto era "pilas con esto", **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) informó lo siguiente: "**MIRA LA CAGADA QUE COMETIÓ ANTONIO [HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos)], PIENSA QUÉ PODEMOS HACER**".

Imagen No. 12. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 20 de noviembre de 2017

From:	DVG INGENIERIA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>
Sent:	11/20/2017 12:48:31 AM -0500
To:	EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
Subject:	pilas con esto
Attachments:	37. DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35812909.pdf

MIRA LA CAGADA QUE COMETIO ANTONIO, PIENSA QUE PODEMOS HACER

DVG INGENIERIA S.A.S.

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\imap\pilas con esto.

El anterior mensaje venía acompañado de unos adjuntos que dan cuenta del error enunciado en el cuerpo del correo electrónico y que correspondían a un documento encaminado a subsanar un requerimiento hecho al **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**, conformado por **PROTECO** y **AVINCO**, en el proceso de selección en cuestión, en el cual se pidió presentar la constancia de que el representante legal de **AVINCO** estaba autorizado para obligar a la compañía en el marco del proceso de selección, y el cual había sido radicado ante el **INVÍAS** el 1 de noviembre de 2017.

Sin embargo, el error al que se hacía referencia por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** consistía en que el documento de subsanación fue firmado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) como "*representante legal de DVG*", empresa que ni siquiera hacía parte del **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**, y que por el contrario, actuaba dentro del proceso de selección como un competidor independiente. A continuación, se observa la equivocación en comento en el siguiente documento:

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Imagen No. 13. Documento suscrito por EDER ZABALETA ROJAS como "representante legal de DVG" para subsanar requerimiento hecho al CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

**CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**

Bogotá D.C., 01 de noviembre de 2017.

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN
Carrera 59 No. 26-60 - CAN
Bogotá, D.C.

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
REPOSICIÓN
DEPENDENCIA
217804
OBSERVACIONES PRECONTRACTUALES
DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

MESES: Folio=3,
01/11/2017 02:02:02 pm

REFERENCIA : Proceso de Selección No. SA-MC-DO-SMF-027-2017, cuyo objeto es "MANTENIMIENTO, ADMINISTRACIÓN, ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DEL MUELLE DE VICTORIA REGIA LETICIA, AMAZONAS."

ASUNTO : Solicitud de Subsanación.

Respetados señores:

Reciban un cordial saludo, por medio de la presente nos permitimos responder a la solicitud de subsanación del proceso en asunto, realizada a través del documento publicado en el SECOP el día 31 de octubre de 2017, en la que la entidad pública le asigna, con respecto al proponente CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

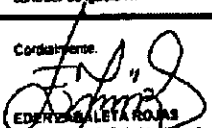
• PROponente No 2 CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

Verificada la propuesta se evidencia que el representante legal del consorcio AVINCO L.T.D.A., tiene restricciones para contraer obligaciones a nombre de la misma, requiriendo aprobación por parte de la junta de socios. No obstante, la entidad se agota a los 147 y 148 de la propuesta, autorización para participar en el proceso SA-MC-DO-SMF-027-2017, no para el proceso de la referencia SA-MC-DO-SMF-027-2017.

Por lo anterior, se solicita al proponente, allegar la documentación antes mencionada, en las condiciones exigidas, en el plazo de condiciones.

En respuesta a su solicitud de subsanación, y en concordancia con lo anteriormente descrito, se adjunta ACTA DE SOCIOS otorgando poder, síngulo y suficiente al representante legal de AVINCO LTDA para contraer obligaciones a nombre de la misma dentro del proceso de selección SA-MC-DO-SMF-027-2017.

Cordialmente,



EDER ZABALETA ROJAS
C.C. 73.266.747 de Bogotá
Representante Legal
DVG INGENIERIA S.A.S
Anexo lo enunciado en 2 folios.

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No.2 del Expediente. :Inspección al SECOPSA-MC-DO-SMF-027-2017DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35244349 (recuadro rojo fuera de texto original).

Como lo mencionó la Resolución Sancionatoria, la anterior prueba es uno de los múltiples elementos que evidencian de manera directa la coordinación entre los sancionados en el marco de los diferentes procesos de selección estudiados. De un lado, la comunicación por correo electrónico evidencia el trabajo colaborativo entre las dos compañías y su controlante, con el fin de que las mismas participaran en el proceso de manera coordinada. Del otro, el hecho que funcionarios de alguna de las empresas que conformaba el **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA** hubiera incluido, al final del documento para subsanar un requerimiento de la entidad contratante, la firma del representante legal de una empresa competidora en el mismo proceso, da cuenta, de manera directa, de la existencia de una coordinación entre los involucrados inaceptable a la luz del régimen de libre competencia.

Así, y contrario a lo afirmado por los impugnantes, para este Despacho quedó plenamente acreditado que la coordinación entre los sancionados tuvo lugar en todas las etapas relevantes de los procesos de selección analizados. Es decir, la misma se concretó desde las gestiones previas para la elección de los procesos a los que se presentarían, determinar la forma de participación y conformar estructuras plurales que permitieran la presentación de los investigados en los procesos, la gestión común de requisitos habilitantes, hasta la elaboración coordinada de las ofertas económicas, la subsanación de ofertas de manera conjunta y la ejecución coordinada de los contratos adjudicados.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021		HOJA N° 30
"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"		
Por este motivo, no son de recibo los argumentos expuestos por los recurrentes en sus respectivos escritos de reposición, encaminados a desmentir la existencia de una conducta anticompetitiva en el presente caso.		
3.4. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta inexistencia de una conducta ilegal por parte de EDER ZABALETA ROJAS		
Según EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), no es cierto que él mismo hubiera gestionado los trámites para la conformación de consorcios entre los sancionados como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria. Por el contrario, afirmó que su gestión se limitó a referenciar potenciales aliados en casos puntuales y aislados, que no tuvo como finalidad que PROTECO se presentara en apariencia de competencia con DVG. En su criterio, su gestión era <i>"meramente de intermediación de confianza"</i>.		
Sobre este argumento, la Superintendencia de Industria y Comercio puso de presente una situación que tuvo lugar de manera común en cuatro (4) de los seis (6) procesos de selección que fueron objeto de investigación, y que consistió al hecho que PROTECO se presentó en los mismos a través de consorcios que eran conformados junto con la empresa AVINCO, pero cuya estructuración era gestionada, en cualquier caso, por EDER ZABALETA ROJAS, a pesar de que DVG participaría de manera independiente en los mismos procesos. De manera ilustrativa, se presentó la siguiente tabla con los procesos mencionados:		
Tabla No. 3. Procesos de selección en los que PROTECO participó a través de consorcios conformados con AVINCO		
ENTIDAD CONTRATANTE	PROCESO DE SELECCIÓN	INVESTIGADOS QUE PRESENTARON OFERTA
INVÍAS	LP-DO-SMF-028-2017	CONSORCIO FLUVIAL integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	SA-MC-DO-SMF-021-2017	CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE , integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	SA-MC-DO-SMF-027-2017	CONSORCIO FLUVIAL LETICIA integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	LP-DO-SMF-027-2018	CONSORCIO FLUVIAL integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 80%- AVINCO 20%).
Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.		
Sin embargo, y contrario a lo afirmado por el recurrente, la estructuración de los consorcios por medio de los cuales PROTECO participó en los procesos de selección analizados, se enmarcó en la estrategia de coordinación entre los sancionados que fue reprochada por esta Entidad. Así, se presentaron elementos probatorios que dieron cuenta cómo, a pesar de que los consorcios en cuatro (4) procesos fueron conformados por PROTECO y AVINCO, fue EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) la persona encargada de adelantar las gestiones para su conformación. Esto, a pesar de que en dichos procesos DVG presentó propuesta como oferente independiente.		
Al respecto, el mismo EDER ZABALETA ROJAS confesó en sus declaraciones ante esta Superintendencia que prestaba su colaboración a PROTECO para conseguir un aliado con quien pudiera conformar un consorcio y participar en un determinado proceso de selección. Vale la pena		

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

reiterar que, por lo general, DVG se presentaría como competidor en el mismo proceso. Así, en declaración del 5 de diciembre de 2019 manifestó:

"Delegatura: Cuando ustedes se refieren, en el escrito de descargos, que la colaboración que ustedes se prestan entre DVG y PROTECO tiene como fin 'facilitar la participación de las sociedades DVG y PROTECO en procesos de contratación pública' ¿A qué hacen referencia a ese tema de facilitación?

EDER ZABALETA ROJAS: A ver, como podría decir...no, no, no te sabría explicar puntualmente, pero digamos facilitar la participación es que si yo eh...digamos, tengo...eh, cumplo solo, pues yo me voy como estoy. Si de pronto él me dice 'venga yo no estoy cumpliendo' y le digo 'ven, yo tengo un amigo que tiene la experiencia' y le digo 'mire, por favor preséntate con él, o mira a ver, evalúa si sus indicadores te sirven para lo que tu estas buscando'. No sé.

Delegatura: Bueno, acaba de decir 'ven, yo te presento a alguien que puede tener...'. Hablemos de AVINCO. ¿Quién es AVINCO?

EDER ZABALETA ROJAS: Bueno, AVINCO es la empresa, bueno para cuando yo los conocí, eh...es la empresa de eh...un gran amigo, o de bueno, de dos conocidos, dos amigos, y uno de ellos es **ORLANDO POVEDA**. Cuando...eh...yo lo conocí, hace como más de diez años, muchísimo más, y digamos lo conocí y para efectos de varios procesos en los cuales, digamos yo cumplo solo y no tengo, eh, no tengo ninguna necesidad de un tercero, pero de pronto dentro de eso, eh, en el caso **PROTECO**, puntualmente, me ha dicho [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**] me dice 'venga hermano, estoy buscando porque no cumplo solo y quiero participar' entonces uno de los casos eso fue **AVINCO** que es un amigo, cercano, en el cual yo le dije 'mire, hay una opción de...por favor...' y lo presenté con el Ingeniero [**DANIEL VELASCO GONZALEZ**]. Eso ha sido uno de los, digamos, de las opciones que hemos manejado"⁴⁰.

Nótese que el declarante afirmó inequívocamente que, en su calidad de accionista y representante legal suplente de DVG, le prestaba colaboración activa a **PROTECO** para la consecución de terceros con los cuales este último pudiera conformar consorcios para participar en procesos de selección. Sin embargo, para la Superintendencia de Industria y Comercio esta actuación no puede entenderse como una "intermediación de confianza", como lo afirma el recurrente, sino que, por el contrario, debe considerarse como una actuación abiertamente contraria al régimen de libre competencia, pues no es aceptable que dos o más empresas que serán competidoras en un determinado proceso de selección, se presten colaboración mutua para facilitar su participación en dicho proceso como aparentes competidores.

Debe reiterarse que la participación de una empresa como proponente en un determinado proceso de selección debe ser el resultado de una decisión autónoma e independiente, la cual debe ser tomada previo análisis interno de las condiciones técnicas y económicas exigidas por la Entidad contratante y la capacidad del posible proponente de cumplirlas. En este sentido, cada oferente, como competidor independiente, es el encargado de adelantar sus propias gestiones para, por ejemplo, estructurar las posibles figuras asociativas que le permitan cumplir las condiciones de cada proceso. Así, no es aceptable que dos futuros o actuales competidores se colaboren en la estructuración de sus ofertas y en la definición de la estrategia que utilizará cada uno para presentarlas, aparentando independencia pero en realidad poniendo en marcha una coordinación contraria a los principios de la libre competencia.

Las declaraciones de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), que se presentan como una prueba directa de la existencia de coordinación entre los investigados, fueron confirmadas por **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos), quien en declaración del 6 de diciembre de 2019 afirmó que **AVINCO** se presentó en consorcio con **PROTECO** en diferentes procesos de selección toda vez que **EDER ZABALETA ROJAS** se lo había solicitado:

⁴⁰ Folio 666 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 39:48.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 32

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

***Delegatura:** ¿Usted con quién constituyó esos procesos en los que se presentó al INVÍAS?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Eh, el consorcio de la...y pues que está aquí en la referencia se constituyó con **PROTECO**.

Delegatura: ¿Y quién es **PROTECO**? ¿Por qué usted lo eligió como su socio para irse en consorcio?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: A ver, a mí me llamaron, me dijeron que necesitaban un apalancamiento...

Delegatura: ¿Quién lo llamó?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: [EDER ZABALETA ROJAS], que necesitaba...que había una empresa que necesitaba un apalancamiento financiero que **AVINCO** lo tenía, pues nosotros estábamos en una situación ahí como crítica financiera en ese momento, entonces pues él lo sabía y nos tuvo en cuenta para presentarnos en esa licitación. Que si podíamos colaborar en el porcentaje que ellos necesitaban de apalancamiento financiero para completar la propuesta.

Delegatura: O sea ¿[EDER ZABALETA ROJAS] puso en contacto a **AVINCO** y a **PROTECO**?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Sí señora.

Delegatura: ¿Y [EDER ZABALETA ROJAS] de dónde conocía a **PROTECO**? ¿Por qué los puso en contacto?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Se supone que, como es amigo mío, él es amigo de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ], ¿sí? Son amigos.

Delegatura: Entonces [EDER ZABALETA ROJAS] le presentó a **PROTECO** y ¿cómo decide finalmente usted conformar el consorcio con ellos?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Pues dijimos sí, presentémonos. Y ya.

Delegatura: O sea ¿sin conocer a la empresa? ¿Porque estaba [EDER ZABALETA ROJAS] de por medio?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Sí, porque [EDER ZABALETA ROJAS], digamos que es la persona que yo confío en él. O sea, es de confianza, es de mucha confianza, entre nosotros con [EDER ZABALETA ROJAS]. Entonces, ¿usted lo conoce a él? 'sí, es mi amigo', a listo entonces presentémonos. Ya.

Delegatura: Señor José Orlando, usted acabó de mencionar un tema de un apalancamiento. ¿Cuál era la empresa que necesitaba el apalancamiento? ¿**AVINCO** o **PROTECO**?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: **PROTECO** le faltaba una partecita de parte financiera⁴¹.

Como se observa, **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) reiteró que la conformación de los consorcios por medio de los cuales **PROTECO** y **AVINCO** participaron en cuatro (4) de los seis (6) procesos de selección investigados en la presente actuación administrativa, fue gestionada por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), quien en el marco de la coordinación que mantenían las empresas que fueron objeto de investigación, le ayudó a buscar un tercero con el que pudiera cumplir los requisitos financieros de los respectivos pliegos de condiciones.

De hecho, y contrario a lo afirmado por el recurrente, se presentaron en la Resolución Sancionatoria pruebas que dan cuenta de que la colaboración que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) prestaba a **PROTECO** no se limitaba simplemente a ponerlo en

⁴¹ Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 14:02.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

contacto con **AVINCO**, sino que tenía una participación activa en la estructuración y formación de los consorcios que serían constituidos para la presentación de ofertas. Como ejemplo de lo anterior, se puso de presente el correo electrónico que remitió **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** el 22 de julio de 2017, en el cual le informaba los porcentajes de participación de las sociedades que integrarían el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**:

Imagen No. 14. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 22 de julio de 2017

From: PROTECO INGENIERIA SAS <protecoingenieria@gmail.com>
Sent: 7/22/2017 12:22:55 PM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
Subject: SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL
Attachments: CARACTERISTICAS CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE.xlsx; PLIEGO CONDICIONES DEFINITIVO.pdf

EL CONSORCIO SE LLAMARA

CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE

PROTECO INGENIERIA SAS - 95%
AVINCO LTDA - 5%

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL.

Como se observa, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) compartía información confidencial con **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) de la forma como estaría conformado el consorcio que **PROTECO** constituiría con **AVINCO**, con el objetivo de que **EDER ZABALETA ROJAS** colaborara con el cálculo de la capacidad residual necesaria para presentar la oferta. Dado que dicho ejercicio debe ser realizado de manera previa a tomar la decisión de participar en un proceso de selección, no cabe duda que **EDER ZABALETA ROJAS** prestaba una colaboración activa en la estructuración inicial del consorcio y en el análisis de su capacidad para participar en el respectivo proceso de selección, lo cual iba más allá de poner en contacto a sus futuros competidores.

De igual forma, se presentó prueba de que **EDER ZABALETA ROJAS** gestionaba los documentos que eran necesarios para la conformación de los consorcios entre **PROTECO** y **AVINCO**. Al respecto, se encontró el correo electrónico del 27 de abril de 2017, en el cual **EDER ZABALETA ROJAS** recibía de parte de **DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA** (asistente de **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS**, representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos)⁴² el acta de la junta de socios de **AVINCO** por la cual se autorizó la conformación del **CONSORCIO FLUVIAL**, integrado por **PROTECO**, así como otros documentos necesarios para la presentación de la propuesta. Estos documentos fueron enviados a **EDER ZABALETA ROJAS** porque fue la persona que gestionó la conformación del consorcio entre **AVINCO** y **PROTECO**:

⁴² Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 18:49.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA Nº 34

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Imagen No. 15. Correo electrónico de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 27 de abril de 2017

From: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
Sent: 4/27/2017 3:04:05 PM -0500
To: DVG Oficina <dvgingenieriasas@gmail.com>
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
Attachments: ACTA DE SOCIOS No.132 INVIAS 026-2017.pdf; PARAFISCALES avinco.pdf; RUT AVINCO 2015.pdf; BALANCE GENERAL.pdf; Notas.pdf; PYG.pdf; ANEXO 1A-EXPERIENCIA KR AVINCO.xlsx; ANEXO 2 - CAPACIDAD TÉCNICA AVINCO.xlsx; SALDO CONTRATOS EN EJECUCIÓN AVINCO.xlsx; TP WILSON.pdf; VIGENCIA WILSON AVILA 15-03-2017.pdf; CEDULA ORLANDO.pdf

----- Forwarded message -----
From: DIANA ROCÍO GUARNIZO <guarnid84@gmail.com>
Date: El jue, 27 de abr. de 2017 a las 3:03 p.m.
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>

Te debo:

1. Cámara de Comercio
2. RUP
3. Certificación y dictamen de los estados financieros

El RUP queda en firme hasta el 9 de mayo, pero como la licitación se cierra el 11 yo te lo envío el 10.
Los otros documentos estoy pendiente que me los envíen de Avinco porque no los tengo.

--
Cordialmente,
Arg. Diana Rocio Guarnizo Orjuela
Especialista en Gerencia Integral de Obras
Cel. 301 500 43 87
--
Enviado con Gmail Mobile

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\MPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\Fwd: DOCUMENTOS AVINCO (recuadro y subrayas rojo fuera de texto original).

De esta forma, no es posible aceptar los argumentos presentados por EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) en su recurso de reposición respecto a que su labor era la de poner en contacto a PROTECO y AVINCO bajo una simple figura de intermediación. Por el contrario, se encontró probado que dicha conducta estuvo enmarcada en la política de coordinación existente entre los sancionados, por medio de la cual buscaban acordar desde un principio la forma como cada una de las empresas participarían en los respectivos procesos de selección y la estrategia que seguirían con el fin de resultar adjudicatarios de los contratos.

3.5. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta irregularidad de las visitas de Inspección adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

Para DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y PROTECO la Superintendencia de Industria y Comercio valoró un número de pruebas recaudadas en diligencias de inspección administrativa, sin contar con orden judicial previa.

Por su parte, EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG afirmaron que el procedimiento administrativo sancionatorio de prácticas restrictivas de la competencia se divide en tres etapas: (i) averiguación preliminar; (ii) investigación formal; y (iii) decisión final. En su criterio, las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio durante la averiguación preliminar deben, en todo momento, ajustarse a lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política y los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011. De lo contrario, se presentaría una violación al debido proceso y principio de legalidad.

Consideran los recurrentes que no es cierto, como supuestamente lo afirmó esta Superintendencia, que la etapa de averiguación preliminar no esté sujeta a formalidades, ni que en la misma la Superintendencia de Industria y Comercio pueda usurpar funciones exclusivas de las autoridades judiciales.

Por este motivo, sostuvieron los sancionados que la Superintendencia de Industria y Comercio no estaba facultada de realizar diligencias sometidas a reserva judicial ni de practicar pruebas que no

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

guardaran conexidad con las funciones de la Entidad. Afirieron que la Corte Constitucional manifestó que las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia son mecanismos leves o intermedios de control, y sus facultades probatorias deben ser ejercidas a la luz del CPACA y del CGP.

Por todo lo anterior, los recurrentes sostuvieron que la información que se obtuvo de computadores, correos electrónicos y teléfonos celulares de los sancionados no podía ser vinculada al proceso dado que se recolectó de manera ilegal, arbitraria e intimidante.

Para dar respuesta a los argumentos presentados por los recurrentes, es importante volver a anotar, tal y como se hizo en la Resolución Sancionatoria, que dentro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo de protección de la libre competencia económica conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011. De esta forma, esta Superintendencia está facultada para iniciar una actuación de oficio o por solicitud de un tercero, y de considerarlo necesario adelantar averiguaciones preliminares para obtener mayor información que le permita concluir la existencia o no de mérito para iniciar una investigación por violación del régimen de libre competencia. Tales facultades se encuentran previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:

"Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, **la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar**, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En tal medida, y según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará si se requiere proceder con una averiguación preliminar, decisión que dependerá de si la autoridad considera tener o no suficientes elementos de prueba que le permitan concluir la necesidad de iniciar una investigación por medio de un acto de apertura y formulación de pliego de cargos, con el fin de establecer si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Así las cosas, las etapas previas al inicio de una investigación materializan las facultades de inspección en cabeza de esta Entidad. Dichas etapas, de carácter reservado, no están sujetas a formalidad alguna y tienen como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación formal. Lo anterior, fue reconocido por el Consejo de Estado al referirse al procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos⁴³:

"(...) Según se puede leer en la norma [art. 52], la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por su parte, el elemento de reserva de las averiguaciones preliminares tiene profusa importancia en las funciones de inspección de esta Superintendencia por cuanto su intervención en estas etapas busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en

⁴³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 250002324000 2000 0665 01.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 36

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

el mercado. Con lo anterior, esta Autoridad propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

Como puede observarse, la relevancia de las etapas previas al inicio de una investigación, incluyendo la posibilidad de adelantar una averiguación preliminar, en donde esta Entidad concreta sus funciones de inspección, radica en que tienen como finalidad obtener la información necesaria para verificar la existencia de mérito de iniciar una investigación en donde se buscará determinar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

Ahora bien, el hecho que esta Superintendencia, soportado como se vio anteriormente en decisiones previas del Consejo de Estado, manifieste que la etapa de averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, no quiere decir, como erróneamente lo afirman los recurrentes, que se esté buscando soportar una actuación contraria a la ley. Por el contrario, resulta pertinente evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política⁴⁴ la norma superior que autoriza a las autoridades con funciones de inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 15 de la Constitución Política dispone:

"Artículo 15 de la Constitución Política: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.

En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.

La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.

Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (Subraya y negrilla fuera de texto).

Al respecto, recientemente la Corte Constitucional⁴⁵ ha señalado que:

"Las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ello, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y Tribunales Superiores del Distrito han señalado que la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4° del artículo 15 de la Constitución." (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así, y en relación con la Superintendencia de Industria y Comercio, sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la competencia derivan del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, que indica:

"Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

⁴⁴ "Artículo 15. (...) para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (...)" (Subrayado fuera de texto original).

⁴⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

A su vez, el numeral 2, del artículo 1 del Decreto 4886 del 23 de diciembre de 2011 dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

"2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales".

De igual forma, es importante recordar que de conformidad con el numeral 4 del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, esta Superintendencia ejerce funciones permanentes de policía judicial en materia de libre competencia⁴⁶.

Por su parte, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en desarrollo de la facultad constitucional consagrada en el artículo 15 antes citada, establecen que son funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, las siguientes:

"Artículo 1. Funciones generales. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República.

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

(...)" (Negrilla fuera de texto original).

A su vez, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011, dispone que la reserva de cierta información o documentos no es oponible a las autoridades administrativas (como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio) que los soliciten para el ejercicio de sus funciones, siempre que constitucional o legalmente sean competentes para ello. Así, dicha norma dispone:

"Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones. El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo" (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, y con fundamento en las normas previamente analizadas, es claro entonces que esta Superintendencia cumple efectivamente con funciones de inspección, vigilancia y control, la cual se traduce en el caso concreto, la de vigilar los diferentes mercados nacionales, razón por la cual, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución Política, está plenamente facultada para exigir la

⁴⁶ "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control".

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 38

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sobre los cuales no le es oponible ningún tipo de reserva.

Por lo anterior, lejos de encontrarse algún vicio en las actuaciones desplegadas por esta Superintendencia en las etapas previas al inicio de la investigación, se puede verificar su completo apego a la Constitución y la normatividad que regula la materia, incluso a lo dispuesto en la Sentencia C-165 de 2019 en que precisamente la Corte Constitucional, contrario a lo afirmado por los recurrentes, señaló que "(...) las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este sentido, no es de recibo el argumento de los impugnantes encaminado a buscar la ilegalidad de las vistas de inspección que tuvieron lugar en el marco de la presente actuación administrativa, ni la ilicitud de los medios de prueba ahí recaudados, pues la actuación de esta Superintendencia estuvo enmarcada según las facultades que les son otorgadas por la ley. Valga además aclarar, que en el desarrollo de dichas visitas administrativas, esta Superintendencia en ningún momento realizó interceptaciones, como erróneamente lo afirman los recurrentes, sino que realizó una recopilación de documentos corporativos, relacionados con el objeto de la visita.

Ahora bien, respecto al argumento de los impugnantes según el cual la información que se obtuvo de computadores, correos electrónicos y teléfonos celulares de los sancionados, no podía ser vinculada al proceso toda vez que, si bien dichos equipos contaban con información relacionada con su actividad económica, en realidad se trataba de sus equipos personales, este Despacho manifiesta lo siguiente.

Como ya fue expuesto anteriormente, de acuerdo a los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Superintendencia está legalmente facultada para realizar visitas administrativas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica. De igual forma, esta Superintendencia tiene competencia legal para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, comunicaciones, libros, papeles de comercio, libros de contabilidad y demás documentos privados que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

Lo anterior fue ratificado por la misma Corte Constitucional, quien en sentencia C-165 de 2019 estableció que:

"De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa".

En este sentido, puede afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, realizar entrevistas y practicar visitas de inspección con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Ahora bien, es importante poner de presente que de acuerdo a la sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional, la información que repose en los computadores, *Tablets*, celulares o demás dispositivos que sean utilizados con fines institucionales, se entienden como relacionados con la actividad del comerciante y por tanto pueden efectivamente ser exigidos por las superintendencias en su calidad de entidades de inspección, vigilancia y control en los términos del inciso 4 del artículo 15 de la Constitución Política. Así se transcribe aparte de la mencionada sentencia:

"Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos institucionales, es declar de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen una

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

interpretación o registro en los términos del inciso 3° del artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ellos, harían parte de la categoría de "documentos privados" a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4° del artículo 15 de la Constitución (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A su vez, no puede pasarse por alto que de acuerdo a sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el hecho que a través de sistema de mensajería (como correos electrónicos), se transmitan a la vez comunicaciones privadas como institucionales, no significa de ninguna manera que dichos sistemas de mensajería deban entonces considerarse de naturaleza personal. De esta forma, la citada sentencia manifestó lo siguiente:

"A fin de evitar, por ende, cualquiera de esas indebidas injerencias, las partes del proceso y el funcionario encargado de la controversia, deberán sujetar sus actuaciones a la normatividad legal pertinente y circunscribir la probanza a lo estrictamente necesario, según los hechos que sustentan la misma. En consecuencia, unas y otro deberán velar porque la documentación cuya presentación se persiga, y que en efecto se exhiba, en tratándose de los papeles del comerciante, sea en verdad la correspondencia y los comprobantes relacionados con sus negocios.

(...)

*De lo anterior se desprende, que si en tales direcciones de correo "empresariales" existían comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se había confiado su uso, tal estado de cosas tuvo por causa que ellos optaron por transmitir a través de esas cuentas, misivas suyas, ajenas a la sociedad y/o al trabajo que hacían"*⁴⁷ (Negrilla fuera de texto original).

De esta forma, se puede establecer que a pesar de que un trabajador opte por transmitir a través de una misma cuenta de correo electrónico mensajes de naturaleza privada e institucional, la misma sigue teniendo naturaleza empresarial, y por tanto, la información contenida en ella se considera relacionada con la actividad de la compañía y por tanto puede ser sujeta a inspección por parte de esta Superintendencia o cualquier otra autoridad Estatal con dichas facultades.

Además, no se pueden dejar pasar por alto dos elementos adicionales. El primero, que según se desprende de las diversas investigaciones en materia de prácticas anticompetitivas adelantadas por esta Superintendencia, se ha encontrado que de manera común los sistemas de mensajería, como pueden ser los correos electrónicos, son recurrentemente utilizados para atender asuntos comerciales e, incluso, convertirse en una herramienta utilizada en el desarrollo de conductas contrarias a la libre competencia, tal y como se ha señalado en varias decisiones de esta Superintendencia que dan cuenta de conductas anticompetitivas. Por tal razón, es lógico establecer que los mensajes de datos contenidos en correos electrónicos que son utilizados para asuntos institucionales, no están fuera del alcance de las funciones de esta Superintendencia.

Aceptar lo contrario implicaría que cualquier información relacionada con un proceder anticompetitivo consignado en dispositivos móviles y correos electrónicos de uso institucional sería inmune a las consecuencias jurídicas que de éste se derivan, tomando en imposible la labor de vigilancia que cumple esta Entidad orientada a mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Nótese que aceptar esta posición (como la que sugieren los recurrentes) constituiría una invitación para que, por ejemplo, los miembros de un cartel coordinaran su conducta a través de correos electrónicos y mensajes en sus teléfonos de uso mixto, inasequibles para la autoridad.

⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Sentencia del cuatro de septiembre de 2007. Rad. No. 05001-22-03-000-2007-00230-01.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 40

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Por último, debe resaltarse que los mensajes de correo electrónico utilizados en el presente caso, evidenciaron una clara relación, única y exclusivamente con asuntos empresariales y de naturaleza institucional. De hecho, el contenido de los correos utilizados como prueba hacía referencia a la ejecución de la conducta anticompetitiva en el marco de los procesos de selección investigados, y el comportamiento de los infractores en los mismos. Por este motivo, no habría lugar a afirmar que se trataba de correos de naturaleza personal, a los cuales esta Superintendencia no hubiera podido tener acceso.

Finalmente, respecto a la supuesta actitud arbitraria e intimidante de los funcionarios de esta Entidad durante las vistas de inspección, debe recordarse que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o el incumplimiento a los requerimientos formulados por esta Superintendencia en dichas etapas previas y, así mismo, la obstrucción de sus actuaciones, revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas por el ordenamiento nacional, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a diversas pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular. Esta postura ha sido respaldada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibidem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que **el legislador considera igualmente censurable** que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como **la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.**"*

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta (...)"⁴⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En ese contexto, es importante llamar la atención en el hecho que esta Superintendencia, en las etapas previas a la formulación de pliego de cargos, se encuentra investida de sendas facultades constitucionales y legales tanto para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, como también para reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, omita acatar en debida forma las solicitudes de información, desatienda sus requerimientos o incluso obstruya sus actuaciones.

Precisamente por este motivo, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omita acatar en debida forma las órdenes, requerimientos e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones administrativas. En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de

⁴⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 250002324000 1999 0799 01.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A partir de lo analizado es posible establecer que el legislador prevé como una modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia "(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...)", entre otras conductas.

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las ordenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones.

En virtud de lo expuesto, el adecuado ejercicio de las funciones de inspección con que constitucional y legalmente ha sido investida esta Superintendencia, y la existencia de potenciales multas que tienen efectos disuasorios como cualquier tipo de sanción, no constituye una excusa para que una persona natural o jurídica pueda alegar válidamente una intimidación para el suministro de la información que le fue requerida, máxime cuando no existe ningún fundamento probatorio que soporte la supuesta coacción alegada por los recurrentes.

Por todo lo anterior, no serán de recibo los argumentos presentados por los sancionados sobre este asunto.

3.6. Consideraciones frente a los argumentos sobre las supuestas violaciones al debido proceso

Para **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** en el presente caso existió una violación al debido proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues se emitió un informe motivado incompleto que obligó a que se incorporaran nuevas pruebas después de haber "precluido" la etapa de investigación, sin garantizarse el derecho a la defensa y contradicción de los investigados.

Para los recurrentes, lo anterior tuvo lugar toda vez que el Informe Motivado no hizo mención alguna a los elementos probatorios que permitirían determinar no solo la existencia de una conducta anticompetitiva, sino la tasación de la multa a imponer, pues no le corresponde al Superintendente de Industria y Comercio determinar los hechos y/o practicar las pruebas requeridas para imponer y tasar la sanción.

Sostuvieron los impugnantes que según el inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el traslado del Informe Motivado por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia, solo procede una vez la investigación por posibles prácticas anticompetitivas se ha abierto, instruido y finalizado, para lo cual ya deben obrar en el expediente la totalidad de elementos probatorios que permitan al Superintendente de Industria y Comercio tomar una decisión final.

En este sentido, sostuvieron, el Superintendente de Industria y Comercio se encontraba imposibilitado de ejercer sus competencias y realizar la tasación de la multa, pues no se mencionaron en el Informe Motivado los elementos de prueba que le hubieran permitido valorar los criterios establecidos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Por otro lado, manifestaron que sin perjuicio de lo anterior, no le es dado a la Superintendencia de Industria y Comercio ordenar el pago de multas sin realizar una estimación razonada en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, máxime si los investigados no tuvieron la oportunidad procesal para controvertir dichas sanciones.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 42

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Finalmente, afirmaron que en el presente caso se vulneraron los derechos de los sancionados al afirmarse que, habiéndose resuelto en anterior oportunidad sobre la solicitud de nulidad de las pruebas recolectadas por esta Entidad, el Superintendente de Industria y Comercio no debía volverse a pronunciar sobre las mismas en la Resolución Sancionatoria.

Par dar respuesta a los argumentos planteados por los recurrentes, debe iniciarse reiterando que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 *"[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

Para este propósito, el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 estableció en cabeza de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio la función de *"tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia"*.

Igualmente, el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 estableció que una vez instruida la etapa de investigación por posibles prácticas restrictivas de la competencia, es función de la Delegatura para la Protección de la Competencia *"presentar al Superintendente de Industria y Comercio (...) informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal"*.

Lo anterior fue recogido por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, el cual estableció que en el marco de la actuación administrativa en cabeza de esta Entidad por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, una vez *"instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción"*.

En este sentido, se desprende fácilmente de la lectura de las normas presentadas que la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio es la encargada de adelantar las averiguaciones preliminares y de instruir las correspondientes investigaciones por posibles violaciones al régimen de libre competencia, para finalmente emitir un informe motivado en el cual establecerá únicamente su posición sobre si ha existido o no una infracción al régimen de libre competencia en Colombia y sobre la necesidad de declarar o no administrativamente responsables a los investigados.

Sin embargo, y contrario a lo afirmado por los recurrentes, no es cierto que la ley establezca la obligación en cabeza de la Delegatura de adelantar un análisis respecto a la tasación de la multa a imponer en caso de encontrarse una violación a las normas de competencia, pues como quedó visto dicha facultad no se encuentra en cabeza de la Delegatura.

Adicionalmente la normatividad vigente establece, precisamente, que es función del Superintendente de Industria y Comercio, y no de la Delegatura, el imponer las multas correspondientes y graduarlas de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Así, y conforme con los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibídem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y graduar la multa de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Por todo lo anterior, no es de recibo el argumento respecto a que el Informe Motivado presentó un defecto al no hacer mención a los criterios de graduación de la multa, pues como quedó explicado desde la Resolución Sancionatoria, este ejercicio corresponde únicamente al Superintendente de

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Industria y Comercio, una vez haya determinado, con base en las pruebas obrantes en el expediente, si efectivamente se cometió una infracción a la ley o no.

Ahora bien, respecto al argumento de los recurrentes según el cual el Superintendente de Industria y Comercio, al momento de establecer el monto de la sanción a imponer, debió haber realizado un juramento estimatorio, en los términos establecido en el artículo 206 del CGP, este Despacho considera que el mismo no tiene ningún mérito de prosperar.

Lo anterior, toda vez que los recurrentes no tienen en cuenta que la naturaleza del trámite administrativo por medio del cual se busca establecer la existencia de una conducta anticompetitiva impide totalmente la aplicación de la disposición prevista en el CGP a que hacen referencia los recurrentes.

Debe recordarse que el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por esta Superintendencia en investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia no se basa en un modelo dispositivo, como los procesos judiciales, según el cual corresponde a las partes dar inicio, impulsar y llevar a su culminación los procesos. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional "(...) Con sustento en doctrina autorizada, esta corporación ha explicado que los sistemas dispositivos confieren a las partes el dominio del procedimiento y el juez no cumple ningún papel activo en el desarrollo del proceso sino en la adjudicación, al momento de decidir un litigio"⁴⁹.

Por el contrario, las actuaciones de esta Entidad corresponden a un modelo inquisitivo, en dónde, según el máximo tribunal en materia constitucional, "(...) el juez debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad"⁵⁰.

En este orden de ideas, debe entenderse que el artículo 206 del CGP alegado por los recurrentes, tiene aplicación exclusivamente en procesos de naturaleza dispositiva. Por el contrario, en una actuación administrativa sancionatoria como la presente, la Superintendencia de Industria y Comercio está en la obligación de impulsar la investigación y valorar todos los elementos de prueba que tenga a su disposición, e imponer la sanción de acuerdo a los criterios legales que trae la ley, que en la caso del régimen de libre competencia económica se encuentran establecidos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Finalmente, sobre el argumento de los investigados respecto a que se presentó una violación al debido proceso toda vez que la Resolución Sancionatoria no hizo mención a la validez de un número de pruebas que fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Delegatura en la etapa de investigación, este Despacho reitera que a través de la Sentencia C-165 de 2019, la Corte Constitucional manifestó que:

"(...) Una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia, utilidad y conducencia y por tanto deben ser rechazados, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente".

En este sentido, el momento procesal para que los investigados expresaran sus argumentos en contra de las pruebas recaudadas durante las etapas previas a la apertura de la investigación correspondía precisamente al momento de presentación de los descargos en contra de la Resolución de Apertura de Investigación.

Ahora bien, como se mencionó en la Resolución Sancionatoria, varios de los investigados presentaron solicitudes de nulidad frente a los elementos probatorios recaudados durante las visitas administrativas adelantadas en el marco de la presente actuación, las cuales fueron resueltas por la Delegatura a través de la Resolución No. 62519 del 13 de noviembre de 2019⁵¹, encontrando infundadas dichas solicitudes.

⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016.

⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-873 de 2004.

⁵¹ Folio 582 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 44

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Por tal motivo, en esta misma decisión se decretaron como pruebas los documentos que fueron recaudados durante las visitas administrativas y que para ese momento integraban el Expediente. Incluso, los investigados **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** y **PROTECO** presentaron recurso de reposición en contra de dicha decisión, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 959 del 21 de enero de 2020⁵², confirmando la decisión inicial.

En este orden de ideas, encuentra este Despacho que en la presente actuación administrativa efectivamente tuvo lugar la oportunidad procesal para que los entonces investigados se pronunciaran sobre las pruebas recaudadas por esta Superintendencia en el marco de las diferentes etapas previas a la apertura de investigación, garantizando de esta forma el efectivo derecho de defensa y el debido proceso de los involucrados, motivo por el cual no encuentra procedente el argumento presentado por los recurrentes respecto a una supuesta violación del debido proceso y su derecho de contradicción y defensa.

No obstante lo anterior, se resalta que la Resolución Sancionatoria manifestó que "(...) a pesar de que actualmente se encuentra resuelto cualquier debate sobre la legalidad de las pruebas recaudadas por esta Superintendencia en el marco de las actuaciones previas a la apertura de investigación (...) las mismas se presentan como conducentes, pertinentes y útiles con respecto a los hechos investigados.

Al respecto, debe reiterarse que tanto en las etapas preliminares como en la investigación administrativa, esta Superintendencia se encontraba investigando la posible infracción a las normas de la libre competencia por parte de los investigados en el marco de diferentes procesos de selección. En este orden de ideas, los elementos probatorios recaudados correspondieron a testimonios, documentos y equipos de las compañías, que contenían información respecto a la forma como las empresas elaboraron sus propuestas, se comportaron en los procesos y ejecutaron los contratos adjudicados, siendo evidente la conducencia, pertinencia y utilidad de los diferentes medios de prueba que fueron recaudados".

Por lo anterior, no se encuentra mérito alguno en los argumentos planteados por los recurrentes sobre este aspecto.

3.7. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta indebida tasación de las multas

EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** presentaron argumentos relacionados con las sanciones impuestas. Por un lado, manifestaron que se omitió hacer una discriminación de la ponderación o valor dado a cada elemento de prueba y a cada criterio tenido en cuenta para la dosificación y que la Resolución Sancionatoria se limitó a imponer un porcentaje aproximado respecto de los ingresos y el patrimonio de las empresas, terminando por imponer sanciones equivalentes a la multa máxima potencialmente aplicable, sin explicar cómo se llegó a dicho valor. En su opinión, lo anterior desconoce el deber que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio según lo dispuesto en el artículo 50 del **CPACA**.

Por otro lado, respecto del criterio relacionado con su conducta procesal, indicaron que la misma no era neutra pues colaboraron durante toda la actuación administrativa, sin incurrir en medidas dilatorias, recursos innecesarios o improcedentes, sin contaminar el proceso con pruebas inútiles, inconducentes y/o improcedentes. Incluso aseguraron que se ofrecieron garantías para el cierre anticipado del proceso.

A continuación se presentarán los argumentos que llevarán al Despacho a rechazar los argumentos presentados por los sancionados. En primer lugar, debe indicarse que, con el fin de tasar las sanciones a imponer, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por regla general, la situación financiera así como la actividad de cada persona en el mercado no es la misma, o su rol en la comisión de la conducta varía, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior implica que las multas a imponer resulten, en términos absolutos,

⁵² Folio 694 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

diferentes entre sí, pero asegura que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma. (...)"*⁵³ (Negrilla fuera de texto original).

Ahora bien, la discrecionalidad de la Autoridad de Competencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga *"un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción"*, como ha tenido la oportunidad de anotarlo el Consejo de Estado al expresar:

*"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"*⁵⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación no impone, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un *"razonamiento expreso y especial"* sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones, como erróneamente lo consideran los sancionados. Aun así, en el caso concreto, se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación y de la metodología usada por esta Autoridad para definir el monto final de la multa de todos los infractores, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la *"valoración de la gravedad de los hechos"*. Así las cosas, no es cierto que se haya omitido hacer una presentación de la valoración realizada a cada uno de los criterios de dosificación de las sanciones.

Ahora bien, presentar las sanciones como proporción del patrimonio, o de la multa máxima aplicable no es caprichoso de esta Entidad. En primer lugar, para el caso de los infractores, la ley expresamente dispone el patrimonio como uno de los criterios a tener en cuenta para la dosificación de las sanciones. En segundo lugar, dichas consideraciones permiten evidenciar la proporcionalidad de las sanciones impuestas e ilustrar que, si bien las mismas no son irrisorias, de modo que puedan cumplir con su propósito disuasorio, tampoco son confiscatorias.

Por todo lo anterior, es importante que al analizar el proceso de dosificación de las multas impuestas deban considerarse conjuntamente los diferentes criterios utilizados, de modo que de la lectura integral de los mismos se evidencie la motivación del Despacho para el cálculo de las mismas, así como la proporcionalidad de las sanciones impuestas en el presente caso que, adicionalmente, garantiza que las mismas no fueran confiscatorias o expropiatorias y se garantice la capacidad de pago de los infractores.

Finalmente, sobre la conducta procesal, debe aclararse que responder a los requerimientos realizados por esta Superintendencia, así como ejercer su derecho de defensa y contradicción de manera adecuada, o no obstaculizar el correcto desarrollo de la actuación administrativa no puede interpretarse como un atenuante a las sanciones impuestas, pues su comportamiento procesal apenas

⁵³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Marla Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

⁵⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Planeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

HOJA N° 46

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

se limitó a cumplir con sus obligaciones legales. En este sentido, que los sancionados no entorpecieran el trámite es apenas lo que se espera de cualquier agente en el marco de una investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia y, por tal razón, el argumento no puede ser de recibo.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procederá a confirmar la totalidad de las sanciones impuestas.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 73323 del 18 de noviembre de 2020.

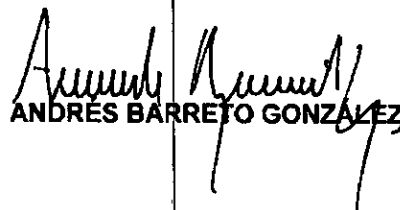
ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528, **DVG INGENIERÍA S.A.S.**, identificada con NIT 900.666.120-9, **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** identificada con NIT 901.007.373-2 y **EDER ZABALETA ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.236.747, entregándoles copia de la decisión e informándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-**, identificada con NIT 800.215.807-2 y al **FONDO NACIONAL DE TURISMO -FONTUR-**, identificado con NIT 900.649.119-9.

NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los **02 FEB 2021**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

NOTIFICAR:

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ
Cédula de Ciudadanía No. 79.647.528
PROTECO INGENIERÍA S.A.S.
NIT 901.007.373-2
Apoderado

JUAN DE JESÚS GALVIS GARCÍA
C.C. 13.259.517
T.P. 29.435 del C.S.J.
abogadojgalvis@hotmail.com
Calle 26 A No. 13 - 97, Oficina 501, Edificio Bulevar del Tequendama
Bogotá, Colombia

EDER ZABALETA ROJAS
Cédula de Ciudadanía No. 73.236.747
DVG INGENIERÍA S.A.S
NIT 900.666.120-9

USCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN No. 3303 DE 2021

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

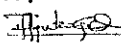
Apoderado
OLIVIER ORTEGA RICO
C.C. 1.015.397.977
T.P. 198.582 del C.S.J.
Calle 92 No. 15-48, Oficina 301, Bogotá
o.ortega@jimenezortega.com

COMUNICAR:

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVÍAS–
NIT 800.215.807-2
njudiciales@invias.gov.co
Calle 25G No. 73B-90
Bogotá, Colombia

FONDO NACIONAL DE TURISMO –FONTUR–
NIT 900.649.119-9
contactenos@fontur.com.co
Calle 28 No. 13a – 24, Piso 6, Edificio Museo del Parque
Bogotá, Colombia

Bogotá D.C., 15/02/2021 El Acto Administrativo Número 73323 de fecha 18/11/2020
es primera copia y quedó ejecutoriado para EDER ZABALETA ROJAS el día 05/02/2021


SECRETARIO AD-HOC



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

RESOLUCIÓN **73323** DE 2020

(**18 NOV 2020**)

Radicación: 17-401804

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 39055 del 23 de agosto de 2019³ (en adelante "Resolución No. 39055 de 2019" o "Resolución de Apertura de Investigación"), la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, DVG INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "DVG") y **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "PROTECO") para determinar si incurrieron en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en el curso de los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, LP-DO-SMF-027-2018, SA-MC-DO-SMF-021-2017 y SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** (en adelante "INVÍAS") y del proceso No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONDO NACIONAL DEL TURISMO** (en adelante "FONTUR").

Así mismo, formuló pliego de cargos contra **EDER ZABALETA ROJAS** para establecer si incurrió en la responsabilidad administrativa establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva imputada a los agentes de mercado mencionados en el párrafo anterior en el marco de los procesos de selección señalados.

Finalmente, formuló pliego de cargos contra **AVINCO S.A.S.** (en adelante "AVINCO") y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** para establecer si incurrieron en la responsabilidad administrativa establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva imputada a los agentes de mercado señalados anteriormente en el marco de los procesos de selección Nos. **LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-021-2017, LP-DO-SMF-027-2018, SA-MC-DO-SMF-027-2017** adelantados por el **INVÍAS**, así como en el proceso de selección No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONTUR**.

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

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folio 353 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020 "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"	HOJA N° 2
SEGUNDO: La actuación administrativa inició como consecuencia del escrito con radicado No. 17-401804-0 del 1 de diciembre de 2017⁴, en el que JUAN JOSÉ OYUELA SOLER, Director de Contratación (E) del INVÍAS, trasladó a la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud del 16 de noviembre de 2017, en la que JAVIER ROA SALAZAR puso en conocimiento posibles prácticas restrictivas de la competencia que aparentemente ocurrieron en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SA-MC-DO-SMF-027-2017 adelantado por el INVÍAS. En la solicitud en mención, JAVIER ROA SALAZAR pidió el rechazo de las propuestas que presentaron DVG y el CONSORCIO FLUVIAL LETICIA, integrado por PROTECO y AVINCO, en el proceso de selección pública anotado, toda vez que DVG y PROTECO <i>"son propiedad del señor [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]"</i> y, en consecuencia, <i>"ambas propuestas están claramente relacionadas en contubernio para concursar en un mismo proceso con una falta total de transparencia en los procesos licitatorios"</i>. Con base en la queja presentada, mediante memorando interno con radicado No. 17-401804-12 del 29 de octubre de 2018⁵, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó la apertura de una averiguación preliminar, con el fin de establecer la existencia de evidencia que ameritara iniciar una investigación para determinar la presencia de prácticas restrictivas de la libre competencia económica en el asunto puesto en conocimiento por el INVÍAS el 1 de diciembre de 2017. En tal virtud, y culminada la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura profirió la anteriormente mencionada Resolución No. 39055 de 2019, por medio de la cual ordenó la apertura de una investigación y formuló pliego de cargos contra DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), DVG y PROTECO por la presunta violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al haber participado en diferentes procesos de selección adelantados por el INVÍAS y el FONTUR como si se tratara de verdaderos competidores cuando, en realidad, actuaron de manera coordinada. TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y corrido el término para solicitar y aportar pruebas⁶, EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG)⁷, DVG⁸, AVINCO⁹, PROTECO¹⁰, DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)¹¹ y JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS (representante legal de AVINCO para la época de los hechos)¹² presentaron sus respectivos descargos con los cuales aportaron y solicitaron las pruebas que pretendían hacer valer en la actuación administrativa. En comunicación con radicado No. 17-401804-65-2 del 24 de septiembre de 2019¹³, EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG presentaron un ofrecimiento de garantías en los términos del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, con el fin de dar por terminada anticipadamente la actuación administrativa. Sin embargo, por comunicación con radicado No. 17-401804-72 del 2 de octubre de	
⁴ Folio 1 del cuaderno público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuándo se habla de "Expediente" se hace referencia al radicado No. 17-401804.	
⁵ Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente.	
⁶ Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.	
⁷ Folio 458 del cuaderno público No. 2 del Expediente.	
⁸ Ibidem.	
⁹ Folio 505 del cuaderno publico No. 2 del Expediente.	
¹⁰ Folio 510 del cuaderno público No. 2 del Expediente.	
¹¹ Folio 529 del cuaderno público No. 3 del Expediente.	
¹² Folio 535 del cuaderno público No. 3 del Expediente.	
¹³ Folio 458 del cuaderno público No. del Expediente.	

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

2019¹⁴, el Superintendente de Industria y Comercio rechazó el ofrecimiento de garantías efectuado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG**.

A su vez, mediante Resolución No. 62519 del 13 de noviembre de 2019¹⁵, la Delegatura decidió sobre las solicitudes de revocatoria directa y nulidades formuladas en los memoriales de descargos de los investigados, ordenó practicar algunas pruebas solicitadas y rechazó otras. Así mismo, decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa.

A través de la Resolución No. 959 del 21 de enero de 2020¹⁶, se resolvió un recurso de reposición interpuesto por **PROTECO** y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**)¹⁷ contra la decisión de negar algunas solicitudes de nulidad y rechazar la práctica de algunas pruebas.

Finalmente, la Resolución No. 3687 del 7 de febrero de 2020¹⁸ realizó una corrección formal de la Resolución de Apertura de Investigación, relacionada con un error de transcripción en el número de uno de los procesos de selección imputados a los investigados **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos), y se cerró la etapa probatoria.

CUARTO: Que el 21 de agosto de 2020, una vez culminada la etapa probatoria y agotado el trámite previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con los resultados de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")¹⁹, en el cual recomendó:

- Declarar administrativamente responsables y sancionar a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** por considerar demostrado que incurrieron en la conducta descrita como prohibición general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- Declarar administrativamente responsables y sancionar a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) por considerar demostrado que incurrieron en las conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la conducta anticompetitiva cometida por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO**.

A continuación, se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan las recomendaciones de la Delegatura:

En primer lugar, se describió la relación existente entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG**. Así, se dejó en evidencia que esta empresa fue constituida mediante documento privado el 29 de junio de 2013 por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, **EDER ZABALETA ROJAS** y **JANIO CARDONA AGUIRRE**. El socio mayoritario era **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, con una participación accionaria correspondiente al 98%.

Posteriormente, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **JANIO CARDONA AGUIRRE** cedieron la totalidad de sus acciones en **DVG** a favor de **EDER ZABALETA**

¹⁴ Folio 575 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹⁵ Folio 582 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹⁶ Folio 694 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

¹⁷ Folio 649 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹⁸ Folio 790 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

¹⁹ 17-401804-137 del Expediente.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**733.23**) DE 2020

HOJA N° 4

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ROJAS (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **LEYDY YINED DÍAZ GARCÍA** (hija de la expareja sentimental de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**). Sin embargo, y pese a la cesión de acciones, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** siguió vinculado a **DVG** como Director de Obra para algunos de los contratos producto de los procesos de selección de los cuales dicha sociedad fue adjudicataria.

En segundo lugar, la Delegatura dejó en evidencia la relación existente entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **PROTECO**. Al respecto, se manifestó que esta compañía es una sociedad que se dedica a las mismas actividades que desarrolla **DVG**. Fue constituida mediante documento privado del 2 de septiembre de 2016, por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, como único accionista. Aunque **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) afirmó no haber tenido ningún vínculo con **PROTECO**, la Delegatura presentó algunos elementos de prueba que demostrarían lo contrario, incluyendo evidencia de cómo se realizaban pagos a su favor por concepto de "nómina".

En tercer lugar, se presentó el material probatorio que permitió concluir a la Delegatura que **DVG** y **PROTECO** estaban sujetas al control común de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y que, de hecho, fueron dos vehículos constituidos por su controlante para participar, aparentando independencia, en diferentes procesos de contratación pública. Como prueba del control ejercido por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre las dos compañías, la Delegatura resaltó los siguientes elementos:

- Respecto a **PROTECO**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** era su único accionista y ejercía total control sobre su desarrollo en el mercado.
- Respecto de **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), con posterioridad a la cesión de sus acciones en dicha compañía: (i) seguía disponiendo de sus recursos; (ii) ejercía control disciplinario sobre sus empleados; (iii) mantenía una oficina física en las instalaciones de **DVG**; (iv) **DVG** y **PROTECO** funcionaban como una unidad económica, pues compartían personal de trabajo, hacían seguimiento conjunto de los procesos de selección, se apalancaban para el desarrollo de sus actividades y **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) recibía pagos por parte de **PROTECO**; y (v) **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** decidía sobre los procesos de selección a los que **DVG** y **PROTECO** se presentarían.

En cuarto lugar, la Delegatura acreditó la coordinación entre **DVG** y **PROTECO** en todas las etapas relevantes de los procesos de selección analizados. Lo anterior fue respaldado por elementos de prueba que, según el Informe Motivado, dieron cuenta de (i) la realización conjunta de gestiones para conformar estructuras plurales que permitieron la participación de **PROTECO** en los procesos; (ii) la elección conjunta de los procesos a los que se presentarían; (iii) la determinación conjunta de la forma en que participarían -de manera individual o través de estructuras plurales-; (iii) la gestión común de requisitos habilitantes; (iv) la elaboración coordinada de las ofertas económicas; (v) la subsanación de ofertas de manera conjunta; (vi) el intercambio de información sensible en las propuestas, esto es, la forma en que presentarían oferta -de manera individual o través de estructuras plurales- y (vii) la ejecución coordinada de los contratos.

El Informe Motivado resaltó que en cinco (5) de los seis (6) procesos de selección investigados las sociedades controladas por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) participaron mediante la conformación de un consorcio con **AVINCO**. En cuatro (4) de esos procesos el consorcio fue conformado por **PROTECO**. En el quinto de esos procesos el proponente consorciado fue **DVG**. Dichos consorcios hacían parte de la coordinación entre los involucrados.

El Informe Motivado sostuvo que el comportamiento investigado consistió en que agentes sometidos a un control competitivo común concurren a procesos de selección en aparente competencia aunque, en realidad, actuaron coordinadamente para incrementar su probabilidad de resultar adjudicatarios. Ese comportamiento para la Delegatura resultó idóneo para limitar la libre competencia

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

y, por lo tanto, configuró una violación a la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En quinto lugar, el Informe Motivado describió que la estrategia adelantada por los investigados consistió en la utilización de propuestas complementarias con el fin de que **DVG** y **PROTECO** incrementaran su probabilidad de obtener el mayor puntaje de calificación en 3 de los 4 métodos de evaluación de las propuestas de conformidad con las reglas establecidas para los procesos de selección investigados. La implementación de esa estrategia fue posible porque los investigados contaban con elementos de juicio que les permitían determinar, con un razonable grado de aproximación, ciertos aspectos fundamentales acerca de la dinámica de competencia en los procesos. Sobre esa base, desarrollaban hipótesis para identificar la oferta más favorable a sus intereses

Finalmente, para la Delegatura, se encontró corroborada la circunstancia consistente en que **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) conocieron la coordinación anticompetitiva entre las empresas controladas por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y contribuyeron a esa dinámica, participando como miembros de diferentes consorcios con **PROTECO** y **DVG** en algunos de los procesos de selección investigados.

QUINTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes, dentro del término establecido para tal fin, manifestaron sus observaciones al mismo, y cuyos argumentos se resumen a continuación²⁰:

5.1. Observaciones comunes presentadas por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y PROTECO

- El recaudo de pruebas practicado por la Delegatura en la etapa de averiguación preliminar conllevó a una grave afectación del derecho de inviolabilidad de la correspondencia, establecido en el artículo 15 de la Constitución Política. Lo anterior, pues la diligencia en donde se interceptaron, registraron e inspeccionaron computadores y teléfonos móviles que almacenaban información personal, no estuvo precedida de autorización judicial.
- No es cierto, como lo manifestó la Delegatura, que las solicitudes de nulidad de las pruebas recaudadas durante la averiguación preliminar estuvieran basadas en supuestos. Por el contrario, dichas solicitudes se basaron en causales taxativas de nulidad (artículo 133 de Código general del Proceso) y que gozan de fundamento constitucional.
- Además de ilegales, por recaudarse sin apego a la ley, las pruebas obtenidas en la visita administrativa en los domicilios sociales de **DVG** y **PROTECO** no guardaban la pertinencia y la conducencia requeridas para demostrar los hechos analizados por esta Entidad.
- La información obtenida de los computadores de los investigados, con relación a los procesos contractuales con el Estado, era información que podía ser obtenida por cualquier persona ingresando a la página del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (en adelante "**SECOP**").
- **DVG** y **PROTECO** son empresas legalmente constituidas, con el derecho de participar en los procesos de contratación convocados por las entidades estatales, y no fueron creadas para ser manejadas y/o direccionadas por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**).

²⁰ Tal y como será desarrollado en el considerando **NOVENO** de la presente Resolución, este Despacho no acogerá la recomendación de la Delegatura de sancionar a **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) ni a **AVINCO**, por encontrar que frente a estos últimos se realizó una indebida imputación de cargos. Por este motivo, y por sustracción de materia, no se presentarán a continuación las observaciones al Informe Motivado radicadas por estos investigados, pues las mismas no serán objeto de pronunciamiento por parte de esta Entidad.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 6

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **DVG** fue constituida por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), con el objetivo de beneficiarla con su experiencia en el sector de la construcción por un término de tres años, de acuerdo al Decreto 1082 de 2015. Posteriormente cedió su participación social, *"sin que interese para los efectos de este proceso"* a quién ni a qué título se realizó dicha cesión.
- Posterior a su salida de **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) constituyó **PROTECO**, empresa a la cual también beneficia con su experiencia personal en obras de ingeniería civil.
- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) continuó su labor profesional como Director de Obras civiles en diferentes empresas, entre ellas **DVG** y **PROTECO**, manteniendo siempre relaciones de amistad y cuasi parentesco con el personal de más de diez (10) empresas del sector, a quienes les suministra asesoría, información, colaboración y muchas veces dinero en mutuo, vínculos que son legales, a pesar del reproche de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Contrario a lo afirmado por la Delegatura, la coordinación de propuestas en los procesos de selección analizados era imposible, pues existía un procedimiento para definir el método de evaluación de las ofertas económicas, basado en la Tasa Representativa del Mercado ("TRM") vigente para el día de la adjudicación del contrato, que correspondía a un componente aleatorio que impedía que los proponentes, así fueran controlados y coordinados por una sola persona, direccionaran o manejaran el proceso de selección.
- En los procesos de selección analizados por esta Entidad podían tener interés, no solo **PROTECO** y **DVG**, sino cualquier otra empresa asesorada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), quien sería contratado inmediatamente como director de obras del respectivo contrato si alguna de esas empresas resultaba adjudicataria.
- En Colombia hay más de diez (10) empresas de ingeniería que actualmente tienen relaciones contractuales con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), existiendo lazos de amistad y hasta de parentesco entre ellos.
- El hecho que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) utilizara las oficinas de empresas conocidas en diferentes ciudades del país, quienes temporalmente le cedían espacios, equipos, personal, vehículos, le pagaban pasajes aéreos, honorarios profesionales, le prestaban dinero, etc., no implica que todas estas estén controladas por él o que coordinen su participación en procesos contractuales.
- *"En correos electrónicos y mensajes de WhatsApp es corriente que entre amigos se traten de "senador" o de "esclavo" o de "patrón", sin que deba entenderse en el sentido literal de los términos como lo entendió la Delegatura" pues "es correspondencia privada entre "parceros"."*
- El procedimiento de evaluación de las propuestas económicas vigente en el **INVÍAS** para el momento de los hechos impedía el manejo de los procesos contractuales, toda vez que la evaluación de las ofertas económicas se hacía al azar y *"nadie, absolutamente nadie, puede predecirlo a fin de manejarlo"*.
- La Delegatura rechazó las pruebas solicitadas por los investigados que permitían evidenciar la imposibilidad de coordinar el comportamiento y predecir el resultado de los procesos, tales como la solicitud de oficios al **INVÍAS** para que aportara las copias de los pliegos de condiciones de los procesos objeto de investigación, así como la práctica de los testimonios de quienes integraron los comités de evaluación de las propuestas allegadas a tales procesos.

5.2. Observaciones comunes presentadas por EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 7

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- El Informe Motivado no hizo referencia a los elementos de tasación de la multa que la Delegatura recomendó imponer a los investigados, lo que representó un defecto de dicho documento. Esto toda vez que el mismo debió brindar al Superintendente de Industria y Comercio la totalidad de los elementos para la toma de su decisión final.
- Al no haberse hecho mención a las pruebas que podían ser utilizadas por el Superintendente de Industria y Comercio para tasar la multa a imponer, este último estaría impedido para llevar a cabo dicho ejercicio, so pena de incurrir en una violación al principio de legalidad y vulnerar el derecho de defensa y contradicción de los investigados.
- El Informe Motivado agotó de manera rápida y superficial los argumentos expuestos con relación a la ilegalidad de las pruebas obtenidas durante las visitas administrativas. No se tuvo en cuenta que en el presente caso era necesario la existencia de una orden judicial previa, máxime cuando los equipos y correos electrónicos solicitados, aunque tenían en parte información relacionada con la actividad económica de los investigados, eran de naturaleza personal.
- Las actas de las visitas administrativas adelantadas en la presente actuación evidenciaron la amenaza, disfrazada de advertencia, hecha a los investigados de que la negativa a permitir el acceso a sus equipos y correos electrónicos personales acarrearían una excesiva sanción económica.
- La Corte Constitucional en sentencia C-165 de 2019 condicionó las visitas administrativas a la necesidad de contar con sentencia judicial previa.
- El Superintendente de Industria y Comercio, al momento de tomar la decisión en el presente caso, no puede tener en cuenta los elementos de prueba que fueron recabados de manera ilegal.
- Nunca se probó la relación real de control entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG**, ni los supuestos acuerdos u órdenes que se dieron en virtud de dicha situación de control.
- La conclusión de esta Entidad respecto a la existencia de conductas complejas y objetivas, se basó en indicios, sospechas, conclusiones silogísticas, reglas de la sana crítica, y en general, en el criterio subjetivo del ente investigador.
- Lo que se probó en el presente caso fueron circunstancias que no constituyen una conducta que se subsuma en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ni en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, tales como: (i) la relación comercial, personal y de amistad existente entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**); (ii) la relación comercial entre **DVG** y **PROTECO**; y (iii) la relación profesional entre **DVG** y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**).
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta la existencia de múltiples mercados diferentes en el marco de las contrataciones públicas. Así, el análisis de la contratación pública de bienes de características uniformes debe ser diferente al de procesos de obras públicas, por lo que se requiere de un análisis específico para las condiciones particulares de cada mercado.
- Las relaciones y tratativas precontractuales reprochadas constituían el normal actuar en un mercado en que los competidores son bastantes limitados.
- Es normal que los participantes busquen maximizar utilidades presentándose de manera independiente a los procesos de selección. Sin embargo, en los casos en que no cumplen con los requisitos, es igualmente común que celebren acuerdos de colaboración (consorcios y uniones temporales) con otras empresas.

SECRETARIO AD-HOC

SECRETARIO GENERAL

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 8

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Los precios de las ofertas de DVG o de los proponentes plurales de los que participó, emanaron de los estudios previos de la entidad contratante, y no de la coordinación o la orden recibida por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**).
- El método de calificación que otorgaba el puntaje a las propuestas económicas en los procesos investigados era totalmente aleatorio e impredecible, por lo que no era posible considerar como prueba de una conducta anticompetitiva la existencia de una hoja de cálculo realizada por los investigados.
- Se presentó un evidente error de hecho y de derecho en la valoración de las pruebas realizada por el Informe Motivado.
- El hecho de que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) estuviera presente en las instalaciones de **PROTECO** durante la visita administrativa a dicha empresa y respondiera algunas preguntas de los funcionarios que la practicaron, no es prueba de que dicho investigado tuviera un vínculo con la compañía en cuestión.
- Las respuestas dadas por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio durante la visita administrativa a **PROTECO** fueron consecuencia de la relación comercial y personal de dicho investigado con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**).
- Las pruebas de que el revisor fiscal de **DVG** enviaba a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) los Estados Financieros de **PROTECO**, evidenciaron una situación normal en los procesos de conformación de consorcios para la presentación de propuestas económicas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio insistió en la existencia de un vínculo entre **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **PROTECO**, por la simple presencia de un mensaje de texto enviado de manera automática por una entidad financiera, sin tener en cuenta que existieron diferentes elementos de prueba (libros de contabilidad y testimonios) que demostraron que en realidad no existía dicho vínculo laboral.
- Nunca se negó la estrecha relación entre **PROTECO**, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**). Sin embargo, la existencia de un nivel de confianza entre los investigados en lo relativo a las obligaciones dinerarias no podía ser un indicio de control y mucho menos de una conducta anticompetitiva.
- No es cierto que la situación de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en **DVG** no haya cambiado con posterioridad a la cesión de sus acciones en dicha compañía.
- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), como Directo de Obra para algunos proyectos puntuales de **DVG**, podía realizar solicitudes e impartir instrucciones al personal de la empresa, tanto de obra como administrativo.
- El Director de Obra era el encargado de que las obras se cumplieran a cabalidad, por lo que las actuaciones de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) respecto de la notificación de que el personal adscrito a la obra (técnico o administrativo) no estuviese haciendo bien su trabajo, resultaban normales.
- De conocerse el mercado, se habría podido evidenciar que un Director de Obra nunca está 100% en el sitio de la obra, lo que quiere decir que es común que el mismo cuente con un espacio de trabajo en las oficinas de la empresa a la cual le presta el servicio para desarrollar sus funciones.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- El reprochar que una contadora trabaje para dos empresas evidencia la parcialidad con que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró las pruebas dentro del Expediente. Además, quedó probado que la información manejada por esta funcionaria era información común en procesos de selección como los investigados.
- El Informe Motivado basó su conclusión en "sospechas" de la Delegatura, sin tener en cuenta que esto se presenta como una falta clara de motivación.
- Los préstamos entre las empresas investigadas se realizaron en el marco de relaciones de confianza, lo cual es legal a la luz del ordenamiento nacional.
- La Delegatura nunca probó la participación coordinada de varios agentes, así como tampoco el supuesto control que aduce, y se basó exclusivamente en conjeturas y conceptos subjetivos.
- El conocimiento que tenían los investigados del mercado les permitía hacer, como máximo, estimaciones o adivinanzas razonables, con fundamento en las cuales estructuraban sus propuestas económicas. Sin embargo, esto no constituyó una ventaja competitiva, pues las empresas investigadas no contaban con más información ni estaban en mejor posición que otros competidores.
- No se tuvo en cuenta que las hipótesis y ejercicios de predicción hechos por los investigados fueron la única manera de tomar decisiones razonables respecto de las propuestas económicas a presentar en los procesos de selección investigados.

SEXTO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 21 de octubre de 2020 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia²¹, el cual recomendó por unanimidad sancionar a las personas indicadas en la parte resolutive de la presente Resolución.

SÉPTIMO: Que, habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, el Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

7.1. Competencia funcional

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

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011²² señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica".

²¹ Acta No. 84 del Consejo Asesor de Competencia del 21 de octubre de 2020.

²² Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 10

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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

Finalmente, conforme con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibidem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

7.2. De la libre competencia económica y las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación estatal

El ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente. En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

"Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

"Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De la lectura de las normas antes citadas, es claro que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo²³. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de

²³ Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos²⁴.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009 al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica²⁵. En relación con la eficiencia económica obtenida en un marco de competencia real, existe evidencia empírica que ilustra cómo en países con importantes niveles de competencia, las tasas de crecimiento en su ingreso *per cápita* son más altas respecto de países con niveles de competencia bajos²⁶.

En efecto, la sana rivalidad y competencia entre empresas deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren²⁷. Un estudio que analizó el periodo comprendido entre 1990 y 2007 confirmó dicho postulado, al establecer que los consumidores latinoamericanos pagaron al menos US\$35 billones de dólares extra debido a los acuerdos de precios surgidos de carteles internacionales, cifra que pudo haber sido mayor si el impacto creado por carteles domésticos hubiera también sido calculado²⁸.

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido²⁹. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo³⁰.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, **en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia**, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades³¹, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos:

(i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia;

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

²⁵ El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

²⁶ Consejo Privado de Competitividad: 'Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia'. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, 'Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?' (2008) 4

²⁷ Frederic Jenny, 'Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence' (2006) 29 World Competition, 109

²⁸ John Connor, 'Latin American Cartel Control' (2008) <<http://ssrn.com/abstract=1156401>>

²⁹ OCDE, 'Lineamientos Para Combatir La Colusión Entre Oferentes en Licitaciones Públicas' (2009) 1 <www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf> consultada 20 febrero 2019, Despina Pachnou, 'Detecting and Preventing Bid Rigging: Views From The OECD' (2018) 6 <<https://transparency.hu/wp-content/uploads/2018/10/Despina-Pachnou-DETECTING-AND-PREVENTING.pdf>> consultada 5 marzo 2019

³⁰ Ibidem.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 12

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos;
- (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes;
- (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; y
- (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Ahora bien, la Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada oferente³²; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo³³; y (vi) presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad las mismas hacen parte de una conducta coordinada entre los proponentes, encaminada a falsear la libre competencia dentro del proceso de selección. En este último esquema, por lo general, hay dos o más ofertas que, a pesar de ser presentadas por oferentes que se hacen pasar por competidores autónomos e independientes, en realidad no compiten entre ellas, pues su elaboración y presentación obedecen a una táctica acordada y coordinada previamente, la cual resulta favorecida, en muchas ocasiones, por la existencia de un mismo grupo de interés económico, existencia de situaciones de subordinación entre los oferentes o la existencia de vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente.

Bajo el anterior contexto, este Despacho pasará a analizar el caso concreto con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas, en el siguiente orden: primero, habrá un examen de los elementos de hecho y de las pruebas recaudadas tendientes a demostrar si existió la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y acto seguido se procederá a analizar la eventual infracción al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Para tal fin, esta Superintendencia a lo largo de la presente Resolución se apoyará en los medios probatorios obtenidos y aportados por los investigados durante las diferentes etapas de la actuación administrativa, incluyendo las recopiladas durante las visitas administrativas practicadas por la Delegatura con fundamento en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 y el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, este último en concordancia con el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, los cuales confieren a esta Superintendencia la función de practicar pruebas de inspección, testimonios y exhibición de libros y papeles del comerciante, así como la función de iniciar e instruir averiguaciones preliminares e investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

7.3. Marco normativo

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, así como las normas jurídicas que a continuación se describen, procederá este Despacho a establecer si los investigados incurrieron en las conductas respecto de las cuales se les formuló pliego de cargos.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, confirmada mediante Resolución No. 20639 del 27 de abril de 2015.

³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 del 28 de junio de 2012, confirmada mediante Resolución No. 53979 del 14 de septiembre de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"Artículo 1. 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.

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En tanto que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, señala:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

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

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

7.4. De la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general)

Esta Entidad³⁴ y la propia Corte Constitucional —en Sentencia C-032 de 2017 en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959— han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En este caso la imputación formulada en la Resolución de Apertura de Investigación corresponde a la segunda conducta, esto es, la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia.

Es relevante anotar que, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe "ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece", constituido por el régimen general de la competencia y, también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos.

Bajo este contexto, a continuación se analizará si se acreditó el comportamiento objeto de investigación y si dicho comportamiento se enmarca en la conducta imputada.

En estos términos, para la Superintendencia de Industria y Comercio está plenamente acreditado, luego de un detallado estudio del material probatorio recaudado, que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), DVG y PROTECO infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, toda vez que implementaron una práctica anticompetitiva en una serie de procesos de selección adelantados por el INVÍAS y FONTUR, en los que participaron aparentando ser competidores independientes y autónomos, cuando en realidad sus actuaciones estuvieron coordinadas en cada una de sus etapas. Dicha coordinación pudo materializarse dada la existencia

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 14

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de un número de circunstancias que facilitaron esta práctica anticompetitiva, a saber: la existencia de vínculos de amistad entre los investigados, que estos últimos se encontraban sujetos a una misma situación de control desde el punto de vista competitivo, entre otras.

Para llegar a la anterior conclusión, este Despacho estructuró el análisis de la conducta de la siguiente manera: Primero, se enfocó en hacer un estudio y delimitación de los mercados afectados por la conducta reprochada. Segundo, estableció la existencia de vínculos pre-existentes de amistad y cercanía entre los investigados. Tercero, se estudiaron las evidencias respecto a la presencia de un control competitivo ejercido por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre de **DVG** y **PROTECO**. Cuarto, se analizó un número de elementos probatorios que dieron cuenta de la existencia de conductas adicionales que facilitaron aún más la política de coordinación que los investigados aplicaron en el mercado. Quinto, se estudiaron las pruebas respecto a la coordinación que tuvo lugar puntualmente en los seis (6) procesos de selección investigados. Y, finalmente, se estudió la idoneidad de la conducta para restringir la libre competencia económica y su impacto en el mercado.

7.4.1. Sobre la definición del mercado

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre la definición del mercado en los casos de prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública. Al respecto, ha indicado que, a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas y que no hacen parte de un sistema anticompetitivo, el mercado es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes.

En este sentido, el mercado que surge en virtud de la interacción de la entidad pública contratante y los proponentes, se caracteriza por al menos satisfacer las siguientes dos (2) condiciones: (i) ser temporal, toda vez que nace con la intención de la entidad contratante y finaliza con la terminación anormal del proceso de selección o con la liquidación del contrato resultante; y (ii) ser excluyente por cuanto una vez adjudicado o definido el proceso de selección contractual, no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo, motivo por el cual se conoce como una competencia "por el mercado" y no "competencia en el mercado".

Al respecto, este Despacho ya ha señalado en anteriores ocasiones³⁵ que el mercado en casos que involucran licitaciones públicas corresponde a cada proceso licitatorio analizado. Lo anterior, toda vez que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado, sean personas naturales o jurídicas, que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar. A modo de ejemplo, en la Resolución No. 40875 de 2013, esta Superintendencia indicó:

"Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección".

Adicionalmente, en la Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017, esta Superintendencia señaló:

"(...) a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues el mercado es el resultado de la interacción entre

³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 54338 del 15 de octubre de 2019, 12156 del 7 de mayo de 2019, 1728 del 29 de enero de 2019, entre muchas otras.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes"*³⁶.

Esta posición, según la cual en casos que involucren procesos de contratación pública el mercado es el proceso contractual mismo, no es propia o exclusiva de la Autoridad de Libre Competencia en Colombia, sino que corresponde con los pronunciamientos de otras agencias de competencia a nivel mundial. Así, en decisión No. 10-D-05 del 27 de enero de 2010, relativa a las prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, la autoridad francesa señaló:

*"De manera constante, cada mercado público que pasa por un procedimiento de solicitud de ofertas constituye un mercado pertinente. Tal mercado es el resultado de la confrontación entre la demanda de quien necesita la obra y de las propuestas hechas por los candidatos que responden a dicha solicitud"*³⁷ (Traducción libre. Subraya y negrilla fuera de texto original).

En el mismo sentido se refirió el Tribunal De Defensa De La Libre Competencia de Chile, quien estableció en la Sentencia No. 112/2011 del 22 de junio de 2011, que en los casos de colusión en licitaciones públicas el mercado es determinado por cada concurso específico en el cual se presentó la conducta investigada. Puntualmente señaló lo siguiente:

"(...) a juicio de este Tribunal, en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada de éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso (...). Dadas las características del proceso de licitación especificada anteriormente, es posible señalar que el mercado relevante corresponde a un concurso específico, que se produce en un momento dado del tiempo y que permite asignar espectro para las distintas localidades objeto del concurso.

(...)

*[E]ste Tribunal comparte el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicas (OCDE) (...) en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto"*³⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De esta forma, y de acuerdo con lo indicado anteriormente, este Despacho concluye que en el presente caso los mercados afectados por la práctica anticompetitiva desplegada son seis (6), que corresponden a los procesos de selección bajo investigación. Cinco (5) de ellos realizados por parte del INVÍAS y uno por parte del FONTUR. A continuación se presentará una descripción de cada uno de ellos, incluyendo su objeto, el mecanismo de selección, el presupuesto oficial de la entidad contratante, entre otras características.

³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 19890 de 2017 y 4604 de 2018.

³⁷ Autoridad de la Competencia de Francia, Decisión No. 10-D-05 del 27 de enero de 2010 relativa a las prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, Para 45. Pg. 9. Disponible en: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10d05.pdf>

³⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC), SENTENCIA No. 112/2011, del 22 de junio de 2011, caso "Radios", celebración de acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones a radiofusión sonora de frecuencia modulada. Pg. 34. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20120111/asocfile/20120111215127/tdlc1.pdf>

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (733.23) DE 2020 "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"	HOJA Nº 16
7.4.1.1. Licitación pública No. LP-DO-SMF-028-2017³⁹ El proceso de Licitación Pública No. LP-DO-SMF-028-2017 del INVÍAS tenía como objeto el <i>"mantenimiento del río Truandó. Cuenca del Río Atrato en el municipio de Riosucio. Departamento del Chocó"</i>. El plazo del contrato era de cuatro (4) meses y el valor del presupuesto oficial era \$1.610.331.715. El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el SECOP el 7 de abril de 2017 con un cronograma de actividades hasta el 14 de junio de 2017, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación. Los criterios de ponderación en la licitación en mención incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 80 puntos por factor de calidad y 20 puntos por implementación del programa <i>"vinculación madres cabeza de familia y/o víctimas"</i>, para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética, teniendo en cuenta la TRM del día de la realización de la audiencia⁴⁰. Once (11) proponentes participaron en la licitación, de los cuales ocho (8) fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, el CONSORCIO FLUVIAL, conformado por PROTECO y AVINCO, y representado legalmente por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$1.541.044.178, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 4635 del 22 de junio de 2017. Por su parte, DVG obtuvo el puesto número 3 en la evaluación de las propuestas. 7.4.1.2. Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017⁴¹ El proceso de Selección Abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 del INVÍAS tenía como objeto el <i>"mantenimiento y rehabilitación de los muelles de carga y de pasajeros de San José del Guaviare, departamento de Guaviare"</i>. El plazo del contrato era de tres (3) meses y el valor del presupuesto oficial era \$483.278.443. El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el SECOP el 11 de julio de 2017 con un cronograma de actividades hasta el 6 de septiembre de 2017, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación. Los criterios de ponderación incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 80 puntos por factor de calidad y 20 puntos por implementación del programa <i>"vinculación madres cabeza de familia y/o víctimas"</i> para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética alta, teniendo en cuenta la TRM del día de la realización de la audiencia⁴². Nueve (9) proponentes participaron en la convocatoria, de los cuales cinco (5) fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, DVG obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$464.786.073, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 7065 del 13 de septiembre de 2017. ³⁹ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :<i>Inspección al SECOP LP-DO-SMF-028-2017AA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28364481</i> ⁴⁰ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor. ⁴¹ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :<i>Inspección al SECOP SA-MC-DO-SMF-021-2017AA_PROCESO_17-11-6797600_124002002_31243604</i>. ⁴² Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor.	

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Por su parte, el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**, conformado por **PROTECO** y **AVINCO**, y representado legalmente por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) obtuvo el puesto número 3 en la evaluación de las propuestas.

7.4.1.3. Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-027-2017⁴³

El proceso de Selección Abreviada No. **SA-MC-DO-SMF-027-2017** del **INVÍAS** tenía como objeto el "mantenimiento, administración, organización y operación del muelle de Victoria Regia Leticia, Amazonas". El plazo del contrato era hasta el 31 de diciembre de 2017 y el valor del presupuesto oficial era \$328.570.957.

El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el **SECOP** el 28 de septiembre de 2017 con un cronograma de actividades hasta el 21 de noviembre de 2017, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación.

Los criterios de ponderación incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 80 puntos por factor de calidad y 20 puntos por implementación del programa "vinculación madres cabeza de familia y/o víctimas" para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética alta, teniendo en cuenta la **TRM** del día de la realización de la audiencia⁴⁴.

Siete (7) proponentes participaron en la convocatoria, de los cuales cinco (5) fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, **DVG** obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$322.800.031, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 9186 del 27 de noviembre de 2017.

Por su parte, el **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**, conformado por **PROTECO** y **AVINCO**, y representado legalmente por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) obtuvo el puesto número 4 en la evaluación de las propuestas.

7.4.1.4. Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-007-2018⁴⁵

El proceso de Selección Abreviada No. **SA-MC-DO-SMF-007-2018** del **INVÍAS** tenía como objeto la "construcción del muelle fluvial de Piñuña Negro, Departamento de Putumayo". El plazo del contrato era de tres (3) meses y el valor del presupuesto oficial era \$655.767.137.

El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el **SECOP** el 14 de marzo de 2018 con un cronograma de actividades hasta el 16 de mayo de 2018, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación.

Los criterios de ponderación incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional y 100 puntos por factor de calidad, para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió al menor valor, teniendo en cuenta la **TRM** del día de la realización de la audiencia⁴⁶.

⁴³ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :*Inspección al SECOP* SA-MC-DO-SMF-027-2017/PCD_PROCESO_17-11-7111268_124002002_34271778.

⁴⁴ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor.

⁴⁵ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :*Inspección al SECOP* SA-MC-DO-SMF-007-2018\3. PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO.

⁴⁶ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020 *Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia*	HOJA Nº 18
Cinco (5) proponentes participaron en la convocatoria, de los cuales todos fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, PROTECO obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$620.131.496, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 3135 del 21 de mayo de 2018. Por su parte, DVG obtuvo el puesto número 5 en la evaluación de las propuestas. 7.4.1.5. Licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018⁴⁷ El proceso de Licitación Pública No. LP-DO-SMF-027-2018 del INVÍAS tenía como objeto la <i>"construcción del muelle de pie de Pató, municipio de Alto Baudó, Departamento del Chocó"</i>. El pazo del contrato era hasta el 31 de diciembre de 2018 y el valor del presupuesto oficial era \$862.630.212. El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el SECOP el 11 de julio de 2018 con un cronograma de actividades hasta el 21 de septiembre de 2018, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación. Los criterios de ponderación en la licitación en mención incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 90 puntos por factor de calidad e implementación del Programa Gerencia Proyectos y 10 puntos por vinculación de trabajadores con discapacidad en la planta de personal, para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética, teniendo en cuenta la TRM del día de la realización de la audiencia⁴⁸. Seis (6) proponentes participaron en la licitación, de los cuales la totalidad fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, el CONSORCIO FLUVIAL, conformado por PROTECO y AVINCO, y representado legalmente por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$783.159.325, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 6261 del 1 de octubre de 2018. Por su parte, DVG obtuvo el puesto número 5 en la evaluación de las propuestas.	
7.4.1.6. Proceso de selección de contratista No. FNTIA-043-2018⁴⁹ El Proceso de selección de contratista No. FNTIA-043-2018 del FONTUR tenía como objeto la <i>"construcción de un embarcadero turístico en el área de La Salvajina, vereda San Martín, municipio de Morales, Departamento del Cauca"</i>. El valor del presupuesto oficial era \$829.157.577 y el plazo de ejecución era de nueve (9) meses. El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto al público el 11 de septiembre de 2018 con un cronograma de actividades hasta el 30 de octubre de 2018, fecha en la cual se seleccionó el contratista. Los criterios de ponderación incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 80 puntos por factor de calidad y 20 puntos por implementación del programa <i>"vinculación madres cabeza de familia y/o víctimas"</i> para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el	

⁴⁷ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. : *Inspección al SECOP LP-DO-SMF-027-2018 Pliego de Condiciones definitivo.*

⁴⁸ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor.

⁴⁹ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. : *Inspección al SECOP FNTIA-043-2018 DP_PROCESO_18-4-8435716_101101025_47679467.*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética, teniendo en cuenta la TRM del día de la realización de la audiencia⁵⁰.

Trece (13) proponentes participaron en la convocatoria, de los cuales cinco (5) fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. Uno de ellos fue rechazado en la revisión de la oferta económica pues la misma incurrió en causal de rechazo establecida en el numeral 4.2 del pliego de condiciones definitivo.

De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, DVG, mediante un consorcio conformado con AVINCO llamado **CONSORCIO EMBARCADERO**, y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), de forma independiente como persona natural, enviaron propuestas. En ambos casos, estas resultaron rechazadas por verificación financiera y capacidad residual de contratación. Adicionalmente, el **CONSORCIO EMBARCADERO** tampoco cumplió con la verificación técnica.

Finalmente, **LUIS FERNANDO MESA BALLESTEROS** resultó seleccionado para la ejecución del contrato por un valor de \$809.547.959.

En conclusión, en el presente caso, los mercados que se vieron afectados por la conducta investigada corresponden a los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017**, **SA-MC-DO-SMF-027-2017**, **SA-MC-DO-SMF-021-2017**, **LP-DO-SMF-027-2018** y **SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el INVÍAS y el proceso de selección No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el FONTUR.

7.4.2. De las relaciones existentes entre los agentes de mercado investigados

Este Despacho dio cuenta de múltiples elementos de prueba, obrantes en el Expediente que muestran la existencia de una relación previa entre los agentes de mercado investigados. Como se expone a continuación, se encontró suficiente soporte probatorio de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) fue el accionista fundador de **PROTECO** y DVG y que, a pesar de haber cedido su participación accionaria en esta última, mantuvo una estrecha relación con sus nuevos accionistas.

Debe aclararse que si bien dichas relaciones previas no son censurables *per se* en virtud del régimen de libre competencia en Colombia, en el presente caso ostentan una gran relevancia, pues se encontró que las mismas fueron un elemento facilitador y fundamental para la coordinación de los investigados en los diferentes procesos de selección investigados, conducta que sí se advierte violatoria de las normas de libre competencia. Lo anterior, en el entendido que el comportamiento de dos empresas que participan por separado en el marco de un proceso de selección, debe ser el de competidores independientes, que actúan en el mercado en cumplimiento de los principios que promueve el régimen de libre competencia en Colombia⁵¹.

Por este motivo, a continuación se presentan los hallazgos de esta Superintendencia respecto a las relaciones pre-existentes entre los investigados.

7.4.2.1. De la constitución de DVG por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y la posterior cesión de sus acciones

DVG INGENIERÍA S.A.S. es una sociedad constituida a través de documento privado del 29 de junio de 2013, inscrita el 10 de octubre del mismo año⁵² ante la Cámara de Comercio del Amazonas. Por decisión unánime de la Asamblea de Accionistas del 27 de septiembre de 2017, la cual consta en el

⁵⁰ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y la media aritmética baja.

⁵¹ Ley 1340 de 2009. Artículo 3.

⁵² Folio 320 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. **CONSTITUCION DVG INGENIERIA SAS.**

RESOLUCIÓN (20173323) DE 2020		HOJA N° 20																
"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"																		
Acta No. 9 de dicho órgano corporativo ⁵³ , se aprobó el cambio de domicilio social a la ciudad de Bogotá.																		
De acuerdo al documento de constitución ⁵⁴ , el objeto social de la compañía incluía, entre otros:																		
<i>"1. <u>Ejecutar obras relacionadas con el campo de la arquitectura, la ingeniería civil, las comunicaciones, tales como: la construcción y/o remodelación de edificaciones, unidades de vivienda, obras urbanísticas, restauración arquitectónica, obras hidráulicas, obras sanitarias, pilotajes, vías, obras de espacio público, obras de control de emergencias, reforzamiento estructural, obras de geotecnia, obras de estabilización y similares; construcción y/o mantenimiento de puentes peatonales, vehiculares y férreos, construcción de acueductos, alcantarillados, plantas de tratamiento, sistemas sépticos y todas las obras y actividades relacionadas con la conducción, canalización de aguas lluvia, negras y potable, en general cualquier clase de obra civil (...)</u>" (Subraya y negrilla fuera de texto original).</i>																		
Dicho objeto social se mantenía en los mismos términos para el año 2019 ⁵⁵ . Adicionalmente, la composición accionaria de la sociedad DVG se dividía, al momento de su constitución, de la siguiente manera:																		
Tabla No. 1. Composición accionaria inicial DVG <table border="1"><thead><tr><th>NOMBRE DEL SOCIO</th><th>CUOTA</th><th>CAPITAL</th><th>PORCENTAJE</th></tr></thead><tbody><tr><td>DANIEL VELASCO GONZALEZ</td><td>9.800,00</td><td>\$98.000.000,00</td><td>98,00%</td></tr><tr><td>EDER ZABALETA ROJAS</td><td>100,00</td><td>\$1.000.000,00</td><td>1,00%</td></tr><tr><td>JANIO CARDONA AGUIRRE</td><td>100,00</td><td>\$1.000.000,00</td><td>1,00%</td></tr></tbody></table> Fuente: Copia exacta del documento de constitución de DVG. Folio 192 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.			NOMBRE DEL SOCIO	CUOTA	CAPITAL	PORCENTAJE	DANIEL VELASCO GONZALEZ	9.800,00	\$98.000.000,00	98,00%	EDER ZABALETA ROJAS	100,00	\$1.000.000,00	1,00%	JANIO CARDONA AGUIRRE	100,00	\$1.000.000,00	1,00%
NOMBRE DEL SOCIO	CUOTA	CAPITAL	PORCENTAJE															
DANIEL VELASCO GONZALEZ	9.800,00	\$98.000.000,00	98,00%															
EDER ZABALETA ROJAS	100,00	\$1.000.000,00	1,00%															
JANIO CARDONA AGUIRRE	100,00	\$1.000.000,00	1,00%															
Debe mencionarse que, no obstante haber sido constituida por 3 accionistas, DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) era el controlante de la sociedad, pues contaba con el 98% de las acciones que componían el capital social ⁵⁶ . De hecho, de lo manifestado por el investigado ante esta Entidad en su declaración del 5 de diciembre de 2019, puede constatarse que la creación de la mencionada empresa fue decisión de él, con el fin de proteger la experiencia que había adquirido en el campo de la construcción a través del tiempo.																		
<i>"Delegatura: Ingeniero. Pues nos contaba usted que ¿desde cuándo se dedica a contratar con entidades públicas?</i> DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Con entidades públicas estoy contratando desde el año 2002. <i>Delegatura: ¿Y cómo lo ha venido haciendo desde esa época?</i> DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Hasta el 2014 lo venía haciendo como persona natural. <i>Delegatura: ¿Y luego del 2014?</i> DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Eh, creé una empresa que se llama DVG INGENIERIA S.A.S. amparado en el Decreto 1082, dónde podía cederle mi experiencia por tres años a una nueva empresa SAS.																		
⁵³ Folio 320 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. ACTA 9 CAMBIO DE DOMICILIO DVG INGENIERIA. ⁵⁴ Folio 192 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. ⁵⁵ Folio 343 del cuaderno público No. 2 del Expediente. ⁵⁶ Código de Comercio de Colombia. "Artículo 261 (artículo subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995): Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de los subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto (...)".																		

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Delegatura: ¿Fue usted fundador de la sociedad DVG?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Sí señora, como lo acabo de manifestar, fui fundador de la sociedad **DVG INGENIERIA S.A.S.**

Delegatura: ¿Y nos puede comentar qué lo motivo a fundar esa sociedad?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Eh, en primera instancia tuve un profesor, un ingeniero que ya falleció, que él me decía muy coloquialmente que si yo llegara a fallecer, por x o y motivo, porque yo mantengo en la selva ejecutando las obras, que la experiencia que yo había adquirido durante 19 años se perdería. Que lo mejor era crear una empresa para después, si yo llego a fallecer, la experiencia quede en ella⁵⁷.

Por su parte, la participación de los otros dos accionistas correspondió a la necesidad de contar, por un lado, con un accionista capitalista, y por el otro, con una persona que se encargara de adelantar los trámites documentales de las propuestas para los procesos de selección en la ciudad de Bogotá, mientras **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) adelantaba sus funciones en otras regiones del país. En palabras del mismo **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, **JANIO CARDONA AGUIRRE**, titular del 1% de las acciones, "era un socio capitalista"⁵⁸. Por su parte, respecto a las funciones de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** manifestó:

"Delegatura: Bueno, entonces ya constituyeron **DVG**, está usted con el 98%, [**EDER ZABALETA ROJAS**] con el 1 y **JANIO** con el 1. Nos dice que **JANIO** era el socio capitalista y que no conocía de obras de ingeniería ¿es cierto esto?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Correcto, sí señora.

Delegatura: ¿y cuál es la función de [**EDER ZABALETA ROJAS**] en esta sociedad?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Como les informé anteriormente, yo mantengo viajando, mantengo en la selva, entonces había asuntos que atender acá en la ciudad de Bogotá ¿sí? Y él era el encargado de atender esos asuntos.

Delegatura: Ingeniero Velasco puede indicarle por favor, de forma más puntual, ¿a qué asuntos hace referencia de los cuales estaba encargada [**EDER ZABALETA ROJAS**] mientras usted ejercía su labor en un sitio diferente a la ciudad capital?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Sí señor, como no. Los asuntos era elaborar propuestas, presentarlas ¿sí? A veces por teléfono inclusive las armábamos, es decir, yo estaba en la selva o un sitio alejado, Putumayo, Chocó, eh, debido a mi experiencia casi todas las obras que he ejecutado han sido en las selvas de Colombia. Caucana, Chocoana, Nariñense, Putumayo, Amazonas, Caquetá, Guaviare, Guainía. Como yo mantengo por allá por esos sitios todo el tiempo, aún todavía, entonces en esa época, en la época de **DVG** salió una licitación, entonces hablábamos por teléfono "no, hay que hacer así, presentamos así" y él la presentaba, porque obviamente yo no podía venir.

Delegatura: Señor Velasco volviendo al punto anterior, vamos a ser un poco más puntual en las funciones del señor [**EDER ZABALETA ROJAS**]. Usted nos indica que él armaba propuestas. Puede indicarnos puntualmente ¿cuál era la labor de él a la hora de elaborar una propuesta para presentarse a un proceso de licitación pública?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Es decir, elaborar los formatos que las entidades públicas presentan en los pliegos de condiciones. Elaborábamos juntos, como te digo por teléfono, el presupuesto y se presentaba.

⁵⁷ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 5:55.

⁵⁸ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 7:40.

RESOLUCIÓN (173323) DE 2020

HOJA Nº 22

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Delegatura: Usted dice, 'elaborábamos juntos el presupuesto por teléfono' ¿Era usted el que daba las instrucciones respecto a cuál es el presupuesto que iba a presentar DVG en las propuestas?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Como ustedes saben, [EDER ZABALETA ROJAS] no es ingeniero civil ¿sí? El ingeniero civil soy yo. Entonces como les manifesté anteriormente, yo estaba en la selva, entonces por ejemplo me decía 've, hay que...este es el presupuesto', entonces lo mirábamos 'no, hay que bajarle a este precio, a este precio también hay que bajarle, a este no mucho'. Esa era la forma en que, en esa época, se elaboraban las propuestas de DVG.

Delegatura: Señor Velasco, para tener mayor claridad respecto de la respuesta que usted acaba de dar y teniendo en cuenta que usted nos indica que el señor [EDER ZABALETA ROJAS] no es ingeniero, ¿la persona que daba las directrices de 'hay que bajarle a este ítem, hay que subirle o a estos costos', era directamente usted?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Sí señor, le estoy diciendo, en la época de DVG, cuando se conformó, sí señor⁵⁹.

Nótese entonces que las labores de los accionistas fundadores de DVG estuvieron divididas desde un inicio de la siguiente manera: (i) **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) era el accionista mayoritario, titular del 98% de las acciones, quien contaba con la experiencia para presentarse a los procesos de selección de las diferentes entidades públicas y quien, a pesar de estar constantemente viajando por diferentes regiones, era el que tomaba la decisión sobre el contenido de las ofertas económicas a presentar en cada proceso; (ii) **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), cuya participación se centraba en ser una colaboración para **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** en la elaboración de las propuestas, específicamente en diligenciar los formatos y presentar las ofertas; y (iii) **JANIO CARDONA AGUIRRE** quien era un accionista netamente capitalista.

Ahora bien, consta en el Expediente que, tres años después de la constitución de la sociedad, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) decidió ceder su participación accionaria en DVG. Como puede evidenciarse en el Acta No. 7 de la reunión de la Asamblea de Accionistas de la compañía⁶⁰, de fecha 23 de noviembre de 2016, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** cedió la totalidad de sus acciones en favor de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) y **LEYDI YINED DIAZ GARCÍA**. De igual forma, **JANIO CARDONA AGUIRRE** cedió la totalidad de sus acciones en favor de **EDER ZABALETA ROJAS**. En este sentido, la composición accionaria de DVG quedó conformada de la siguiente manera:

Tabla No. 2. Composición accionaria DVG posterior a la cesión de acciones

NOMBRE DEL SOCIO	CUOTA	VALOR CUOTA	CAPITAL	PORCENTAJE
EDER ZABALETA ROJAS	30.000	\$10.000,00	\$300.000.000,00	50%
LEYDI YINED DIAZ GARCIA	30.000	\$10.000,00	\$300.000.000,00	50%
TOTALES	60.000		\$600.000.000,00	100%

Fuente: Copia exacta del Libro de Actas de DVG, Acta No. 7. Folio 320 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. REMISION ACTA 7 DVG INGENIERIA.

De lo anterior, dos puntos llaman la atención de este Despacho por encontrarse relevantes para el análisis que posteriormente se hará sobre el comportamiento de los investigados en los procesos que conforman el mercado afectado, según lo dicho anteriormente. En primer lugar, que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) tomó la decisión de ceder su participación en DVG en favor de personas con quienes mantenía relaciones personales y familiares de tiempo atrás. Así, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) es una persona con la que tenía una relación de amistad desde el año 2000. Lo anterior fue precisado en los

⁵⁹ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 10:48.

⁶⁰ Folio 320 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. REMISION ACTA 7 DVG INGENIERIA.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

siguientes términos en la declaración del 5 de diciembre de 2019 que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** rindió ante esta Entidad:

"DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Inicialmente **DVG INGENIERIA S.A.S.** fue conformada, como te digo, debido a mi experiencia como persona natural en un 98% por **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]**, un 1% por **JANIO CARDONA AGUIRRE** y otro 1% por **[EDER ZABALETA ROJAS]**.

Delegatura: ¿Y por qué usted decidió conformar **DVG** con ellos? ¿Quiénes son ellos?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Don **JANIO CARDONA AGUIRRE** es una persona, un socio mío, con el que yo trabajaba en el Valle del Cauca, y era un socio capitalista. Con **[EDER ZABALETA ROJAS]**, es una persona con la cual yo tengo contacto, relación, desde el año 2000, y la idea era, pues, presentarnos a procesos, conformar la empresa para presentarnos a procesos. Y ese fue el motivo⁶¹.

(...)

"Delegatura: Me decía usted que conocía al señor **[EDER ZABALETA ROJAS]** desde el año 2000. ¿Por qué lo conoce desde esa época?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Desde el año 2000 lo conozco porque él trabajaba con una empresa, una fundación, a la cual yo le hacía interventoría cuando trabajaba en el Amazonas.

Delegatura: Y antes de constituir la sociedad ¿Usted trabajaba con el señor **[EDER ZABALETA ROJAS]**?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: De... Muchísimo tiempo después de conocernos... estamos hablando de cerca de 13 años ¿sí?... hemos estado, siempre hemos estado en constante comunicación ¿sí? Desafortunadamente nunca pudimos trabajar, porque no se prestaba la... no había oportunidades en ese momento⁶².

Al respecto, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) manifestó lo siguiente en su declaración del 5 de diciembre de 2019:

"Delegatura: Señor Zabaleta, indíqueme por favor si tenía usted algún tipo de relación con los socios fundadores de **DVG** previo a la creación de esta sociedad. Ya sea laboral, familiar...en general.

EDER ZABALETA ROJAS: Bueno, sí existió, o existe, una relación de una amistad de hace mucho tiempo con el Ingeniero **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]**. Nos conocíamos de hace mucho tiempo. Y entonces él necesitaba pues los temas que, el casi permanecía viajando en la ejecución de las obras cuando él desarrollaba sus actividades como persona natural, él está por fuera entonces conmigo hay una total confianza para poder desarrollar esas actividades y en ese orden de ideas fue que decidimos organizarnos como socios en **DVG**⁶³.

A su vez, el apoderado de **PROTECO** y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en el marco de la presente actuación administrativa, manifestó lo siguiente en la audiencia del 21 de febrero de 2020, la cual se llevó a cabo según lo definido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012:

"Apoderado **PROTECO y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ:** (...) Entonces, se le dice en los cargos que **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]** y **PROTECO** presuntamente incurrieron en prácticas restrictivas, no hubo ninguna práctica restrictiva, el hecho de que se colaboren, repito, son amigos...es más... **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]** le permitió una transfusión**

⁶¹ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 7:40.

⁶² Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 9:34.

⁶³ Folio 666 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P2 Min. 11:04.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 24

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de su propia sangre al aquí presente [EDER ZABALETA ROJAS] en un momento de angustia por problemas de salud. Le ha dado hasta sangre. Cómo no le va a permitir su trabajador que le lleve y le radique cartas, o la radique una propuesta, mensajería. O cómo no le va a permitir una oficina en sus oficinas. O cómo no le va a permitir un computador, si lo ha sentado en la mesa con su familia a desayunar, ha permanecido en la costa porque el aquí presente [EDER ZABALETA ROJAS], que por cierto le dice a [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ] 'compadre' por ser costeño, y lo ha sentado en su mesa con su familia en pijama inclusive, ha viajado al exterior en vacaciones con ellos. Son amigos (...)"⁶⁴.

Como puede observarse de las anteriores declaraciones, no fue casualidad que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) hubiera decidido constituir la sociedad **DVG** en compañía de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), ni mucho menos que al momento de vender sus acciones en dicha empresa hubiera decidido cederle un gran porcentaje de las mismas. Por el contrario, esto se debió a la estrecha relación de amistad existente entre estas personas por más de una década.

Por su parte, con relación a **LEYDI YINED DIAZ GARCIA**, se encuentra probado que las acciones en **DVG** que le fueron cedidas correspondió únicamente a que era la hija de la ex pareja de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), quien decidió tener un gesto de amabilidad con ella. Así lo manifestó este último ante esta Entidad:

"Delegatura: ¿Y por qué entra LEYDI YINED a la cesión de acciones?"

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: *LEYDI YINED es la hija de la persona que me dio dos hijos durante 18 años ¿sí? Yo quería dejarle a ella algo... Ella está estudiando ingeniería ambiental ¿sí? Yo quería dejarle algo a ella para que ella más adelante pueda ejercer su carrera ¿sí? Motivo por el cual yo le cedí a ella, a título gratuito, mis acciones"*⁶⁵.

En segundo lugar, llama la atención que con posterioridad a la cesión de la totalidad de sus acciones, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) siguió vinculado con **DVG**. Por un lado, cómo lo manifestaron algunos de los investigados, siguió ejerciendo como Director de Obra en diferentes oportunidades.

"Delegatura: ¿Y en la actualidad entonces cuál es su vinculación con DVG?"

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: *Debido a mi experiencia, que muy pocas personas en el país la tienen, en la construcción de muelles, de obras de dragado, obras de protección y túneles, yo me desempeño para DVG como Director de Obra, Director de Operación y Mantenimiento en los túneles que estamos en este momento, o que está DVG en este momento ejecutando y que ha ejecutado"*⁶⁶.

Lo anterior fue igualmente ratificado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**):

"Delegatura: Correcto. ¿Posterior, señor Zabaleta, a que usted adquiriera el 50% de las acciones, igual que la señora LEYDI YINED, el Ingeniero [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ] tuvo algún tipo de vínculo con la sociedad DVG?"

EDER ZABALETA ROJAS: *Posterior a la cesión, si efectivamente él ha sido el Director, como lo he manifestado siempre, ha sido el Director en algunos proyectos en donde la zona de influencia, digamos, están por fuera del, digamos, de las cercanías aquí a Bogotá. Son zonas, digamos, complejas, entonces partimos de que sigamos utilizando la experiencia como tal que*

⁶⁴ Folio 817 del cuaderno público No. 4 del Expediente. Min. 16:10.

⁶⁵ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 18:00.

⁶⁶ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 15:52.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*él tiene en la zona, pues cumple como Director de Obra y simplemente le establecemos esa directriz*⁶⁷.

Por otro lado, se encontraron elementos de prueba, que serán desarrollados posteriormente en la presente Resolución, que dan cuenta de que a pesar de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) cedió la totalidad de sus acciones en **DVG**, seguía ejerciendo una fuerte influencia en el desarrollo competitivo de la misma en los diferentes mercados.

En este orden de ideas, encuentra probado este Despacho que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) mantiene una estrecha relación de tiempo atrás con **DVG**, pues no solo fue el accionista fundador y controlante de dicha empresa por un lapso de tres años, sino que con posterioridad a su retiro de la misma siguió vinculado, ejerciendo labores de Director de Obra y, como será desarrollado más adelante, influyendo directamente en el comportamiento competitivo de la empresa.

7.4.2.2. De la constitución de PROTECO por parte de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y su relación con funcionarios de DVG

Paralelamente a la cesión de sus acciones en **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) constituyó, por medio de documento privado del 2 de septiembre de 2016, inscrito el 9 de septiembre del mismo año ante la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad **PROTECO**⁶⁸. Dicha compañía, de acuerdo a su certificado de existencia y representación legal⁶⁹, registró como su actividad principal la "Construcción de carreteras y vías de ferrocarriles", actividades similares a las desarrolladas por **DVG**.

Tal y como consta en el certificado de composición accionaria allegado por **PROTECO** en el curso de la licitación pública No. **LP-DO-SMF-028-2017** del **INVÍAS**, como parte de la propuesta económica presentada por el **CONSORCIO FLUVIAL**, dicha empresa contaba con un único accionista, esto es, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**):

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

⁶⁷ Folio 666 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P2 Min. 23:50.

⁶⁸ Folio 336 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

⁶⁹ Ibidem.

RESOLUCIÓN (173323) DE 2020

HOJA Nº 26

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No.1. Certificado participación accionaria PROTECO



CERTIFICADO DE PARTICIPACION ACCIONARIA
PERSONA JURIDICA

Bogotá D.C., 11 de mayo de 2017.

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
Carrera 59 No. 26-50 - CAN
Bogotá, D.C.

Objeto : MANTENIMIENTO DEL RIO TRIUNFO. CUENCA DEL RIO
ATRAYTO EN EL MUNICIPIO DE ROSAQUÍ, DEPARTAMENTO
DEL CHOQUÍ.

REFERENCIA : Proceso de Selección No. LP-DO-SMF-028-2017

Por medio de este documento, los señores: **SHIRLEY RAMIREZ VASQUEZ** identificada con la Cédula de Ciudadanía N° **28.000.000** de **BOGOTÁ** y Tarjeta Profesional N° **418.400.3**, actuando en calidad de Contadora Pública y **DIEGO FERNANDO GIL MURCIA** identificado con la Cédula de Ciudadanía N° **28.000.000** de **BOGOTÁ**, actuando en calidad de Representante Legal Principal de la Persona Jurídica **PROTECO INGENIERIA SAS**, identificada con el Número de Identificación Tributaria N° **901.071.525** manifestamos bajo la gravedad del Juramento y de acuerdo al Documento de Constitución, que la Participación Accionaria de la Empresa es la siguiente:

Nº	NOMBRE Y APELLIDO	DOCUMENTO DE IDENTIDAD	PORCENTAJE DE PARTICIPACION ACCIONARIA
1	DANIEL VELASCO GONZALEZ	C.C. N° 79.047.525 DE BOGOTÁ	100.00%
TOTAL			100.00%

Atestamos:

DIEGO FERNANDO GIL MURCIA
Representante Legal
PROTECO INGENIERIA SAS
Proponente

SHIRLEY RAMIREZ VASQUEZ
Contadora
PROTECO INGENIERIA SAS

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPLP-DO-SMF-028-2017/DA_PROCESO_17-1-171760_124002002_32814275

Sobre la constitución de **PROTECO**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) manifestó lo siguiente a esta Entidad:

"**Delegatura:** Bueno, Ingeniero Daniel, ¿y en **PROTECO** cuáles son sus funciones?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: **PROTECO**, tiempo después de haber salido de **DVG**, eh, se creó **PROTECO**. Con las mismas condiciones, es decir, yo tenía, tengo, el 100% de las acciones de **PROTECO**, le suministré mi experiencia, amparado en el Decreto 1082, y mis funciones también son, en las obras que se ha ganado **PROTECO**, en algunas no en todas, ejecutar las acciones, las actividades de Director de Obra de los proyectos. Casi todos los proyectos de **PROTECO** están enmarcados en obras fluviales"⁷⁰.

Respecto a la representación legal de esta sociedad para la época de los hechos, de acuerdo al certificado de existencia y representación legal obrante en el Expediente, la misma era ejercida por **DIEGO FERNANDO GIL MURCIA** (Gerente de **PROTECO** para la época de los hechos) y **LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ** (Suplente del Gerente de **PROTECO** para la época de los hechos).

No obstante, este Despacho encuentra importante mencionar que se encontraron diferentes elementos probatorios que dan cuenta de que existía una relación entre **PROTECO** y algunos funcionarios de **DVG**, puntualmente con **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), persona que como ya quedó evidenciado, mantenía una estrecha relación de amistad con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y a quien este último le había cedido gran parte de sus acciones en **DVG**.

Esta situación, que será desarrollada con mayor detenimiento a lo largo del presente acto administrativo, fue fundamental para materializar la coordinación con la que los agentes de mercado

⁷⁰ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 20:50.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

investigados actuaban para presentar propuestas en los diferentes procesos de selección para la adjudicación de contratos públicos.

Como prueba del vínculo existente entre PROTECO y funcionarios de DVG, específicamente EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), se encontró el hecho que durante la visita administrativa realizada a PROTECO el 30 de octubre de 2018 por miembros de esta Superintendencia, la misma fue atendida por EDER ZABALETA ROJAS, quien a pesar de identificarse como representante legal de otra compañía, la atendió y respondió de forma detallada algunas de las preguntas hechas por los miembros de la Delegatura. Lo anterior puede observarse en el Acta de visita administrativa obrante en el Expediente:

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

RESOLUCIÓN (733,23) DE 2020

HOJA N° 28

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 2. Acta de visita administrativa PROTECO 30 de octubre de 2018

DEPARTAMENTO DE INDUSTRIA Y COMERCIO
SUPERINTENDENCIA

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Radicado: 17-401804

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA
No. 17-401804-00018-0000
Fecha: 30/10/2018 11:54:19 Dep. 3056 GR. 0128000
Tel. 116 PROALPES/0128000 E-mail: 3056 DEIA/0128000
Adj. 173 EN OFICINA DE VISITA Folio 5

ACTA DE VISITA ADMINISTRATIVA

PROTECO INGENIERIA S.A.S.

En la ciudad de Bogotá D.C., a las 9:45 a.m. del 30 de octubre de 2018, el Despacho conformado por ÓSCAR IVÁN RAMÍREZ SÁNCHEZ, FLOR MARINA GÓMEZ PORRAS, ELIANA CANCHANO VELÁSQUEZ y CÉSAR ANDRÉS VACCA DEVIA, actuando por comisión del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, conforme oficio radicado 17-401804-14-0, suscrito por el Coordinador del Grupo Elite Contra Colusiones, se trasladó a las instalaciones de la PROTECO INGENIERIA S.A.S. (en adelante PROTECO), ubicada en la Carrera 47 No. 85-58, oficina 605, Edificio King David, en la mencionada ciudad.

Estando presentes en dicho lugar, fuimos recibidos, a las 9:50 a.m., por el vigilante del Edificio King David, quien manifestó que en la oficina 005 no se encontraba la empresa PROTECO INGENIERIA SAS, puesto que se habían trasladado a la oficina 401 del mismo edificio. Seguidamente, procedió a llevar a la oficina 401.

Siendo las 9:55 a.m. fuimos recibidos por el Señor EDER ZABALETA ROJAS, identificado con la C.C. No. 73.236.747 de la ciudad de Maquangué (Risaralda), representante legal de PAVIMENTACIONES MORALES SL -SUCURSAL EN COLOMBIA, a quien se le hizo entrega de la credencial de visita que faculta al Despacho para realizar la respectiva diligencia, y se le explicó sobre el objeto de la presente, previa identificación de las personas que conforman el Despacho. De la misma queda una copia (1 FOLIO) con sello de recibido.

El Señor EDER ZABALETA ROJAS informó que en la oficina 401 funcionan varias empresas, así, PROTECO INGENIERIA S.A.S., ACUVI CONSTRUCCIÓN S.A.S., PAVIMENTACIONES MORALES SL-SUCURSAL EN COLOMBIA, ERCAPI ADVISOR S.A.S. y VIURBA INGENIERIA S.A.S. Así mismo, indicó que el representante legal de PROTECO INGENIERIA S.A.S. es el señor DIEGO FERNANDO GIL MURCIA, quien tiene su domicilio en el municipio de Tutul - Valle del Cauca. Seguidamente explicó que la representante legal suplente es la señora LOURDES MARIA SALCEDO JIMÉNEZ, quien se encuentra en licencia de maternidad. En ese sentido, explicó que no hay otra persona que pueda atender la visita.

El señor EDER ZABALETA ROJAS manifestó que anteriormente la oficina de PROTECO INGENIERIA S.A.S. y de PAVIMENTACIONES MORALES SL-SUCURSAL EN COLOMBIA estaba ubicada en la carrera 7 B NO. 126-74.

Siendo las 10:04 a.m., se realizó inspección visual en la oficina 605 del Edificio King David, en la cual se constató que está en obras locales.

Posteriormente, siendo las 10:10 a.m. se realizó inspección visual en la oficina 401 en la cual se constató que se encuentra solamente el señor EDER ZABALETA ROJAS, representante legal de PAVIMENTACIONES MORALES SL-SUCURSAL EN COLOMBIA.

Para el recaudo de los documentos electrónicos encontrados (videos y fotografías, recolectados en la visita administrativa), se cumplió con el procedimiento forense que garantiza la originalidad, autenticidad e inalterabilidad de la información, así como el enlace de cadena de custodia. Para lograr esto se hizo una copia forense usando el software FTK Imager, licenciado para uso de la Superintendencia de Industria y Comercio. Este software ejecuta la función HASH, la cual genera la huella digital de la información recolectada usando los algoritmos MD5 y SHA1. El "HASH" indica la prueba de integridad del documento electrónico con relación al original de donde fue copiado, la relación de la información recolectada con fechas y horas y el dispositivo exacto de donde fue extraída.

La rotación de las imágenes forenses de la documentación solicitada y sus correspondientes huellas HASH son las siguientes:

EVIDENCIA INSPECCIÓN OCULAR ANTIGUA OFICINA PROTECO INGENIERIA SAS 605 Y NUEVA OFICINA 401

Fuente: Folios 228 a 231 del cuaderno público No. 2 del Expediente (recuadro rojo fuera de texto original).

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Nótese que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), a pesar de ser informado que la visita administrativa estaba dirigida a obtener información de una empresa con la que, en principio, no tenía ningún tipo de vínculo laboral o contractual, no tuvo inconveniente en atenderla, informando además respecto a la identificación y ubicación de los representantes legales de **PROTECO**.

Pero más llamativo aún es que ese mismo día, miembros de la Delegatura se encontraban adelantando una visita administrativa en las instalaciones de **DVG**, empresa de la cual **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) no solo era representante legal suplente, sino accionista. Sin embargo, y como consta en el Acta de dicha visita, al momento de ser solicitada su presencia, de manera telefónica **EDER ZABALETA ROJAS** manifestó que se encontraba atendiendo una diligencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en las instalaciones de otra compañía, que como ya quedó dicho se trataba de **PROTECO**, como puede verse a continuación:

Imagen No. 3. Acta de visita administrativa a DVG el 30 de octubre de 2018

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

VISITA ADMINISTRATIVA
DVG INGENIERIA S.A.S.

Radicado: 17-401804

En Bogotá, a los 30 días del mes de octubre de 2018 a las 9:49 am, el Despacho conformado por **LINA PAOLA CORREDOR TALERD** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.427.906, **JUAN PABLO BLANDON SALAZAR** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.004.896.058, **NOHEMI RODRÍGUEZ POMBO** identificada con la cédula de ciudadanía No. 32.782.085 y **DIEGO ALBERTO CASTIBLANCO BARBOSA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.076.118, actuando por comisión del Coordinador del Grupo de Trabajo Élite contra Colusiones, conforme oficio radicado 17-401804-13 del 29 de octubre de 2018, se trasladó a las instalaciones de **DVG INGENIERIA S.A.S.** (en adelante **DVG**) ubicada en la Carrera 58 No. 45- 28 Barrio la Esmeralda.

A las 9:49 am el Despacho fue recibido por **CARLOS ARRIETA**, quien se comunicó con **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.533.909 de Bogotá D.C. A las 9:50 am, **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** permitió el acceso a las instalaciones de **DVG**, quien se identificó como asistente administrativa de **DVG**.

A las 9:52 am, **EDER ZABALETA** se comunicó con el Despacho por vía telefónica e informó que se encontraba en la otra empresa llamada **PAVIMENTACIONES MORALES**, la cual se encuentra ubicada en la Carrera 47 A No. 95-56 en la ciudad de Bogotá, donde estaba atendiendo una diligencia de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. En consideración a dicha situación, **EDER ZABALETA ROJAS** señaló que **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** atendería la visita en las instalaciones de **DVG** mientras él se hacía presente.

Fuente: Folio 22 del cuaderno público No. 1 del Expediente (recuadro rojo fuera de texto original).

Para este Despacho no existe una explicación razonable, distinta a la existencia de una relación estrecha entre **PROTECO** y **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), que dé cuenta del por qué este último desatendió sus deberes como administrador de **DVG**, de hacer presencia inmediata en el marco de una visita administrativa a la empresa de la cual fungía como accionista y representante legal suplente, argumentando estar atendiendo una diligencia dirigida contra una empresa con la cual, por el contrario, no tenía vínculo laboral aparentemente.

Adicionalmente, se encontraron pruebas de otras circunstancias que darían cuenta de la existencia de dicha relación entre **PROTECO** y **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), a pesar de que este último se desempeñaba como administrador y accionista de **DVG**. Al respecto, obran en el Expediente algunos medios de prueba que mostrarían que **EDER ZABALETA ROJAS** contaba con información relacionada con **PROTECO**, incluyendo estados financieros de dicha compañía. Incluso, contaba con acceso a correos electrónicos de propiedad de **PROTECO**.

Por ejemplo, el 10 de octubre de 2016, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), mediante correo electrónico enviado a **DVG**, comunicó una dirección de correo electrónico de **PROTECO** y, más llamativo aún, su clave de acceso. Igualmente, en los archivos

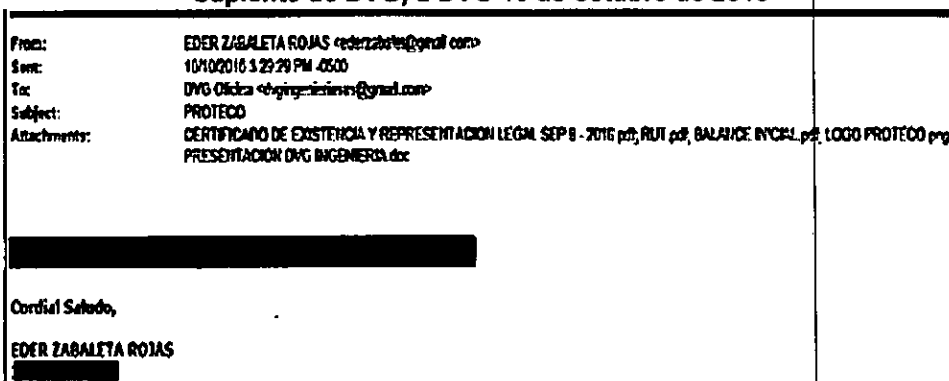
RESOLUCIÓN (20173323) DE 2020

HOJA Nº 30

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

adjuntos remitió un número de documentos, entre los cuales se encontraba el balance inicial de PROTECO con corte a septiembre de 2016, el cual tiene carácter de reservado.

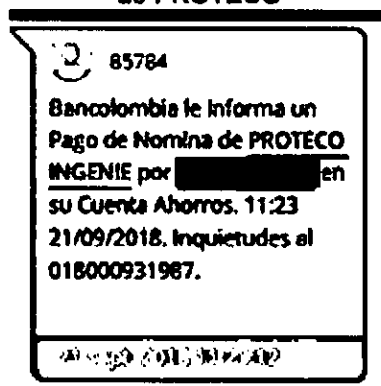
Imagen No. 4. Correo electrónico EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) a DVG 10 de octubre de 2016



Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 02-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-WEBEDER_VELASCO\DATOS\dvgingenierias@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\MPM_SUBTREE/Bandeja de entrada\PROTECO.

Adicionalmente, se encontró en el Expediente prueba de consignaciones que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) recibía por parte de PROTECO. Lo anterior se puede observar, por ejemplo, en el mensaje de texto del 21 de septiembre de 2018 en el que se informa el "Pago de Nómina" de PROTECO en favor de EDER ZABALETA ROJAS a su cuenta de ahorros, como se ve a continuación.

Imagen No. 5. Mensaje de Texto enviado al teléfono celular de EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) informando un pago a su favor por parte de PROTECO



Fuente: Folios 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. \\App2505\Kvupload\2017-401804_PN_VS_INVÍAS_6cb1393b-d780-4cc4-9b74-51cb4a7c1729\05-CEL_EDERVELASCO_7a3cc105-6a15-4e88-8cd1-c2f34c5824c8.ufr.

En sus observaciones al Informe Motivado, y a lo largo de la actuación administrativa, los investigados han argumentado que dicho pago, a pesar de que fue registrado como pago de "nómina", en realidad correspondía a alguna labor específica elaborada por EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), quien en ningún momento estuvo vinculado laboralmente a PROTECO.

Sin embargo, lo que este Despacho encuentra es que dichos pagos, independientemente de su concepto y analizados de manera conjunta con los demás elementos de prueba, dan cuenta es de la estrecha relación que existía entre PROTECO y EDER ZABALETA ROJAS (accionista y

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

representante legal suplente de DVG), a pesar de que este último era accionista y administrador de una empresa competidora en el mercado.

De esta forma, está probada la relación entre PROTECO y DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, pues este último fue su accionista fundador y controlante. Pero además, quedó probada la existencia de una estrecha relación entre PROTECO y el accionista y representante legal suplente de DVG, EDER ZABALETA ROJAS, situación que si bien en principio no debería ser reprochada, como se verá a lo largo del presente acto administrativo, fue fundamental para la materialización de la coordinación existente entre los investigados en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participaban.

7.4.3. Del control competitivo ejercido por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) sobre PROTECO y DVG

Ahora bien, este Despacho encuentra probado que, como fue sostenido desde la Resolución de Apertura de Investigación, además de existir una estrecha relación entre los gentes de mercado investigados, existió un control desde el punto de vista competitivo por parte de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) sobre PROTECO y DVG para la época de los hechos. Lo anterior será desarrollado en el presente capítulo, no sin antes, para mayor claridad, describir la noción de control competitivo dispuesta por el régimen de la libre competencia económica en Colombia y que ha sido desarrollada por esta Superintendencia en diferentes oportunidades⁷¹.

De esta forma, se recuerda que el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define el control competitivo en los siguientes términos:

"Artículo 45. Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

(...)

4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

(...)" (Subraya fuera de texto original).

Tal y como se ha expuesto en varias oportunidades por esta Superintendencia⁷², y de conformidad con la norma anteriormente citada, el control competitivo hace referencia a la posibilidad de influir en las decisiones de otro agente económico, que estén relacionadas con la forma en que este último se comporta en el mercado. Ejemplos de lo anterior incluyen, pero no se limitan a, las decisiones que versen sobre: (i) la política empresarial; (ii) la iniciación o terminación de la actividad empresarial; (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa en cuestión; o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Así, la posibilidad de influenciar las anteriores decisiones, entre otras, permite que un agente de mercado pueda controlar el desempeño competitivo de otro. Por este motivo, este Despacho ha reconocido que el elemento esencial de la definición de control es que un agente de mercado tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otro⁷³.

⁷¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 19890 del 24 de abril de 2017, 12156 del 7 de mayo de 2019, 54338 del 15 de octubre de 2019, entre otras.

⁷² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

⁷³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 32

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Ahora bien, lo anterior debe analizarse caso a caso, y dicho análisis debe estar enfocado a la determinación de la relación real entre la empresa controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellos.

De igual forma, la posibilidad de influenciar debe analizarse dependiendo del tipo de mercado en el que compitan las empresas sobre las cuales recaiga el estudio. Así, por ejemplo, en caso de tratarse de procesos de contratación pública, la determinación por parte de un agente o cualquier sujeto sobre las decisiones relativas a la participación en el proceso -es decir, de la entrada o no al mercado-, relacionadas con la presentación de la oferta o la precisión de la estrategia a seguir para competir por la adjudicación y en general, sobre las actuaciones a realizar en el marco del proceso, son a todas luces parte de la influencia en el comportamiento competitivo de la empresa y por tanto, darían cuenta de la existencia de control.

Por otra parte, y de acuerdo a la ley, no es necesario que esta Superintendencia demuestre que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se haya materializado en el pasado, ni que se materializará en un futuro próximo. Por el contrario, la sola posibilidad de influenciar, conforme al numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es suficiente para que exista control competitivo, de acuerdo a las normas del derecho de la competencia en Colombia.

Con base en lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio ha desarrollado el alcance del concepto de control competitivo en diferentes oportunidades, concluyendo que se adquiere control sobre una empresa "cuando se obtiene la posibilidad de ejercer una 'influencia material' sobre su desempeño competitivo, es decir, una influencia que pueda afectar o modificar la manera en que la empresa compite en el mercado"⁷⁴.

Asimismo, y como complemento de lo anterior, este Despacho ha señalado con anterioridad que la capacidad de "afectar o modificar la manera en que una empresa compite en el mercado" hace referencia a la "la posibilidad de influenciar la manera en que determina sus precios, su oferta y demanda, su presencia geográfica, sus niveles de calidad, sus inversiones, sus transacciones ordinarias, su endeudamiento, y cualquier otra variable relevante que afecte la forma en que se desenvuelve en el mercado"⁷⁵.

De esta forma, debe tenerse en cuenta que, en el marco del régimen vigente de protección de la libre competencia económica en Colombia, el concepto de control competitivo debe entenderse, en términos generales, como la posibilidad de influir en las decisiones de una empresa, que se encuentren relacionadas con la forma en que ésta se comporta en el mercado. En ese sentido, el análisis de control debe tener un enfoque que permita determinar la relación real entre controlante y controlada, con independencia del vínculo jurídico o económico que exista entre ellos⁷⁶.

Lo anterior, adicionalmente, se encuentra en línea con las posturas internacionales en la materia. Así, el Reglamento del Consejo (CE) de la Unión Europea No. 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento Comunitario de Concentraciones"), establece en su artículo 3 (2) lo siguiente:

"El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa"⁷⁷ (Subraya fuera de texto original).

⁷⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 32184 del 19 de mayo de 2014.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe Motivado proferido en la investigación tramitada en el expediente No. 11-137432.

⁷⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=ES>

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Ahora bien, este Despacho considera pertinente delimitar la diferencia y la relación existente entre la definición de control en el derecho societario colombiano y en el régimen de libre competencia nacional. Lo anterior dado que, como se ha manifestado en diferentes oportunidades⁷⁸, si bien dichos conceptos en ocasiones pueden coincidir, en realidad son independientes entre sí.

Así, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, contiene la definición de control propia del derecho de sociedades. Según este artículo, para que se configure una situación de control societario, es necesario que el poder de decisión de una sociedad se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual la sociedad controlada se llamará filial, o por intermedio de otras sociedades controladas por la matriz, cuyo caso la sociedad controlada se llamará subsidiaria.

De igual forma, el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, estableció tres (3) escenarios en donde se presume la existencia de control o subordinación societarios.

Ahora bien, este Despacho advierte que la definición de control en el marco del derecho de la competencia en Colombia es independiente de la definición de control societario descrito anteriormente, a tal punto que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 trae una definición propia, aplicable al régimen de protección de la competencia.

En este sentido, el concepto de control en el derecho de la competencia no se equipara con la propiedad de una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, ni con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de una empresa, ni con aparecer vinculados formalmente. Por el contrario, el control en el derecho de la competencia se verifica, según la ley colombiana, cuando una persona natural o jurídica tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.

Por lo anterior, la existencia de control desde el punto de vista del derecho de la competencia no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho de sociedades. Esto bajo el entendido que una empresa puede no tener el control societario de otra, en los términos mencionados de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, más sin embargo tener la posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, obteniendo así control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

Por este motivo, se reitera lo ya manifestado en anteriores ocasiones por parte de esta Superintendencia⁷⁹, respecto a que el control societario es, en la mayoría de los casos, suficiente para concluir la existencia de control competitivo sobre una empresa. Sin embargo, considerando las diferencias conceptuales y legales existentes entre el régimen societario y el de competencia en Colombia, este Despacho reitera que pueden presentarse situaciones en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio verifique la existencia de control competitivo, sin que tal situación haya sido declarada previamente por las empresas involucradas, ni por la Superintendencia de Sociedades⁸⁰.

Finalmente, es también importante mencionar que la existencia de control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, no siempre genera los efectos propios de la subordinación en el derecho societario, como la inscripción de tal situación en el registro mercantil, consolidación de estados financieros, responsabilidad de la matriz en ciertas obligaciones de sus subordinadas, entre otros⁸¹.

⁷⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 30418 de 2014, 5545 de 2014, 32184 de 2014 y 30853 de 2015.

⁷⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.

⁸⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

⁸¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 378982 del 24 de junio de 2014.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 34

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En conclusión, el control en el derecho de la competencia se verificará, según la ley, en los casos en que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos en que, bajo las normas del derecho societario, se configura una situación de control.

Visto lo anterior, este Despacho pasará a presentar los elementos probatorios que reposan en el Expediente y permiten concluir, contrario a lo afirmado por los investigados, que para la época de los hechos sí existía un control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre **PROTECO** y **DVG**.

Así las cosas, con relación a **PROTECO**, dos situaciones evidencian el control competitivo que existía en cabeza de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**). El primero, que esté último era el accionista único de la sociedad, titular del 100% de las acciones que conformaban el capital social de dicha empresa y que le otorgaban los derechos de voto correspondientes para la toma de decisiones dentro de la compañía. Como se mencionó anteriormente, la titularidad de la totalidad de las acciones que componen el capital social de una persona jurídica permite presumir el control en términos societarios⁸², lo que normalmente resulta suficiente para establecer la existencia igualmente de un control competitivo. No obstante, se presenta un segundo elemento, según el cual, como fue manifestado por algunos de los declarantes en el marco de la presente actuación administrativa, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** tomaba todas las decisiones relacionadas con el desempeño competitivo de **DVG** en el mercado, incluyendo la búsqueda de procesos de selección a presentarse, armar las ofertas económicas, decidir el valor de las mismas, etc. Al respecto, se presenta lo manifestado por **LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ** (Suplente del Gerente de **PROTECO** para la época de los hechos) el 6 de diciembre de 2019 ante esta Entidad en representación de **PROTECO**:

"Delegatura: ¿Se dedica **PROTECO** a contratar con entidades públicas?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Sí.

Delegatura: ¿Desde qué año está **PROTECO** en eso?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: **PROTECO** tiene existencia desde el año 2016.

Delegatura: ¿Y desde ese año se dedica a contratar con entidades públicas?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Correcto.

Delegatura: ¿Y quiénes son los competidores habituales de **PROTECO** en esos procesos de selección ante entidades públicas?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Bueno, la verdad yo no podría darle mayor información respecto a eso, porque en cuanto al tema de las licitaciones el encargado es el Ingeniero Daniel Velasco, entonces como tal en temas de la competencia directa no, no tengo.

Delegatura: O sea, usted hoy viene hablando en nombre de **PROTECO** ¿O sea, **PROTECO** no sabe quiénes son sus competidores directos?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Es que no le puedo decir porque yo no soy la encargada de las licitaciones como tal.

(...)

Delegatura: ¿Entonces qué capacidad decisoria tiene usted en los temas de licitaciones públicas en los que se presenta **PROTECO**?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Yo no soy la persona que toma las decisiones en cuanto las licitaciones, sino el socio, que es el Ingeniero Daniel Velasco.

⁸² Código de Comercio. Artículo 261.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Delegatura: Bueno, y entonces ¿cuáles son las funciones de Daniel Velasco en PROTECO? Por favor detállemelas numeraditas.

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Bueno, el Ingeniero Daniel es la persona que se encarga de buscar los procesos licitatorios, arma las licitaciones, bueno todo lo que tiene que ver, las propuestas económicas en cuanto a las licitaciones. Y además es la persona encargada del área operativa para la ejecución de los contratos.

Delegatura: ¿Cómo así el área operativa?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: El área operativa es la que se encarga como tal de la ejecución de las obras ya una vez que han sido asignadas por las entidades⁸³.

Como puede evidenciarse, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) no solo fungía como accionista único de **PROTECO**, sino que era la persona encargada de decidir respecto a la forma de participación de dicha empresa en los diferentes procesos de selección. Teniendo en cuenta que esta era la actividad principal de la compañía, no hay dudas que existía un control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **PROTECO**.

Ahora bien, respecto a **DVG**, este Despacho concuerda con la Delegatura en relación a la existencia de múltiples elementos de prueba que dan cuenta de que esta empresa igualmente se encontraba bajo el control competitivo de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**). En especial, y como se desarrollará a continuación, existen pruebas de que este último (i) decidía respecto de los procesos de selección a los que **DVG** se presentaría; (ii) tenía poder disciplinario sobre los empleados de **DVG**; (iii) disponía unilateralmente de los recursos de la compañía; y (iv) conservaba una oficina permanente en dicha empresa.

- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** decidía respecto de los procesos de selección a los que **DVG** se presentaría y la estrategia a seguir

Se encontraron diferentes elementos de prueba que dan cuenta de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, a pesar de no tener ninguna relación con **DVG** y haber cedido la totalidad de sus acciones en dicha compañía, decidía respecto de los procesos de selección a los que esta empresa se presentaría, la estrategia a seguir y la forma como se comportaría. Esta situación es una clara evidencia de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** influenciaba el desempeño competitivo de **DVG** en el mercado, elemento principal para establecer la existencia de control a la luz del régimen de libre competencia en Colombia.

Así las cosas, se encontró un correo electrónico en el cual **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) daba instrucciones precisamente a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) con relación al proceso de selección No. LP-DO-SMF-027-2018, haciendo énfasis en que **DVG** se presentaría como parte de la estrategia pensada para obtener la adjudicación del contrato. Dicho correo se presenta a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

⁸³ Folio 674 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 4:00.

RESOLUCIÓN (**173323**) DE 2020

HOJA N° 36

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 6. Correo electrónico DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) con relación al proceso de selección No. LP-DO-SMF-027-2018



miércoles 15/06/2018 12:53 a. m.

DANIEL VELASCO GONZALEZ <danielvego@gmail.com>

PILAS PUES

Para EDER ZABALETA ROJAS

Seguimiento.

TENEMOS HASTA LAS 9 AM

PRESUPUESTO OFICIAL \$ 862.630.212

VAMOS CON TRES PROPUESTAS

**DVG INGENIERIA SAS
CONSORCIO FLUVIAL
CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS**

ESTIMAMOS QUE POR LA COMPLEJIDAD DE LA EXPERIENCIA SE PRESENTEN:

1. CAS
2. PILCO
3. JULIANA CON OTRO
4. PUENTES
5. MEZA
6. HQ INGENIERIA
7. DVG INGENIERIA SAS
8. CONSORCIO FLUVIAL
9. CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS

URGENTE POR FAVOR

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:
C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost/[root]/Relz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Destacados\PILAS PUES
(recuadros rojos fuera de texto original).

Del anterior medio de prueba debe resaltarse, por un lado, la existencia de expresiones que denotan una clara orden por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**). Así, el asunto del correo electrónico era "*pilas pues*" y finaliza el mismo con la frase "*Urgente Por Favor*". Lo anterior da cuenta de que el correo electrónico en cuestión no se trataba de una sugerencia o propuesta, sino de una clara instrucción al representante legal suplente y accionista de una empresa competidora, lo cual indica la influencia que ostentaba **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **DVG** aún después de haber cedido la totalidad de sus acciones en la misma.

Igualmente, el cuerpo del correo electrónico no deja lugar a dudas que se trató de un lineamiento dado por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) de la forma como se presentaría **DVG** en el proceso de selección en cuestión, de manera coordinada con otros proponentes. Así, la afirmación "*Vamos con tres propuestas*" no se puede entender de ninguna otra forma distinta a que ya se había tomado la decisión de que **DVG** presentaría propuesta económica en el proceso de licitación pública, y que dicha decisión había sido tomada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), quien se encontraba simplemente notificando a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**).

Como se dijo anteriormente, el control sobre una empresa, desde el punto de vista del derecho de la competencia, se establece de acuerdo a la capacidad de influencia que se tiene sobre el desempeño competitivo en el mercado de la misma. De igual forma, se afirmó que la posibilidad de influenciar dicho comportamiento competitivo debe analizarse dependiendo del tipo de mercado en el que compitan las empresas involucradas, y que, puntualmente, en casos de procesos de contratación pública, dicha influencia puede medirse, entre otros, con la capacidad de decidir sobre la participación o no en los respectivos procesos de selección. En este orden de ideas, el hecho que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) decidiera, como quedó probado, respecto a

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

los procesos de selección en los que participaría DVG, pone en evidencia su capacidad de influenciar el comportamiento de dicha empresa en el mercado, manteniendo un control competitivo sobre la misma.

Otro elemento de prueba que da cuenta de la capacidad de influencia que seguía manteniendo DANIEL VELASCO GONZALEZ sobre DVG, aún después de su salida como accionista de dicha compañía, es un correo electrónico del 8 de agosto de 2017, en el que HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (Coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) informaba a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ respecto a los procesos de selección que serían convocados por el INVÍAS, para que decidiera a cuál presentarse.

Imagen No. 7. Correo electrónico de HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (Coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) el 8 de agosto de 2017



martes 08/08/2017 2:45 p. m.

DVG INGENIERÍA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>

PROCESOS PENDIENTES DE APERTURA

Para DANIEL VELASCO GONZALEZ



Mensaje



PROCESOS PENDIENTES.xlsx (40 KB)

Adjunto relación de Licitaciones pendientes de apertura

ANTONIO ZABALETA
Coordinador de Licitaciones

DVG INGENIERÍA S.A.S.

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEBEDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Rafz - Buzón\IPM_SUBTREE[Gmail]/Enviados/PROCESOS PENDIENTES DE APERTURA.

Como puede evidenciarse, el correo era enviado por un empleado de DVG a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) informando sobre las "Licitaciones pendientes de apertura", con el claro propósito de que este último tomara la decisión sobre cuáles serían una buena opción para presentar oferta. De hecho, a continuación se presenta una imagen del archivo adjunto a este correo electrónico, en el cual se detallaba cada uno de los procesos que podrían ser de interés del controlante de las empresas investigadas.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

en conocimiento de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** información sobre procesos futuros de las diferentes entidades, lo hacían con el propósito de que éste decidiera sobre la viabilidad o no de presentar ofertas económicas. Hecho este que denota claramente la existencia de una influencia, y por tanto un control sobre el comportamiento competitivo de la compañía en los términos del régimen de libre competencia.

Incluso, en las declaraciones rendidas por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) el 30 de octubre de 2018, este último manifestó que consultaba directamente con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** los valores de las propuestas económicas que presentaría en los procesos de selección. Situación que ratifica el hecho de que este último mantenía una fuerte influencia sobre la participación de **DVG** en el mercado y las variables que podían afectar su comportamiento en el mismo. A continuación se transcribe lo afirmado por **EDER ZABALETA ROJAS** ante miembros de la Delegatura:

"Delegatura: Cuando usted tiene dudas, en precios de ítems, o en el valor específico en propuesta económica para participar, teniendo en cuenta la experiencia de [**DANIEL VELASCO GONZÁLES**] y la cercanía que hay con **DVG** ¿Usted directamente consulta con él ese tipo de cosas?

EDER ZABALETA ROJAS: Claro que sí. Claro. Absolutamente. Eso es, digamos dentro del marco de la confianza, es decirle hombre yo, él puede...yo le puedo preguntar incluso a él 'venga, tú te vas a presentar' me dijo 'Sí, yo no sé, déjame mirarlo' yo le digo 'no, yo todavía no lo he definido porque los precios no me están dando'. Eso sí....

Delegatura: O sea ¿usted sabe cuándo se va a presentar [**DANIEL VELASCO GONZÁLES**]?

EDER ZABALETA ROJAS: Sí. Claro, porque yo tengo que preguntarle. O sea, tengo que preguntarle en el sentido es que 'ven, hay este proceso ¿cumplimos? ¿tú cumples sólo?' me dice sí. O yo estoy cumpliendo sólo, o ninguno de los dos está cumpliendo, unámonos porque aquí no estamos cumpliendo, pero vamos"⁸⁵.

Dichas declaraciones del accionista y representante legal suplente de **DVG**, dan cuenta de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) era consultado constantemente, y tenía una gran influencia sobre la decisión de a qué procesos se presentaría dicha compañía, cuál estrategia seguiría dentro del proceso, si se presentaría de manera independiente o en conjunto con otros proponentes a través de figuras como el consorcio o la unión temporal y, finalmente, sobre el valor de la oferta a presentar.

Vale la pena mencionar que los investigados han buscado justificar esta situación por la relación de confianza existente entre los proponentes. No obstante, debe dejarse claro que independientemente del contexto en el que dicha influencia exista, lo cierto es que a la luz del régimen de la libre competencia, el simple hecho que las decisiones competitivas de una persona puedan ser influenciadas por otra, determina la existencia de un control competitivo. Incluso, como ya fue reiterado al inicio de este capítulo, no es necesario que esa influencia se materialice en todas las circunstancias. Por esta razón, incluso si en algunos procesos de selección **DVG** no consultó a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre los precios o la forma de participación, de ninguna manera se desmentiría la existencia de un control por parte de este último. Esto toda vez que, como ha quedado ampliamente probado hasta este punto, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sí tenía la capacidad de influenciar en cualquier momento el comportamiento competitivo de **DVG** dentro del mercado, al tener la capacidad de determinar a qué procesos de selección se presentaría y la forma de hacerlo.

- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ tenía poder disciplinario sobre los empleados de DVG**

Se encontraron diferentes medios de prueba que dan cuenta de que, con posterioridad a la cesión de sus acciones en **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** seguía manteniendo poder disciplinario sobre

⁸⁵ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELACO/GRABACION/181030_1335-mp3. Min.27:20

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 40

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

los empleados de esta compañía. Esta situación refuerza la conclusión de la existencia de una gran influencia en el comportamiento de la empresa.

Como prueba de lo anterior, se presentó una comunicación a través de correo electrónico, que tuvo lugar el 12 de marzo de 2018, en la que **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) dio respuesta a una solicitud realizada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** consistente en la elaboración de un memorando interno para hacer un llamado de atención al personal administrativo de DVG por incumplimiento del horario laboral. A continuación se presenta el correo electrónico mencionado y el documento adjunto al mismo:

Imagen No. 9. Correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)



lunes 12/03/2018 8:55 a. m.
Maryoli Sanchez <marlosaga2@hotmail.com>
MEMORANDO PERSONAL

Para: ING EDER ZABALETA ROJAS; Daniel Velasco

Mensaje: 001 Horario de Entrada.docx (922 KB)

Ing. Daniel y Eder, buenos días

De acuerdo a solicitud del Ing. Daniel Velasco, adjunto remito borrador de memorando para el personal administrativo por incumplimiento en el horario de trabajo.

Quedo atenta a sus observaciones y cambios para pasarlo al personal.

Maryoli

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS C:\Users\jcincuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\[root]\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\[Imap]\MEMORANDO PERSONAL

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 10. Documento adjunto al correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)



Bogotá D.C., 12 de marzo de 2018

MEMORANDO ADMINISTRATIVO No. 1

PARA : PERSONAL ADMINISTRATIVO
DE : EDER ZABALETA ROJAS - Representante Legal
ASUNTO : LLAMADO DE ATENCION

Me dirijo a ustedes con el fin de efectuar un recordatorio en el cumplimiento del horario de trabajo de acuerdo a lo establecido con las directrices de la empresa, el cual es:

Entrada: 08:00 a.m.

Salida: 6 p.m.

Hora de Almuerzo: Una (1) hora entre 12 a y 2 p.m.

El acatamiento de dicha disposición constituye un deber de todo del personal que labora para la empresa, es una obligación fundamental e inexcusable del trabajador de cumplir el horario de trabajo, en caso de incumplimiento del mismo, se aplicarán las sanciones previstas en el Código sustantivo de trabajo.

Cabe destacar que el suscrito, con vista a sus atribuciones legales y administrativas, notifica una vez más a cada uno, la responsabilidad que tienen en velar por el cabal y efectivo cumplimiento del horario de trabajo y su puntualidad.

Agradeciendo el cumplimiento inmediato de esta disposición.

Atentamente,

EDER ZABALETA ROJAS
Representante Legal

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[imap]/MEMORANDO PERSONAL

Puede observarse que el documento presentado como un llamado de atención a cumplir una obligación de "todo el personal que labora en la empresa", y no solamente de los empleados vinculados a las obras de las cuales **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** fungía como Director de Obra, como erróneamente lo han manifestado los investigados. Esta situación deja en evidencia que este último tenía una fuerte influencia en el manejo administrativo de la compañía de la cual no era accionista ni administrador desde un tiempo atrás, pues nótese que dicha instrucción fue dada en el 2018, es decir, 2 años después a la cesión de las acciones de DVG en favor de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG).

Lo anterior, analizado en conjunto con los demás elementos de prueba que fueron presentados anteriormente sobre la capacidad que seguía manteniendo **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre la participación de DVG en los procesos de selección, deja aún menos dudas de que esta última seguía respondiendo a un control competitivo por parte del primero.

Un segundo elemento de prueba que fue resaltado en la presente actuación administrativa hace referencia a un correo electrónico del 13 de marzo de 2018 en el cual **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de DVG) solicitó a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) y a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) permiso para ausentarse de su trabajo. A continuación se presenta el mencionado correo:

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 42

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 11. Correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaría administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitando autorización



miércoles 13/05/2018 3:42 p.m.
Maryoli Sanchez <marlosaga2@hotmail.com>
SOLICITUD DE PERMISO

Para: ING EDER ZABALETA SOJAS; Daniel Velasco

Ing Daniel y Eder, buenas tardes

Atentamente me permito solicitar para el día de mañana un permiso para presentarme en la oficina sobre los 10:30 am; lo anterior debido que tengo citación el día de mañana en el colegio de mi hijo menor [REDACTED] de 6:30 a 9:30 a.m.

Quedo atenta a su respuesta.

Maryoli Sanchez

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\jc.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Imap]/SOLICITUD DE PERMISO

Nótese que, 2 años después de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) dejara de ser accionista de **DVG**, los empleados de esta compañía seguían informándole y solicitándole autorizaciones para ausentarse temporalmente de su puesto de trabajo. Esta situación, analizada en conjunto con los demás elementos de prueba, de nuevo reitera la fuerte influencia que existía por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **DVG**.

- DANIEL VELASCO GONZÁLEZ disponía unilateralmente de los recursos de DVG

Una de las situaciones que más llamó la atención de esta Superintendencia y que da cuenta del control ejercido por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **DVG**, fue que este, a pesar de no ser accionista ni administrador de la mencionada empresa, disponía unilateralmente de sus recursos y realizaba gastos de carácter personal con el dinero de la compañía. Esta capacidad de influenciar y decidir sobre la forma como se disponen los recursos sociales, indiscutiblemente tuvo implicaciones en la forma como **DVG** se comportaba en el mercado.

Como prueba de lo anterior, en primer lugar se encuentra la declaración rendida ante esta Entidad por **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos) el 30 de octubre de 2018, en la cual manifestó que en el marco de un ejercicio de auditoría realizado a **DVG**, evidenció ciertas irregularidades respecto a la legalización de gastos que esta empresa hacía en favor de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**. En palabras de la declarante:

"Delegatura: Doctora a mí si me gustaría que, digamos, dentro de la revisión que usted ha hecho, correspondiente al año 2018, con el tema de las legalizaciones pues nos diera como un ejemplo puntual de los gastos que a usted de pronto no le han parecido dentro de la legalización normal.

MARISOL CORTÉS ROZO: ¿De [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]? ¿O en general?

Delegatura: De [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]...en general, o sea algo que usted diga esto no...

MARISOL CORTÉS ROZO: En general, lo que se está diciendo ahorita. Mercados. Mercados grandes dónde, digamos, a mí, pues, por lógica digo por más buena que sea la empresa no me va a dar para pagar desodorantes, shampoos, bueno...una cantidad de cosas que yo digo 'No'. Me dan mi comida, puede que sí, me den mi comida acá, pero ya mis cosas personales no me van a decir 'sí claro, llévate...' y pues obviamente uno mira los valores y dice 'No, no me digas eso, no me digas eso, que tú les vas realmente a dar un shampoo de treinta mil pesos' porque eso no cabe dentro de la lógica. Entonces por ejemplo eso. Ese es ese tema de la lista, yo le llamo la lista del mercado, porque de verdad es una lista de mercado. Entonces

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 12. Informe de auditoría financiera DVG en febrero de 2018 por parte de MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos)

INFORME AUDITORIA FINANCIERA DVG INGENIERIA S.A.S

HALLAZGOS CUENTAS VARIAS POR CONCEPTO DE LEGALIZACIONES

1. Se efectúan legalizaciones de salidas de dinero con gastos personales de los directivos de la Empresa y que no tienen nada que ver con el objeto social de la misma. Ejemplo de ellos son las tirillas de mercado, pago de predial, ropa y restaurantes entre otros.
2. Muchas legalizaciones corresponden a salidas de dinero que en su momento no tenían soporte y/o nombre del beneficiario (puede no ser el destinatario final si no el que retiró el dinero y lo distribuyó en varios conceptos). Es decir solo cambian de tercero.
3. Existe legalización de anticipo por compra de dotación; no existe evidencia en el folder de personal la evidencia de dicha entrega; es decir se afecta la parte laboral al no dejar registro del cumplimiento de la norma.
4. Existen legalizaciones con factura de compra de licor; estos gastos ante la DIAN no son reconocidos como gasto. No tiene relación con el objeto de la Empresa.
5. Se efectúan legalizaciones, distribuyendo el valor de la salida de dinero a préstamos a empleados, anticipos a terceros, entre otros y no queda firma de ese tercero final beneficiario del dinero, para dado el caso descontar de una liquidación en personal de nómina o en factura de proveedores.
6. Faltan consecutivos; se pierde el control de los registros.
7. Se legalizan salidas de dinero con facturas a nombre de Proteco Ingeniería SAS. Llevando al gasto mantenimientos de vehículos que no existen en los activos de DVG Ingeniería SAS.
8. Se legalizan salidas de dinero que en su momento no le efectuaron comprobante de egreso; es decir esto no es legalización.
9. Se legalizan salidas de dinero a nombre de un empleado de la Empresa, registrando reembolsos de caja menor con préstamos de cantidades relevantes a otros empleados, convirtiendo la caja menor en una cuenta sin cuantía determinada y de varios propósitos.
10. No existen visados de elaboración, revisión y registro de las legalizaciones.

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. CD IND Y CIO/AUDITORIA DVG2017/Informe de Auditoría Independiente 2018.P3

De igual forma, se encontró en el Expediente el documento "Auditoría Contabilidad", elaborado por MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos), en el que esta última reitera sus preocupaciones respecto a gastos presentados por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) para legalizar, pero que hacían referencia a conceptos que en nada se relacionaban con el desarrollo económico de la compañía, sino a gastos personales como mercados, bebidas alcohólicas y prendas femeninas:

Imagen No. 13. Documento "Auditoría Contabilidad" realizado por MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos)

				LEGALIZA \$742.143 EN COMRA DE MERCADO PERSONAL, COMPRA BEBIDAS ALCOHOLICAS \$ 117.330 Y \$245.412, \$959.521 COMPRA DE PRENDAS FEMENIAS \$ 296.630 Y ESTA A NOMBRE DE SANDRA CORTES BOLIVAR	
16	JUNIO	372	DANIEL VELASCO	14.575.067	
17					
					SE OBSERVA QUE NORMALMENTE SE LEGALIZA CON GASTOS PERSONALES. ES IMPORTANTE QUE LA PERSONA QUE TIENE EL CARÁCTER DE ACCIONISTA MANEJE UN SALARIO QUE CUBRA SUS GASTOS MENSUALES Y NO REGISTRAR GASTOS QUE NADA TIENEN QUE VER CON EL NEGOCIO
18	JUNIO	373	DANIEL VELASCO	2.052.369	576.661

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. : ICD IND Y CIO. AUDITORIA DVG2017. Archivo AUDITORIA CONTABILIDAD (1) Hoja en Excel denominada "legalizaciones".

Precisamente, en la visita administrativa adelantada por miembros de la Delegatura a las instalaciones de DVG, el 30 de octubre de 2018, se encontraron una serie de documentos, archivados en carpetas

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**0273323**) DE 2020

HOJA N° 43

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

digo, no debería ser prudente. Eh...digamos que están los muchos almuerzos y muchas cenas que yo digo 'pero a todo momento cenas y almuerzos no'. Puede que yo tenga uno, sí, porque yo puedo reunirme con el regional, con alguien de la comunidad y es algo normal, el problemas es que si yo veo seguido, seguido, seguido, ya...

Delegatura: Y, digamos, esos almuerzos que son especiales pues deben tener una autorización especial, digamos, voy a tener una cena especial porque es con x persona pues...

MARISOL CORTÉS ROZO: Sí, por ejemplo que la gerencia dijera 'Sí, yo lo firmo y yo digo que sí, que eso es una verdad'.

Delegatura: Pero esos no...

MARISOL CORTÉS ROZO: No los he visto los vistos buenos, digamos, como tal. Entonces, digamos, ya uno ve y dice 'uy' pues son restaurantes...porque si uno ve la tirilla a veces uno dice 'sí, pues es el almuerzo normal', o es que le cobraron el almuerzo de la semana todos los 7 días, y eso sí, bien, es un restaurante pequeñito de pueblito, es verdad. Pero cuando uno ve de repente una factura de cosas que uno dice cómo no, esto es un restaurante ya de categoría. Entonces un dice no, pero si se ve seguido eso, uno dice no y les digo eso no es descontable. Eso no se lo van a asumir nunca. Entonces por ejemplo como ese tema. O como por ejemplo el tema de lo que les decía de pronto detalles de cosas como decir 'me compré un par de zapatos de 500 mil pesos' y yo digo que pena. Yo no le voy a dar dotación de 500 pesos a una persona. Con 500 pesos le compro dotación por le menos a 10 personas....

Delegatura: Y en el caso puntual. Ejemplo...por ejemplo ¿quién? ¿En dónde ha visto eso? ¿Con legalización de qué gastos?

MARISOL CORTÉS ROZO: Con la legalización, por ejemplo, de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]. Digamos que es donde más se ve, así, ese tipo de cosas. En el caso de los otros ingenieros, lo que uno ve es eso, que a veces digo bueno, pero digamos que están dentro de lo...⁸⁶.

Efectivamente, se encontró que lo manifestado por la declarante quedó expresamente establecido en el informe de auditoría que presentó a DVG, el cual obra en el Expediente y del que se transcribe a continuación el extracto relevante relacionado con los hallazgos por conceptos de legalizaciones:

ESPACIO EN BLANCO

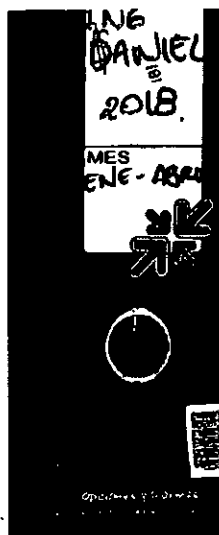
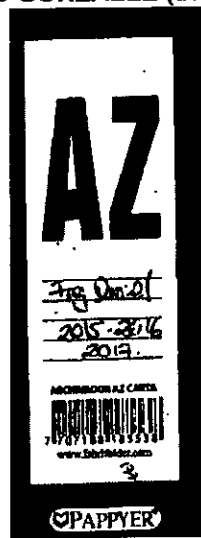
⁸⁶ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 02-DEC_MARISOL_CORTES Min. 41:03.

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

denominadas "Ing. Daniel", con facturas para legalización a nombre de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ.

Imagen No. 14. "AZ" con facturas a legalizar de los años 2015 a 2018 por parte de DVG en favor de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)



Fuente: Folios 177 y 181 del cuaderno público No. 1 del Expediente

Como se verá a continuación, algunas de las facturas para legalizar que se encontraban en estas carpetas correspondían a compras por concepto de mercado, prendas de vestir masculinas y femeninas y hasta pagos a conjuntos vallenatos que coinciden con lo manifestado por **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos). Incluso, muchas de las facturas a legalizar hacen referencia a compras realizadas por **SANDRA MARCELA CORTÉS BOLIVAR**, pareja sentimental de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ y quien no tenía relación alguna con DVG⁸⁷.

⁸⁷ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 29:33

HOJA N° 46

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Denuevo

[illegible]

DOI: 10.1002/9781118466356.ch10

FECHA 13/12/2010

FACTURA DE VENTA
- Nº 8825

CLIENTE:	Jandra Marcelan Cortez
DIRECCIÓN:	Exito Unicali
FECHA:	10/05/2010

[illegible][illegible]

Accesorios

[illegible][illegible]

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

STF GROUP S.A.
RIT. 805600626-4
ZONAS GRANDES CONTRIBUYENTES
Resol. 000076 Diciembre 1 del 2016
Referencia de IVA
IVA-RESUMEN CONSUM
STUDIO F UNICENTRO CALI 3
CRA 100 5 123 C.C. UNICENTRO
LCS. 445 - 445
Telefono: 4853435 - 4853408
CALLI-PALLI

FACTURA DE VENTA
7231-45438

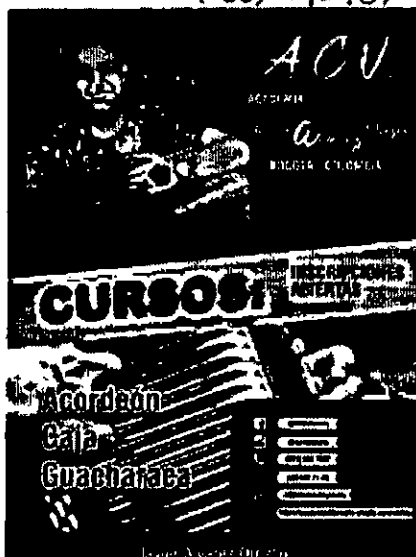
Fecha : 2018/11/15 Hora: 13:05:22
Documento : 7231-45438-008
TPV : C22301
Vendedor : 0744 PERDOMO MORALES DANIEL
Cliente :
RIT/C.C. :
Direccion :
Telefono :

Order.	Col	TA	Descripcion	CA	P.Unit
5158630	006	N	BLUSA ESCOTE	1	\$104,925
5158636	004	N	BLUSA CUELLO	1	\$89,925
5122778	011	OS	ENTERIZO CUL	1	\$172,425
5158659	401	XS	BLUSA STF CO	1	\$57,424
5157916	005	S	BLUSA MANGA	1	\$104,925
5158635	001	XS	BLUSA T-SHIRT	1	\$74,900

Total Unidades		6
INFORMACION TRIBUTARIA		
Vir. Bruto.....		\$625,545
Dcto Por Lnea.....		\$151,156
Dcto Promocion (P)...		80
Vta Gravado. (B).....		\$474,309
IVA		\$90,135
Imp. consumo Inlao Cent. D		80
TOTAL		\$664,524
ESTIMADO		\$600,000
CAMBIO		\$35,476

HOJA Nº 48

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

[illegible]

Fuente: Folios 178 a 190 del cuaderno público No. 1 del Expediente y 103 a 132 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

Por último, obran en el Expediente documentos denominados “auxiliares de contabilidad” de DVG⁸⁸. Estos documentos contables corroboran lo manifestado anteriormente respecto a que los recursos de la compañía se empleaban en ocasiones para asumir gastos personales de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) que no guardaban relación alguna con el objeto social de DVG. Como ejemplo de lo anterior, se evidencian rubros de la contabilidad denominados “53055002 - Otros costos y gastos no deducibles Ing Daniel”. Dentro de estos, se encuentran, a modo de referencia, el pago de un plan vacacional a Punta Cana para **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, el cual se registró el 15 de diciembre de 2016 por concepto “**PLAN PUNTA CANA**” pagado a la agencia de viajes “**PISTA TOURS LIMITADA**”. Igualmente, se evidencia el pago de la póliza de la moto de propiedad de **SANDRA MARCELA CORTÉS BOLIVAR**, pareja sentimental de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**.

De esta forma, este Despacho encuentra plenamente probado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, a pesar de no ser accionista, administrador, ni tener ningún tipo de relación laboral con DVG, hacía uso unilateralmente de los recursos de dicha compañía, ejerciendo influencia directa en la disponibilidad de unos de los elementos cruciales para el desempeño competitivo de la compañía en el mercado.

⁸⁸ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 2017-401804/DATOS/REQUERIM SD/auxiliares.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** mantenía una oficina permanente en las instalaciones de **DVG**

Por último, no puede pasarse por alto que se encontró evidencia que da cuenta de que aún después de haber cedido la totalidad de sus acciones en **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** siguió teniendo una oficina permanente en las instalaciones de la compañía. Así lo afirmó **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) en sus declaraciones del 30 de octubre de 2018:

"Delegatura: Yo tengo una duda. Cuando estábamos haciendo la inspección ocular, nos estaba mostrando que la oficina que está acá al fondo, la de la ventana, esa oficina es de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]."

EDER ZABALETA ROJAS: Sí, correcto.

Delegatura: ¿Sí? ¿Por qué [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ] está ubicado acá?

EDER ZABALETA ROJAS: Porque él, de hecho, el que, lo, lo, porque digamos como la...la oficina está cerca aquí del INVÍAS, entonces él prefiere que le, que le, que le rentemos un espacio aquí o que le cedamos un espacio aquí.

Delegatura: ¿Y ustedes le ceden acá el espacio?

EDER ZABALETA ROJAS: Sí, Claro. Claro, claro que sí. Es que **PROTECO** como está un poco más allá, entonces siempre le es un poco más complejo.

(...)

Delegatura: Él tiene acá esa oficina y usted me dice que le ceden el espacio.

EDER ZABALETA ROJAS: Sí.

Delegatura: ¿A título de que le ceden el espacio? ¿Él tiene un contrato de arrendamiento o algo así?

EDER ZABALETA ROJAS: No. No existe nada de eso.

Delegatura: ¿Simplemente le prestaron el espacio?

EDER ZABALETA ROJAS: Sí, sí le prestó el espacio, sí. Es que ni siquiera está aquí, él viene aquí el día que hay comités, porque de resto está por fuera⁸⁹.

Esta situación, analizada de manera conjunta con los demás elementos probatorios, es una prueba más para este Despacho de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) mantenía una influencia directa sobre **DVG**, pues a pesar de no ser accionista ni administrador de dicha compañía, no solo tomaba decisiones respecto a los procesos de selección en lo que la misma iba a participar, tenía poder disciplinario sobre sus empleados, hacía usos de sus recursos unilateralmente, sino que además, contaba con una oficina permanente en sus instalaciones.

De esta forma, y según lo establecido hasta este punto, no le cabe duda al Despacho que además de los vínculos previos existentes entre los investigados, existía entre ellos una relación de subordinación desde el punto de vista competitivo, pues como quedó ampliamente probado, **DVG** y **PROTECO** respondían a un control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, quien mantenía una influencia directa sobre el comportamiento de las mismas en el mercado. Esta situación, como se verá más adelante, fue fundamental para la materialización de la coordinación entre los agentes de mercado investigados en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participaban.

⁸⁹ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 52:30

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 50

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

7.4.4. De la existencia de conductas que facilitaron la coordinación de los investigados para la presentación de ofertas en procesos de selección y la ejecución de contratos estatales

En este capítulo, y previo a analizar de manera puntual el comportamiento de los imputados en los seis (6) procesos de selección objeto de investigación, se presentarán una serie de conductas que fueron evidenciadas a lo largo de la investigación administrativa, y que, en criterio de este Despacho, facilitaron aún más la coordinación entre los investigados en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participaron y que fueron objeto de análisis por parte de esta Entidad.

En efecto, se encontró probado que: (i) ambas empresas compartían personal de trabajo a la hora de elaborar sus propuestas y/o de ejecutar los contratos en los que resultaban adjudicatarios; (ii) funcionarios de DVG y PROTECO hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban seleccionados; y (iii) se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades. Todas estas circunstancias, que evidentemente guardan relación con la existencia de una relación previa de amistad y cercanía entre los accionistas y administradores de DVG y PROTECO, así como con el hecho que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ ejercía una influencia sobre el comportamiento competitivo de DVG y PROTECO, decidiendo, por ejemplo, sobre los procesos de contratación en los que participarían ambas compañías, facilitaron la coordinación que llevaron a cabo en los diferentes procesos de selección en los que participaron.

- Los agentes de mercado investigados compartían personal de trabajo

Uno de los elementos que se encontró probado y que evidentemente facilitaba la coordinación entre los investigados en su participación en los diferentes procesos de selección y la ejecución de los contratos adjudicados, está relacionado con que se valían del trabajo de un mismo número de personas que los asistían en labores operativas, financieras, contables y administrativas. Como se verá a continuación, se trataba de funcionarios que tenían alta injerencia en el desarrollo de las actividades tanto en DVG como en PROTECO, lo cual, facilitaba la coordinación entre los mismos. A continuación se presenta la lista de las personas que prestaban servicios en ambas empresas.

ESPACIO EN BLANCO

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 3. Lista de personas que prestan servicios a DVG y PROTECO

Empleado	Cargo/función desempeñada en DVG	Cargo/función desempeñada en PROTECO
Adalberto Javier Gámez Vera	Ejecución de obras como "Residente de Obra" ⁹⁰ .	Ingeniero encargado de la ejecución de obras en el Contrato No. 976 del 24 de julio de 2018 del INVÍAS ⁹¹ .
Carlos Hernando Oramas Leudo	Consultor especialista naval ⁹² .	Consultor especialista naval ⁹³ .
Aldrín Arias Rodríguez	Revisor Fiscal de enero de 2016 a octubre de 2018 ⁹⁴ .	Presta su colaboración en la elaboración de Estados Financieros para renovación de registro mercantil en Cámara de Comercio ⁹⁵ .
Diego César Balanta Riascos	Contador público para los años 2014 a 2017 ⁹⁶ .	Contador público 2017 ⁹⁷ .
Marisol Cortés Roza	Contadora pública en la actualidad ⁹⁸ .	Contadora pública en la actualidad ⁹⁹ .
Heriberto Antonio Zabaleta Menco	Coordinador de licitaciones ¹⁰⁰ .	Colabora en trámites administrativo, como la suscripción y presentación de documentos para la renovación de matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio ¹⁰¹ .
Eliana Marcela Hurtado Sánchez	Empleada de la compañía ¹⁰² .	Colabora en ocasiones con la presentación de las ofertas económicas. Presentó la propuesta del CONSORCIO FLUVIAL , integrado por PROTECO y AVINCO en la licitación pública No. LP-DO-SNF-028-2017 adelantada por el INVÍAS ¹⁰³ .

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

⁹⁰ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 7:03

⁹¹ Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 01-PC_MARISOL-CORTES.ad1/Usuario: C:\Users\Usuario\Downloads\CONTRATOS VIGENTES 2018 (1).xlsx

⁹² Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335.mp3. Min. 43:15.

⁹³ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335.mp3. Min. 43:15.

⁹⁴ Folio 192 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

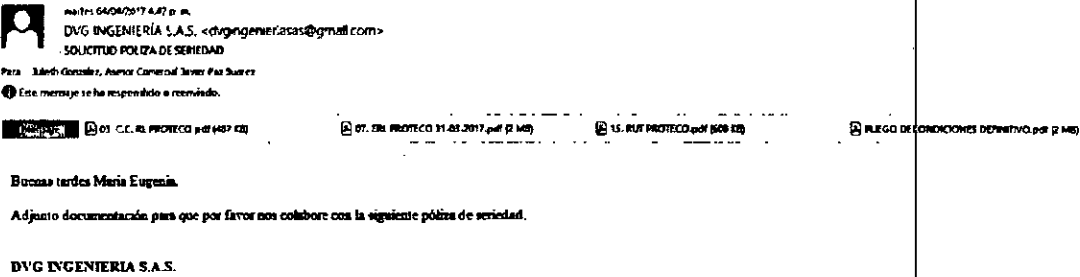
⁹⁵ Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEBEDER-VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER-VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[imap]/ESTADOS FINANCIEROS DEFINITIVOS PROTECO - REPORTADO PARA RENOVACION CAMARA DE COMERCIO 20018.

⁹⁶ Folios 135, 136, 142, 152, 153, 154, 161 y 162 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

⁹⁷ Folios 329 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

⁹⁸ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 35:36

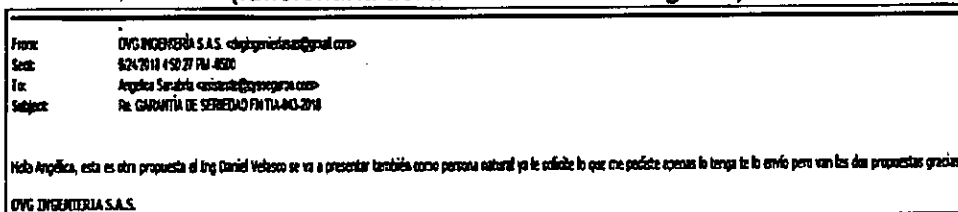
⁹⁹ Folio 680 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-091219. Min. 37:42

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020 "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"	HOJA N° 52
Como puede evidenciarse, existe un considerable número de personas que prestaban sus servicios de manera conjunta tanto a PROTECO como a DVG en lo relacionado con la elaboración y presentación de las propuestas económicas, la ejecución de los contratos, e, incluso, en aspectos netamente administrativos de ambas empresas. Dada la naturaleza de las actividades desarrolladas por las personas anteriormente mencionadas, las cuales, se repite, están relacionadas con la elaboración de las propuestas y ejecución de los contratos adjudicados, es posible concluir que se trataba de uno de los elementos principales que facilitaron la coordinación entre los investigados en su desarrollo competitivo en los diferentes mercados. De hecho, es importante resaltar lo mencionado por la Delegatura en el Informe Motivado respecto a que se encontró probado que, incluso, los altos dirigentes de las compañías prestaban labores para ambas empresas. Así, se encontraron correos electrónicos que dan cuenta de ocasiones en las que altos funcionarios de DVG solicitaban la expedición de pólizas de seriedad de la oferta para la participación de PROTECO y de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) en procesos de contratación en los que DVG participaría igualmente como proponente. A modo de ejemplo, a continuación se presenta un correo electrónico del 4 de abril de 2017, en el cual EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) remite documentación de PROTECO para la obtención de la póliza: Imagen No. 16. Correo electrónico 4 de abril de 2017 en el que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) solicita la expedición de pólizas de seriedad de la oferta en favor de PROTECO  Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG1 del Expediente. 02-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017- 401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEBEDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Rajz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\SOLICITUD POLIZA DE SERIEDAD El anterior correo electrónico evidencia que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), a pesar de haber afirmado a lo largo de la actuación administrativa no tener ningún vínculo laboral con PROTECO, adelantaba conductas que propiciaban la coordinación con dicha empresa en la obtención de los documentos que esta última requería para su participación en los procesos de selección. Igualmente, se encontró evidencia de que funcionarios de DVG colaboraban a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ para que obtuviera una póliza de seriedad de la oferta para su participación como persona natural, en un proceso de selección en el cual DVG también presentaría oferta, lo cual evidentemente	
100 Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 15:38.	101 Folio 327 del cuaderno público No. 2 del Expediente.
102 Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 2017-401804/DATOS/REQUERIMSD/auxiliares/ExportExcel2017.xlsx	103 Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOP/LP-DO-SMF-028-2017/DA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28790430.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

facilitaba la coordinación entre dos agentes de mercado que participarían como competidores en un proceso de selección.

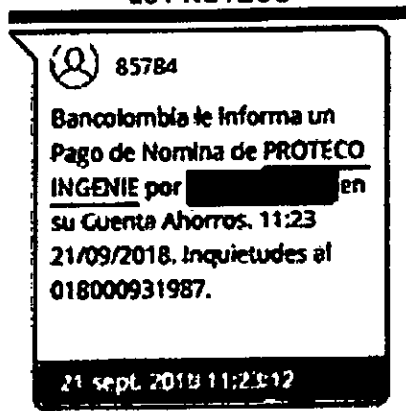
Imagen No. 17. Respuesta dada por HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) a ANGÉLICA SANABRIA OVIEDO (funcionaria del intermediario de seguros)



Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\ic.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Ratz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\Re: GARANTÍA DE SERIEDAD FN TIA-043-2018

Lo anterior deja en evidencia que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** se valían del trabajo de un mismo número de personas que elaboraban sus propuestas para participar en los diferentes procesos de selección y ejecutaban los contratos adjudicados, situación que se presenta como idónea para la implementación de una estrategia de coordinación entre estos agentes. De hecho, en el Expediente se encuentra prueba de que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) en ocasiones recibía pagos por parte de **PROTECO**. Esto se acredita con un mensaje de texto en el cual consta una transferencia de [REDACTED] por concepto de "pago de nómina".

Imagen No. 18. Mensaje de Texto enviado al teléfono celular de EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) informando un pago a su favor por parte de PROTECO



Fuente: Folios 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. \App2505\k\uploads\2017-401804_PN_VS_INVIAS_6c81393b-d780-4cc4-9b74-51cb4a7c1729\05-CEL_EDERVELASCO_7a3cc105-6a15-4e88-8cd1-c2f34c5824c8.ufdr

Como lo manifestó la Delegatura en su Informe Motivado, más allá de la imprecisión que pudiera presentar o no dicho mensaje respecto al concepto del pago (pues los investigados alegaron a lo largo de la actuación administrativa que el mismo no correspondía a un pago por concepto de nómina), lo relevante es que el mismo demuestra una conducta facilitadora para la existencia de una coordinación entre **DVG** y **PROTECO**.

Lo expuesto hasta este punto se presenta como prueba de la presencia de una situación que facilitaba la coordinación entre los agentes de mercado investigados en el desarrollo y comportamiento de los mismos en el mercado.

Por su parte, se encontró en el informe de auditoría presentado por **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos) y que obra en el Expediente, una relación de los consorcios en los cuales participaba **DVG** con el fin de hacerles seguimiento. No obstante, lo que resulta llamativo es que en el mismo documento se incluyó el seguimiento a la ejecución del **CONSORCIO FLUVIAL**, integrado por **PROTECO** y **AVINCO**, que resultó adjudicatario de la licitación **LP-DO-SMF-028-2017** adelantada por el **INVÍAS**. En el documento se relacionaron los siguientes aspectos del consorcio en cuestión: (i) duración del contrato; (ii) monto inicial de contrato; (iii) amortización del anticipo; (iv) ampliaciones del contrato; (v) entidad financiera utilizada para el manejo del anticipo; (vi) las facturas elaboradas; (vii) participación en el consorcio –en el cual **DVG** no participa y, por el contrario, la participación mayoritaria fue de **PROTECO**–, y (viii) el seguimiento en cuanto a la resolución de facturación. A continuación, una imagen que da cuenta del seguimiento al que se hace alusión.

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 20. Cuadro de seguimiento de seguimiento CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO

DVG INGENIERIA SAS REVISION CONSORCIOS								
CONSORCIO	FECHA CREACION	DURACION	OBJETO	CLIENTE	VALOR	PARTICIPACION	FACTURAS ELABORADAS	
						CONSORCIADO	%	NUMERO VALORES
CONSORCIO FLUVIAL	2017		MANTENIMIENTO DEL RIO TRIUNFO-CUENCA DEL RIO ATRATO EN EL MUNICIPIO DE ROSARIO DPTO DEL CHOCO	INVIAS	1 541 044 178	PROTECO	95	1 29.726.500
	SE FIRMO 4 DE JULIO 2017	4 MESES				AVINCO	5	217.232
								6 045 300
INFORMACION GENERAL								
EL VALOR LLEVA INCLUIDO IVA								
EL IVA ES DE 19% SOBRE EL 5% UTILIDAD	NT 901.094.050	NT 901.094.050-1	SE PUDO AMPLIACION A FEBRERO DE 2018	SE PUDO VALOR \$ 3305.972.880 98 752 520 POR AMPLIACION	MANEJO ANTICIPO POR \$305.972.880 EN FOLIO 18752006124431 DE LA 1 A LA 50	RESOLUCION FACTURA		
AMORTIZACION ANTICIPO 20%								

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente ICD IND Y CIO. AUDITORIA DVG2017. Archivo "AUDITORIA CONTABILIDAD (1)" Hoja en Excel denominada "consorcios".

Como puede observarse, **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos), una de las personas que prestaba sus servicios tanto a **DVG** como a **PROTECO**, hacía seguimiento a la vez, en un mismo documento con el nombre "**DVG INGENIERIA S.A.S. Revisión Consorcios**", a los contratos adjudicados a ambas compañías. De este hecho se advierte la coordinación entre ambas empresas en su comportamiento en el mercado.

- **DVG y PROTECO se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades**

Otro elemento adicional que se presenta como facilitador de un actuar coordinado entre **DVG** y **PROTECO** en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participan radica en que, según las pruebas que obran en el Expediente, ambas empresas se apalancaban financieramente a la hora de ejecutar los contratos adjudicados. Esta situación evidencia vínculos de cercanía entre ambas empresas que pueden ser idóneos para estructurar una conducta coordinada entre dos agentes económicos competidores en los diferentes mercados en los que participan.

Como prueba de lo anterior, se encontraron, por un lado, los registros de un número de préstamos que fueron otorgados por **DVG** a **PROTECO** para los años 2017 y 2018, los cuales fueron utilizados para cubrir gastos propios de la ejecución de contratos adjudicados a **PROTECO**. Lo anterior se observó en el documento "**DVG INGENIERIA S.A.S. Libro auxiliar entre 01/01/2018 y el 30/10/2018**", en el cual se registraron préstamos a favor de **PROTECO** con el fin que esta empresa pudiera cubrir los siguientes gastos: (i) pago de nómina (sueldos, seguridad social, viáticos, primas, cesantías); (ii) pagos de pólizas; (iii) gastos de licitaciones; (iv) anticipos para desarrollo de obras; (v) pago de impuestos y seguros (renta y SOAT); (vi) préstamos a empleados vinculados a **PROTECO**; (vii) anticipo para vehículos, y (viii) gastos de caja menor¹⁰⁴.

Por otro lado, se encontró que **PROTECO** igualmente realizaba "préstamos" en favor de **DVG**¹⁰⁵. Esto fue confirmado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), quien en declaraciones rendidas ante funcionarios de esta Superintendencia, sostuvo que entre ambas compañías efectivamente se realizaban préstamos mutuos para "fortalecerse", como se evidencia a continuación:

¹⁰⁴ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :\\2017-401804\\DATOS\\REQUERIM SD\\auxiliares. ExportExcel2018. Doc. Núm. (DIS) ce 1106.

¹⁰⁵ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :\\2017-401804\\DATOS\\REQUERIM SD\\auxiliares. ExportExcel2017. Doc. Núm. (DIS) rc 47; (DIS) RC 64; (DIS) RC 65; (DIS) RC 66. Y Folio 272 del cuaderno reservado DVG No 1. :\\2017-401804\\DATOS\\REQUERIM SD\\auxiliares. ExportExcel2018. Doc. Núm. (DIS) rc 101 y (DIS) rc 77

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 56

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

***Delegatura:** ¿Se les debe dinero a **PROTECO** o ellos le deben dinero a...?

EDER ZABALETA ROJAS: Bueno, a ver, como en algunas ocasiones se...buscamos, digamos manera de, de, de fortalecernos, eh, a veces hay momentos aquí de iliquidez, y nosotros les prestamos el dinero, como también ocurre en la parte contraria. DVG tiene inconvenientes de iliquidez y ellos nos prestan. Porque nosotros hasta este año, perdóname que te interrumpa, hasta este año pudimos obtener nuestro primer crédito con una entidad financiera. Porque no teníamos experiencia crediticia, porque éramos una S.A.S., porque los socios no tenían la suficiente fortaleza como para amparar una operación, entonces hasta ese año pudimos (...).

Delegatura: Pero haber, o sea, generalmente ¿DVG le presta a **PROTECO** o viceversa?

EDER ZABALETA ROJAS: Viceversa.

Delegatura: ¿Y qué rentabilidad o qué intereses o cómo pactan esos préstamos?

EDER ZABALETA ROJAS: Como son mutuo, haber, como son mutuo, nosotros no tenemos ningún inconveniente, simplemente como, a veces eh...de hecho en estos momentos el **INVÍAS** se tardó, lleva ya casi 90 días sin pagamos, entonces **PROTECO** tiene, digamos, le preguntamos si tiene algún remanente (...) yo le digo présteme esto para cubrir una obligación y yo hago eso (...)¹⁰⁶.

Obsérvese que los préstamos entre **PROTECO** y **DVG** se hacían en el marco de la relación de cercanía y amistad entre competidores que fue probada por esta Superintendencia, que permitirían facilitar una coordinación ilegal entre estos, al punto que incluso los préstamos que se realizaban eran acordados sin ningún tipo de intereses o beneficios para el prestamista. De hecho, y como lo resaltó la Delegatura en su Informe Motivado, se pudo establecer que los pagos realizados por **PROTECO** a **DVG** para el año 2017 superaban el valor realmente adeudado¹⁰⁷.

Adicionalmente, **LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ** (suplente del Gerente de **PROTECO** para la época de los hechos) declaró que entre **DVG** y **PROTECO** existía un "apalancamiento financiero" que incluso se materializaba en la realización de préstamos "interbancarios" para poder ejecutar las obras, tal y como se observa a continuación:

"(...)

Delegatura: Bueno, pero, exactamente ¿cuáles son las empresas o terceros de los que estamos hablando?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Eh bueno, puede ser... DVG puede ser una de las empresas con las que hacemos apalancamiento financiero porque igual entre empresas se hacen préstamos, se hacen las devoluciones, eh sí, la verdad es que es como la que tengo más presente, por decirlo así.

Delegatura: ¿A qué se refiere cuando habla de "apalancamiento financiero"?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Bueno, no es eh extraño que para el tema de la ejecución de las obras siempre a veces el tema de los anticipos no alcanza o las obras tienen necesidades extras, entonces lo que se pueden hacer es préstamos interbancarios eh entre las empresas, que luego se legalizan contablemente, o se hacen la devolución a las empresas que nos hagan los préstamos"¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 1:03:23

¹⁰⁷ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :2017-401804DATOS/REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2017.

¹⁰⁸ Folio 674 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 17:15.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Finalmente, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), al rendir declaración durante la etapa preliminar, admitió que **PROTECO** y **DVG** se apoyan en la ejecución de los contratos derivados de los procesos de los cuales han resultado adjudicatarias.

Delegatura: Una duda ¿**PROTECO** ha sido subcontratado por **DVG** o **DVG** por **PROTECO**?

EDER ZABALETA ROJAS: En ambos sentidos, sí claro.

Delegatura: Los dos se subcontratan

EDER ZABALETA ROJAS: Sí, sí nos hemos subcontratado

Delegatura: ¿Y para qué se subcontratan?

EDER ZABALETA ROJAS: A ver. Hay cosas que nosotros no tenemos presencia en la zona o no conocemos la zona. El Ingeniero [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**] las tiene. Lo contrato como Director o hago un acuerdo con él y él, con la experiencia que tiene **PROTECO**... digamos, no es ni siquiera como un tipo de subcontratación, es que yo le digo 'mira, yo asumo esto, usted es mi Director, funge como Director, y yo le voy a girar la plata' Entonces pueda ser que le digo 'venga, eh, hágame aquí este tramo de vía' por decir alguna cosa. Entonces me ejecuta una parte"¹⁰⁹.

Es importante recalcar el hecho que, según las declaraciones de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), **DVG** presentaba ofertas económicas en procesos de selección para la adjudicación de contratos, en cuyo lugar de ejecución dicha empresa no tenía ninguna experiencia. No obstante, se desprende de la declaración previamente transcrita, que a pesar de esto **DVG** se presentaba a dichos procesos, pues de resultar adjudicatario solicitaría colaboración de **PROTECO** en la ejecución de la obra en el marco de la relación de coordinación existente entre estas compañías.

En conclusión, para este Despacho no queda duda de que como consecuencia de la existencia de una relación previa entre los investigados, y que los mismos se encontraban vinculados por una situación de control común desde el punto de vista competitivo, se presentaron un número de circunstancias que facilitaron la existencia de una estrategia de coordinación inaceptable entre agentes de mercado que actúan en calidad de competidores en los diferentes procesos de selección.

Ahora bien, como se explicará en el siguiente capítulo, no solo se logró demostrar la existencia de elementos facilitadores de un actuar coordinado entre los investigados, sino que efectivamente dicha coordinación se materializó de manera puntual en los procesos de selección objeto de investigación por parte de esta Superintendencia.

7.4.5. De la coordinación entre los investigados para la presentación de ofertas económicas en cinco (5) procesos de selección del INVÍAS y uno (1) del FONTUR

De manera preliminar, debe reiterarse que para la Superintendencia de Industria y Comercio la existencia de relaciones previas entre empresas competidoras, así como el hecho que dos agentes económicos que participen en un mismo mercado o proceso de selección estén sujetos a una misma situación de control competitivo, son situaciones que no son sancionables por sí mismas. Por el contrario, lo que es reprochable es que dichas empresas participen en el mercado o proceso de selección de manera coordinada, eliminando la competencia entre sí y reemplazándola por una conducta colusoria, afectando los principios de la libre competencia económica.

En este orden de ideas, nótese que no existiría impedimento alguno en que dos empresas sujetas a una misma situación de control competitivo participen simultáneamente en un proceso de selección y presenten ofertas económicas independientes con el objetivo de resultar adjudicatarias de un contrato.

¹⁰⁹ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335. Min. 21:54.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 58

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Sin embargo, de ser así, su comportamiento deberá ser el de dos competidores, sancionable bajo el régimen de libre competencia en caso de encontrarse que correspondió a una conducta que tenía por objeto o efecto la coordinación o colusión en el marco del proceso de selección.

En otras palabras, se espera que cuando dos o más empresas participen por separado en procesos de selección para la adjudicación de un contrato estatal, su comportamiento sea el de dos competidores independientes, pues, se reitera, el hecho que respondan a un mismo controlante, no excluye, per se, la posibilidad y obligación de que actúen con independencia y mantengan confidencialidad en la toma de sus decisiones respecto a su comportamiento en el mercado.

Esta situación ha sido reconocida a nivel internacional, como puede observarse en la sentencia del 19 de mayo de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso C-538 de 2007, la cual estableció que:

"31. Procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. Por lo demás, según ha manifestado la Comisión en sus observaciones escritas, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación."

32. En este contexto, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos". (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, lo reprochable a la luz del régimen de la libre competencia es que dos o más empresas, estén o no sujetas a una misma situación de control, concurren a procesos de selección haciéndose pasar por competidores, cuando en realidad su participación se encuentra coordinada. Esta situación, abiertamente contraria a los principios de libre concurrencia que gobiernan los mercados, y en especial los relacionados con la contratación estatal, debe ser sancionada por esta Superintendencia pues en el momento en que las empresas deciden participar en un proceso competitivo para la adjudicación de un contrato, adquieren inmediatamente el carácter de competidores, debiendo actuar como tales, por lo que cualquier comportamiento coordinado, encaminado a suprimir la competencia que debe existir entre ellos, se presenta como idóneo para afectar el bien jurídico tutelado por la norma, y por tanto debe ser sancionado.

Esta posición ha encontrado eco en diferentes autoridades a nivel internacional. Es el caso de Tribunal Administrativo Especializado de México, quien al momento de resolver un "Recurso de Amparo" promovido en el marco de un proceso por posibles conductas anticompetitivas manifestó:

"Así, este Tribunal Colegiado considera que en ese caso de licitaciones en las cuales conforme a la ley no existe prohibición de presentar posturas por separado de empresas que forman parte de un mismo grupo de interés económico y ello acontezca, no debe atenderse al concepto de grupo de interés económico para determinar si se está en los supuesto del artículo 9, fracción IV, de la abrogada Ley Federal de Competencia Económica, sino que debe atenderse con independencia de ese concepto, a las conductas desplegadas y a la

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

corroboración de la existencia de pactos colusorios entre los agentes para entender vulnerado los principios de la licitación (...).

Con base en lo anterior, en la hipótesis de que la legislación no prohíba que partes de un grupo de interés económico presenten posturas por separado en un procedimiento de licitación, lo relevante no es si forman parte de ese grupo, ya que evidentemente, en principio al pertenecer a éste no son competidores entre sí; no obstante, para el efecto de las licitaciones conforme al marco normativo, debe atenderse sólo a si esa relación influye en el resultado de la misma, acorde con los principios que deben regir esos procedimientos (...).

En efecto, al presentar posturas por separado, significa que deben tener un comportamiento para efectos de la licitación de forma individual, acatando los principios que rigen las licitaciones, con independencia de si buscan un objetivo común¹¹⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En igual sentido, la Comisión Federal de Competencia Económica de México (COFECE), afirmó lo siguiente al momento de resolver sobre el mismo proceso:

"(...) Desde el punto de vista del proceso licitatorio y de la autoridad convocante, el hecho de que dos agentes económicos presenten posturas por separado, implica que éstas son independientes y si no lo son derivadas de que existe una coordinación en la determinación de las posturas, dicho hecho es contrario a los principios de la licitación y, en su caso de la legislación de competencia (...)"¹¹¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por su parte, la Comisión de Competencia de India (Competition Commission of India), en una decisión del año 2017 sostuvo:

"129. Por lo tanto, el argumento de la existencia un mismo agente económico, como el presentado por GIL y ABCIL, no es procedente y el mismo es rechazado. La Comisión da cuenta que dichas empresas son entidades independientes que participaron individualmente y de manera separada en los procesos de selección. Cuando dos o más empresas de un mismo grupo deciden presentar de manera separada ofertas en un mismo proceso de selección, han decidido, conscientemente, mostrarse ante la entidad contratante como tomadores de decisiones diferentes y opciones independientes dentro el proceso. Ellas tendrán, bajo estas circunstancias, que cumplir con lo establecido en la ley, en letra y en espíritu. Cualquier argumento de dichas empresas encaminado a que decidieron presentar ofertas de manera separada pero cuyos valores económicos fueron decididos por una misma persona, lo que es desconocido para la entidad contratante, no puede ser usado para escapar de lo establecido en la ley (...)"¹¹² (Subraya y negrilla fuera de texto original).

¹¹⁰ Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones de México. Decisión correspondiente a la sesión del veinticinco (25) de abril de 2019. Proceso RA 84/2018.

¹¹¹ Comisión Federal de Competencia Económica, México. Resolución emitida por el Pleno de la Comisión el treinta (30) de enero de 2020. caso Productos Galeno, S de R.L y otro. Expediente DE-020-2014

¹¹² Comisión de Competencia de India (Competition Commission of India). Decisión del cinco (5) de octubre de 2017. Caso: Ref.C.No. 03 de 2013. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Texto original en inglés: "129. Thus, the plea of single economic entity as urged by GIL and ABCIL does not hold and the same is accordingly, rejected. The Commission notes that these two companies are separate legal entities and that they participated in these tenders individually and separately. Where two or more entities of the same group decide to separately submit bids in the same tender, they have consciously decided to represent themselves to the procurer that they are independent decision making centers and independent options for procurement. They will, under such circumstances, have to comply with the provisions of the Act in letter and spirit. Any argument by such entities to the effect that they decided to submit separate bids but the prices were decided by the same person, which fact is not known to the procurer, cannot be used to escape the provisions of law (...)"

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 60

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Así, la existencia de relaciones previas o de una situación de control, solo deben ser analizados para identificar si los mismos propiciaron o facilitaron la coordinación entre los agentes involucrados, sin perder nunca de vista que es esto último lo reprochable a la luz del ordenamiento nacional, y no la mera existencia de vínculos económicos, labores, corporativos, personales, o de cualquier otra índole, entre los involucrados.

Lo anterior ha sido igualmente manifestado en anteriores oportunidades por esta Superintendencia, quien ha insistido en que lo sancionable desde el punto de vista del derecho de la competencia es la existencia de un comportamiento sistemáticamente coordinado y mancomunado entre los participantes a un proceso de selección, el cual debe ser considerado como una práctica restrictiva de la competencia. Así, en la Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio se afirmó que:

"Es oportuno aclarar en este punto que lo que configura la conducta restrictiva no es el solo hecho de que la estructura de las empresas como parte de un mismo grupo se haya mantenido oculto, -que en todo caso es un hecho indicador de la consciencia de ilegalidad de la conducta- sino que su comportamiento haya sido sistemáticamente coordinado y mancomunado y que su participación en cada uno de los procesos contractuales haya sido concebido para simular competencia, con el objetivo de generar ventajas competitivas, cuando en realidad el móvil de su participación era el mismo. En efecto, y en gracia de discusión, aun en el evento en que la existencia del grupo y del control estuviera formalmente registrada y publicitada, ello no sería suficiente para desestimar la configuración de la conducta, pues incluso en esa hipótesis la actuación coordinada y dependiente constituiría una práctica restrictiva de la competencia" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En el caso concreto, y como ha sido desarrollado hasta este punto en la presente Resolución, este Despacho dio cuenta que entre los agentes de mercado investigados existían ciertas situaciones particulares, como la existencia de relaciones previas, una situación de subordinación competitiva y la presencia de otros elementos adicionales, que se presentaron como idóneos para facilitar la existencia de un actuar coordinado. En esta línea, a continuación se presentarán las pruebas que evidenciaron que, en el marco de lo anterior, los investigados efectivamente coordinaron su participación en un número de procesos de selección en los que participaron como competidores.

Así, a continuación este Despacho presenta las pruebas que dan cuenta de que en cinco (5) procesos de selección específicos adelantados por el INVÍAS y uno (1) del FONTUR, los investigados actuaron de manera coordinada con el objeto de falsear la competencia, en desmedro de los intereses de los demás competidores, pero especialmente de la Entidad contratante.

Como quedó establecido en el Informe Motivado, lo anterior se evidenció gracias a la presencia de pruebas directas sobre dicha coordinación, así como con el análisis de otra serie de elementos probatorios que, de conformidad con el precedente de la Superintendencia de Industria y Comercio¹¹³, se presentan como indicios suficientes que demuestran el comportamiento coordinado entre proponentes en el marco de procesos de selección.

Como se verá a continuación, quedó acreditado que la coordinación entre los investigados tuvo lugar en todas las etapas relevantes de los procesos de selección analizados. Es decir, la misma se concretó desde las gestiones previas para la elección de los procesos a los que se presentarían, determinar la forma de participación y conformar estructuras plurales que permitieran la presentación de los investigados en los procesos, la gestión común de requisitos habilitantes, hasta la elaboración coordinada de las ofertas económicas, la subsanación de ofertas de manera conjunta y la ejecución coordinada de los contratos adjudicados.

Sin embargo, previo a analizar de manera puntual cada uno de los seis (6) procesos de contratación investigados, este Despacho pondrá de presente una situación que tuvo lugar de manera común en cuatro (4) de ellos, y que es una prueba de la coordinación que existió entre los investigados en cada

¹¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 91235 de 2014, 1728 de 2019 y 3150 de 2019.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 61

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

uno de los procesos de selección en los que participaron. Esto se refiere al hecho que **PROTECO** se presentó en los mencionados procesos a través de consorcios que eran conformados junto con la empresa **AVINCO**, pero cuya estructuración era gestionada, en cualquier caso, por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), a pesar de que **DVG** participaría de manera independiente en los mismos procesos. De manera ilustrativa, se presenta a continuación una tabla con los procesos mencionados:

Tabla No. 4. Procesos de selección en los que **PROTECO** participó a través de consorcios conformados con **AVINCO**

ENTIDAD CONTRATANTE	PROCESO DE SELECCIÓN	INVESTIGADOS QUE PRESENTARON OFERTA
INVÍAS	LP-DO-SMF-028-2017	CONSORCIO FLUVIAL integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	SA-MC-DO-SMF-021-2017	CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE , integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	SA-MC-DO-SMF-027-2017	CONSORCIO FLUVIAL LETICIA integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	LP-DO-SMF-027-2018	CONSORCIO FLUVIAL integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 80%- AVINCO 20%).

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Como se pasará a evidenciar, la estructuración de los consorcios por medio de los cuales **PROTECO** participó en los procesos de selección mencionados, se enmarcó en la estrategia de coordinación entre los investigados. Así, obran elementos probatorios en el Expediente que dan cuenta cómo, a pesar de que los consorcios en cuatro (4) procesos fueron conformados por **PROTECO** y **AVINCO**, fue **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) la persona encargada de adelantar las gestiones para su conformación. Esto, a pesar de que en dichos procesos **DVG** presentó propuesta como oferente independiente.

Al respecto, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) confesó en sus declaraciones ante esta Superintendencia que prestaba su colaboración a **PROTECO** para conseguir un aliado con quien pudiera conformar un consorcio y participar en un determinado proceso de selección. Vale la pena reiterar que en dicho proceso también se presentaría **DVG** como competidor. Así, en declaración del 5 de diciembre de 2019 manifestó:

"Delegatura: Cuando ustedes se refieren, en el escrito de descargos, que la colaboración que ustedes se prestan entre **DVG** y **PROTECO** tiene como fin 'facilitar la participación de las sociedades **DVG** y **PROTECO** en procesos de contratación pública' ¿A qué hacen referencia a ese tema de facilitación?

EDER ZABALETA ROJAS: A ver, como podría decir...no, no, no te sabría explicar puntualmente, pero digamos facilitar la participación es que si yo eh...digamos, tengo...eh, cumplo solo, pues yo me voy como estoy. Si de pronto él me dice 'venga yo no estoy cumpliendo' y le digo 'ven, yo tengo un amigo que tiene la experiencia' y le digo 'mire, por

RESOLUCIÓN (073323) DE 2020

HOJA N° 62

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

favor preséntate con él, o mira a ver, evalúa si sus indicadores te sirven para lo que tu estas buscando'. No sé.

Delegatura: Bueno, acaba de decir 'ven, yo te presento a alguien que puede tener...'. Hablemos de **AVINCO**. ¿Quién es **AVINCO**?

EDER ZABALETA ROJAS: Bueno, **AVINCO** es la empresa, bueno para cuando yo los conocí, eh... es la empresa de eh... un gran amigo, o de bueno, de dos conocidos, dos amigos, y uno de ellos es **ORLANDO POVEDA**. Cuando... eh... yo lo conocí, hace como más de diez años, muchísimo más, y digamos lo conocí y para efectos de varios procesos en los cuales, digamos yo cumplo solo y no tengo, eh, no tengo ninguna necesidad de un tercero, pero de pronto dentro de eso, eh, en el caso **PROTECO**, puntualmente, me ha dicho [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**] me dice 'venga hermano, estoy buscando porque no cumplo solo y quiero participar' entonces uno de los casos eso fue **AVINCO** que es un amigo, cercano, en el cual yo le dije 'mire, hay una opción de... por favor...' y lo presenté con el Ingeniero [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**]. Eso ha sido uno de los, digamos, de las opciones que hemos manejado¹¹⁴.

Nótese que el declarante afirmó inequívocamente que en su calidad de accionista y representante legal suplente de **DVG**, le prestaba colaboración activa a **PROTECO** para la consecución de terceros con los cuales este último pudiera conformar consorcios para participar en procesos de selección. Esta actuación es abiertamente contraria al régimen de libre competencia, pues no es aceptable que dos empresas que serán competidoras en un determinado proceso de selección, se presten colaboración mutua para facilitar su participación en dicho proceso como competidores. Por el contrario, esta situación deja en evidencia la forma en que coordinaban su comportamiento en el mercado desde las primeras etapas.

Esta Superintendencia reitera que la participación de una empresa como proponente en un determinado proceso de selección debe ser el resultado de una decisión autónoma e independiente, la cual debe ser tomada previo análisis interno de las condiciones técnicas y económicas exigidas por la Entidad contratante, y la capacidad del posible proponente de cumplirlas. En este sentido, cada oferente, como competidor independiente, es el encargado de adelantar sus propias gestiones para, por ejemplo, estructurar las posibles figuras asociativas que le permitan cumplir las condiciones de cada proceso. Así, no puede ser de ninguna manera aceptable que dos futuros o actuales competidores se colaboren en la estructuración de sus ofertas y en la definición de la estrategia que utilizará cada uno para presentarlas, aparentando independencia pero en realidad poniendo en marcha una coordinación contraria a los principios de la libre competencia.

Las declaraciones de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), que se presentan como una prueba directa de la existencia de coordinación entre los investigados, fueron confirmadas por **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos), quien en declaración del 6 de diciembre de 2019 afirmó que **AVINCO** se presentó en consorcio con **PROTECO** en diferentes procesos de selección toda vez que **EDER ZABALETA ROJAS** se lo había solicitado:

"Delegatura: ¿Usted con quién constituyó esos procesos en los que se presentó al **INVÍAS**?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Eh, el consorcio de la... y pues que está aquí en la referencia se constituyó con **PROTECO**.

Delegatura: ¿Y quién es **PROTECO**? ¿Por qué usted lo eligió como su socio para irse en consorcio?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: A ver, a mí me llamaron, me dijeron que necesitaban un apalancamiento...

Delegatura: ¿Quién lo llamó?

¹¹⁴ Folio 666 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 39:48

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: [EDER ZABALETA ROJAS], que necesitaba...que había una empresa que necesitaba un apalancamiento financiero que **AVINCO** lo tenía, pues nosotros estábamos en una situación ahí como crítica financiera en ese momento, entonces pues él lo sabía y nos tuvo en cuenta para presentarnos en esa licitación. Que si podíamos colaborar en el porcentaje que ellos necesitaban de apalancamiento financiero para completar la propuesta.

Delegatura: O sea ¿[EDER ZABALETA ROJAS] puso en contacto a **AVINCO** y a **PROTECO**?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Sí señora.

Delegatura: ¿Y [EDER ZABALETA ROJAS] de dónde conocía a **PROTECO**? ¿Por qué los puso en contacto?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Se supone que, como es amigo mío, él es amigo de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ], ¿sí? Son amigos.

Delegatura: Entonces [EDER ZABALETA ROJAS] le presentó a **PROTECO** y ¿cómo decide finalmente usted conformar el consorcio con ellos?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Pues dijimos sí, presentémonos. Y ya.

Delegatura: O sea ¿sin conocer a la empresa? ¿Porque estaba [EDER ZABALETA ROJAS] de por medio?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Sí, porque [EDER ZABALETA ROJAS], digamos que es la persona que yo confío en él. O sea, es de confianza, es de mucha confianza, entre nosotros con [EDER ZABALETA ROJAS]. Entonces, '¿usted lo conoce a él?' 'sí, es mi amigo', a listo entonces presentémonos. Ya.

Delegatura: Señor José Orlando, usted acabó de mencionar un tema de un apalancamiento. ¿Cuál era la empresa que necesitaba el apalancamiento? ¿**AVINCO** o **PROTECO**?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: **PROTECO** le faltaba una partecita de parte financiera¹¹⁵.

Como se observa, **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) reiteró que la conformación de los consorcios por medio de los cuales **PROTECO** y **AVINCO** participaron en cuatro (4) de los seis (6) procesos de selección investigados en la presente actuación administrativa, fue gestionada por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), quien en el marco de la coordinación que mantenían las empresas investigadas, le ayudó a buscar un tercero con el que pudiera cumplir los requisitos financieros de los respectivos pliegos de condiciones.

De hecho, existen pruebas en el Expediente que dan cuenta de que la colaboración que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) prestaba a **PROTECO** no se limitaba simplemente a ponerlo en contacto con **AVINCO**, sino que tenía una participación activa en la estructuración y formación de los consorcios que serían constituidos para la presentación de ofertas. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el correo electrónico que remitió **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** el 22 de julio de 2017, en el cual le informaba los porcentajes de participación de las sociedades que integrarían el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**:

¹¹⁵ Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 14:02.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 64

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 21. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 22 de julio de 2017

From: PROTECO INGENIERIA SAS <protecoingenieria@gmail.com>
Sent: 7/22/2017 12:22:55 PM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL
Attachments: CARACTERISTICAS CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE.docx; PLIEGO CONDICIONES DEFINITIVO.pdf

EL CONSORCIO SE LLAMARA
CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE
PROTECO INGENIERIA SAS - 95%
AVINCO LTDA - 5%

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.osl\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Bandeja de entrada\SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL

Como se observa, DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) compartía información confidencial con EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) de la forma como estaría conformado el consorcio que PROTECO constituiría con AVINCO, con el objetivo de que EDER ZABALETA ROJAS colaborara con el cálculo de la capacidad residual necesaria para presentar la oferta. Dado que dicho ejercicio debe ser realizado de manera previa a tomar la decisión de participar en un proceso de selección, no cabe duda que EDER ZABALETA ROJAS prestaba una colaboración activa en la estructuración inicial del consorcio y en el análisis de su capacidad para participar en el respectivo proceso de selección, lo cual iba más allá de poner en contacto a sus futuros competidores.

De igual forma, existe evidencia de que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) gestionaba los documentos que eran necesarios para la conformación de los consorcios entre PROTECO y AVINCO. Al respecto, se encontró el correo electrónico del 27 de abril de 2017, en el cual EDER ZABALETA ROJAS recibía de parte de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos)¹¹⁶ el acta de la junta de socios de AVINCO por la cual se autorizó la conformación del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO, así como otros documentos necesarios para la presentación de la propuesta. Como quedó visto, estos documentos fueron enviados a EDER ZABALETA ROJAS porque fue la persona que gestionó la conformación del consorcio entre AVINCO y PROTECO:

ESPACIO EN BLANCO

¹¹⁶ Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 18:49.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 22. Correo electrónico de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 27 de abril de 2017

From: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Sent: 4/27/2017 3:04:09 PM -0500
To: DVG Oficina <ovg@ingenieriasas.com>
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
Attachments: ACTA DE SOCIOS No. 132 INVIAS 028-2017.pdf; PARAFISCALES avinco.pdf; RUT AVINCO 2015.pdf; BALANCE GENERAL.pdf; Nota.pdf; PYG.pdf; ANEXO 1A-EXPERIENCIA KR AVINCO.xlsx; ANEXO 2- CAPACIDAD TÉCNICA AVINCO.xlsx; SALDO CONTRATOS EN EJECUCIÓN AVINCO.xlsx; TP WILSON.pdf; VIGENCIA WILSON AVILA 13-03-2017.pdf; CEDULA ORLANDO.pdf

----- Forwarded message -----
From: DIANA ROCÍO GUARNIZO <guarnid84@gmail.com>
Date: El jue, 27 de abr. de 2017 a las 3:03 p.m.
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>

Te debo:
1. Cámara de Comercio
2. RUP
3. Certificación y dictamen de los estados financieros
El RUP queda en firme hasta el 9 de mayo, pero como la licitación se cierra el 11 yo te lo envío el 10.
Los otros documentos estoy pendiente que me los envíen de Avinco porque no los tengo.

Confidencialmente,
Arg. Diana Rocío Guarnizo Orjuela
Especialista en Gerencia Integral de Oficina
--
Enviado con Gmail Mobile

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-
EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-
401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz -
Buzón\IPM_SÚBTREE\Gmail\Enviados\Fwd: DOCUMENTOS AVINCO (recuadro y subrayas rojo fuera de texto original).

De esta forma, queda en evidencia que los investigados, en virtud de sus relaciones de cercanía existentes y que fue ampliamente expuesta en el presente acto administrativo, se coordinaban desde las primeras etapas de los procesos de selección, al punto que el representante de DVG gestionaba todo lo necesario para que su futuro competidor, PROTECO, pudiera participar en los mismos.

Dicho comportamiento, lejos de ser el esperado entre dos competidores en el mercado, evidencia una clara estrategia de coordinación en la adjudicación del contrato. Lo anterior para este Despacho es una muestra inicial de cómo en cuatro (4) de los seis (6) procesos investigados en la presente actuación administrativa, los investigados coordinaban su comportamiento. No obstante, a continuación se presentarán pruebas adicionales para la totalidad de los procesos de selección investigados, que reforzarán la posición de esta Superintendencia respecto a la comisión de conductas anticompetitivas en los mismos.

- Licitación pública No. LP-DO-SMF-028-2017 adelantada por el INVÍAS

El proceso de selección referido¹¹⁷ tenía como objeto el "mantenimiento del Río Truandó. Cuenca del Río Atrato en el municipio de Riosucio. 10 departamento del Chocó". Su presupuesto oficial ascendía a \$1.610.331.715.

De las pruebas que obran en el Expediente se desprende el comportamiento coordinado entre DVG y PROTECO, facilitado por los elementos anteriormente mencionados, desde el momento en que se estaban estructurando las propuestas que presentaron estas empresas como aparentes competidores e incluso hasta después de la adjudicación del contrato correspondiente.

Así, se evidenció que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitó una póliza de cumplimiento de la oferta en favor de DVG, su competidor, con el fin de que esta compañía

¹¹⁷ Folio 341 del cuaderno público No. 2. Del Expediente :Inspección al SECOP\LP-DO-SMF-028-2017\AA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28364481

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 66

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

podiera participar en el proceso. De hecho, llama la atención que la solicitud analizada se realizó mediante una cuenta de correo institucional de DVG, a pesar de ser firmada por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ.

El correo electrónico analizado tuvo lugar tiempo después de la cesión de las acciones de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ en DVG, por lo que el hecho que aún hiciera uso de un correo institucional de esta compañía para la solicitud de documentos en favor de PROTECO evidencia la constante coordinación que se mantenía entre estas dos compañías en el desarrollo de sus funciones, así como el ya mencionado control competitivo que seguía manteniendo DANIEL VELASCO GONZÁLEZ sobre ambas empresas y que se encontraba ejerciendo con el fin de materializar la coordinación entre los investigados.

Imagen No. 23. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitando póliza en favor de DVG

From:	DVG INGENIERÍA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>
Sent:	4/19/2017 4:41:10 PM -0500
To:	"Julio González, Asesor Comercial Javier Paz Suarez" <aseso2cal@javierpaz.com>
Subject:	SOLICITUD DE POLIZA URGENTE LP-DO-SMF-028-2017
Attachments:	ANEXO TECNICO.pdf; PREPUESTOS DE CONDICIONES.pdf; PRESUPUESTO OFICIAL.xls; 1. EXPERIENCIA EN OBRAS DVG INGENIERIA SAS DESTRONQUE.xls; 2. CONTRATO N° 1450 DE 2014 - PUERTO ASIS.pdf; 3. CONTRATO N° 1339 DE 2015 - ISCUANDE.pdf; 4. CONTRATO N° 1023 DE 2016 - PUERTO ASIS.pdf
POR MEDIO DEL PRESENTE Y CON EL ANIMO DE IR PRESENTANDO ANTE LAS DIFERENTES COMPAÑÍAS EL PROCESO DEL ASUNTO; MUY RESPETUOSAMENTE ME PERMITO HACER ENTREGA DE LOS DOCUMENTOS ADJUNTO.	
ES DE ACLARAR QUE DVG INGENIERÍA SAS, CUMPLE CON TODOS Y CADA UNO DE LAS CONDICIONES.	
CORDIALMENTE,	
DANIEL VELASCO GONZALEZ DVG INGENIERIA S.A.S.	

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\jc.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\SOLICITUD DE POLIZA URGENTE LP-DO-SMF-028-2017 (recuadro y subrayas rojo fuera de texto original).

En el mismo sentido, el 27 de abril de 2017, EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) recibió un correo electrónico de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos)¹¹⁸. En ese correo electrónico se anexó el acta de la junta de socios de AVINCO por la cual se autorizó la conformación del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO, así como otros documentos necesarios para la presentación de la propuesta. Como quedó visto anteriormente, estos documentos fueron enviados a EDER ZABALETA ROJAS porque fue la persona que gestionó la conformación del consorcio entre AVINCO y PROTECO, a pesar de ser el accionista y representante legal suplente de una empresa que competiría con dicho consorcio por la obtención del contrato a adjudicar.

¹¹⁸ Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 18:49.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 24. Correo electrónico de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 27 de abril de 2017

From: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
Sent: 22/7/2017 3:04:55 PM -0500
To: DVG Oficina <dvgingenieriasas@gmail.com>
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
Attachments: ACTA DE SOCIOS No 132 DVIAS 028-2017.pdf, PARAFISCALES avinco.pdf, RUT AVINCO 2015.pdf, BALANCE GENERAL.pdf, Notas.pdf, PYG.pdf, ANEXO 1A-EXPERIENCIA KR AVINCO.docx, ANEXO 2 - CAPACIDAD TÉCNICA AVINCO.docx, SALDO CONTRATOS EN EJECUCIÓN AVINCO.docx, TP WILSON.pdf, VIGENCIA WILSON AVILA 15-03-2017.pdf, CEDULA ORLANDO.pdf

----- Forwarded message -----
From: DIANA ROCÍO GUARNIZO <guarnidi84@gmail.com>
Date: El jue, 27 de abr. de 2017 a las 3:03 p.m.
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>

Te debo:
1. Cámara de Comercio
2. RUP
3. Certificación y dictamen de los estados financieros
El RUP queda en firme hasta el 9 de mayo, pero como la licitación se cierra el 11 yo te lo envío el 10.
Los otros documentos estoy pendiente que me los envíen de Avinco porque no los tengo.

Confeccioné:
Ara Diana Rocío Guarnizo Orjuela
Especialista en Gerencia Integral de Obras
Enviado con Gmail Mobile

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón\IPM_SÚBTREE\Gmail\Enviados\Fwd: DOCUMENTOS AVINCO (recuadro y subrayas rojo fuera de texto original).

Los anteriores elementos de prueba dan cuenta de que los investigados que participarían como competidores en el mencionado proceso de selección, en el marco de sus relaciones de cercanía y de subordinación competitiva, se colaboraron mutuamente para la obtención de documentos que los habilitarían para la presentación de ofertas, lo cual culminó con un comportamiento coordinado en el proceso de selección objeto de estudio.

Adicionalmente, se demostró que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) gestionó para este proceso la obtención de la póliza de seriedad de la oferta para el CONSORCIO FLUVIAL, del que hacía parte PROTECO. Sin embargo, lo que llama la atención es que esta gestión la realizó mediante el correo electrónico de 10 de mayo de 2017, en el cual copió a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), además de que en el texto del documento indicó que la solicitud se presentaba "DE PARTE DEL DOCTOR EDER ZABALETA".

ESPACIO EN BLANCO

RESOLUCIÓN (25073323) DE 2020

HOJA Nº 68

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 25. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitando póliza de seriedad de la oferta de CONSORCIO FLUVIAL, enviado con copia a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG)

From: PROTECO INGENIERIA SAS <protecoingenieria@gmail.com>
Sent: 5/10/2017 12:24:35 AM -0500
To: Angelica Sarcabla <asarcabla@cysseguros.com>; EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: SOLICITUD DE GARANTIA SERIEDAD OFERTA
Attachments: 01. DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN DE CONSORCIO.pdf; 02. C.C REPRESENTANTE LEGAL PROTECO.pdf; 03. C.C REPRESENTANTE LEGAL AVINCO.pdf; 04. ERL PROTECO INGENIERIA SAS.pdf; 05. ERL AVINCO LTDA.pdf; 06. RUT PROTECO INGENIERIA SAS.pdf; 07. RUT AVINCO LTDA.pdf; 08. ESTADOS FINANCIEROS PROTECO INGENIERIA SAS.pdf; 09. ESTADOS FINANCIEROS AVINCO LTDA.pdf; 10. EXPERIENCIA OBRA PUERTO ARICA.pdf; 11. EXPERIENCIA OBRA PUERTO ASIS.pdf; 12. EXPERIENCIA OBRA SATINGA.pdf; 13. PLIEGO CONDICIONES DEFINITIVO.pdf; 14. ANEXO TECNICO.pdf; 15. ADENDO N° 1.pdf

ANGELICA BUENOS DIAS

DE PARTE DEL DOCTOR EDER ZABALETA, TE REMITO ESTOS DOCUMENTOS PARA LA EXPEDICION DE LA GARANTIA DE SERIEDAD DE OFERTA DEL PROCESO DEL INVÍAS LP-DO-SMF-028-2017 A NOMBRE DEL CONSORCIO FLUVIAL.

CORDIALMENTE,

DANIEL VELASCO GONZALEZ

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada\SOLICITUD DE GARANTIA SERIEDAD OFERTA (recuadros rojos fuera de texto original).

Ahora bien, de manera coherente con el esquema de coordinación analizado, se encontró probado que fue ELIANA MARCELA HURTADO SÁNCHEZ, quien para la fecha de los hechos estaba vinculada laboralmente con DVG¹¹⁹, la encargada de entregar la propuesta del CONSORCIO FLUVIAL, conformado por PROTECO y AVINCO. Así se acredita mediante el acta de entrega correspondiente.

Imagen No. 26. Acta de entrega de propuestas en el proceso de licitación pública No. LP-DO-SMF-028-2017 del INVÍAS

MODALIDAD DEL PROCESO: LICITACIÓN PÚBLICA									
No. LP-DO-SMF-028-2017									
ORDEN	EMPRESA PROPONENTE	CLASIFICACIÓN	FECHA DE RECEPCIÓN	FECHA DE ENTREGA	FECHA DE EVALUACIÓN	FECHA DE ANUNCIO	FECHA DE ENTREGA	FECHA DE ENTREGA	FECHA DE ENTREGA
1	Consortio Pilas	4	1	1	1	11-05-1805	Carlos Alberto Sanchez	Quintero, Carlos	3256180
2	Consortio rios Rumbos	4	1	CO	CO	11-05-1806	Comito Lizaso	Nitara, Diego	10369418
3	Consortio ACH	4	1	1	1	11-05-1807	Antonio Que Yanez	José Huayra	1195783
4	Consortio Rio Seco R.R.	4	1	1	1	11-05-1810	Juan Comito Silva	José Huayra	10369418
5	Consortio rios Rumbos JMA	4	1	1	1	11-05-1812	Fuad Diaz	John Com	10369418
6	Consortio Fluvial	4	1	1	1	11-05-1816	Daniel Velasco G.	Cham Huayra	10369418
7	DVG Ingeniería SAS	4	1	1	1	11-05-1816	Gloria Zabaleta Rojas	Heriberto Zabaleta	10369418

Fuente: Folios 341 del cuaderno público No.2 del Expediente: Inspección al SECOPLP-DO-SMF-028-2017\DA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28790430 (recuadros rojos fuera de texto original).

Incluso, se demostró que la coordinación entre las empresas investigadas se extendió a la ejecución del contrato derivado del proceso de selección objeto de estudio, pues, entre agosto de 2017 y abril de 2018 –el periodo durante el cual CONSORCIO FLUVIAL ejecutó el contrato adjudicado–, DVG realizó una serie de préstamos al consorcio enunciado con el fin de cubrir gastos operacionales como pagos de nómina, viáticos, compra de tiquetes aéreos, pólizas, caja menor, costos por ejecución de obra, entre otros¹²⁰.

¹¹⁹ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. \2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares.ExportExcel\2017.

¹²⁰ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. \2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares.ExportExcel\2017 y ExportExcel\2018.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En conclusión, **DVG** y **PROTECO**, esta última mediante **CONSORCIO FLUVIAL**, concurren al proceso de selección estudiado simulando competencia, cuando en realidad su participación fue coordinada a lo largo del proceso e incluso después de la adjudicación del contrato. Como quedó demostrado, las dos empresas investigadas se apoyaron mutuamente para cumplir los requisitos habilitantes y, de esa manera, promover su participación concurrente. También gestionaron conjuntamente la elaboración y entrega de las propuestas y, una vez obtenida la adjudicación, actuaron de manera coordinada para efectos de ejecutar el contrato correspondiente.

Adicionalmente, quedó en evidencia que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** ejerció su capacidad de influencia sobre las empresas bajo su control competitivo, con el objetivo de materializar así la coordinación entre las mismas en el presente proceso de selección.

Para este Despacho, no hay dudas que ese tipo de conductas responden a un claro escenario de coordinación entre agentes de mercado, el cual se presenta como idóneo para vulnerar los principios de libre competencia y concurrencia que rigen los mercados nacionales, especialmente los relacionados con la contratación estatal.

- Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 adelantada por el INVÍAS

El proceso de selección referido¹²¹ tenía como objeto el "mantenimiento y rehabilitación de los muelles de carga y de pasajeros de San José del Guaviare, departamento de Guaviare" y su presupuesto oficial ascendía a \$483.278.443. Como puede apreciarse en la imagen a continuación, en este proceso participaron como proponentes independientes **DVG** y el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**, integrado por **PROTECO** y **AVINCO**.

Imagen No. 27. Participantes en el proceso de selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 adelantada por el INVÍAS

CONTRATO NÚMERO 001 MPC-MS-00000001, DE 016 CONTRATO DE MANTENIMIENTO			FECHA: 03 DE AGOSTO DE 2017		PROCESO: SA-MC-DO-SMF-021-2017				
OBJETO: MANTENIMIENTO Y REHABILITACIÓN DE LOS MUELLES DE CARGA Y DE PASAJEROS DE SAN JOSÉ DEL GUAVIARE, DEPARTAMENTO DE GUAVIARE.									
Número de	Proponente	%	ESTADO de la oferta	No. muelle	Proponente destacado	Valor de la oferta por construcción	Valor de la oferta por mantenimiento	Valor de la oferta por otros	
6	CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE		OK	211	SEGUEXPO	104388	N/A	OK	
	PROTECO INGENIERIA SAS	80%							N/A
	AVINCO LTDA	20%							
7	CONSORCIO RIO SAN JOSÉ		OK	105	ESTADO	214410123135	N/A	OK	
	JULIANA HORRELLÓ AMADO	70%							N/A
	NICOLAS ANDRÉS GÓMEZ CAÑO	30%							
8	DVG INGENIERIA SAS		OK	77	SEGUEXPO	104378	N/A	OK	
9	CONSORCIO GUAVIARE		OK	104	ESTADO	2144101231435	N/A	OK	
	TECOMY SAS	80%							N/A
	PRO INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS	20%							
OBSERVACIONES: EL PROponente N° 4 NO PRESENTA GARANTÍA DE SOLIDIDAD Y PRESENTA PROPUESTA TÉCNICA SIN FOLIO.									
NO SE LA COTIZÓ REHABILITACIÓN DE LA OFERTA DE MANTENIMIENTO (EN LA SUMATORIA DE COSTOS SOBRE LA PRESUPUESTACIÓN Y RECONSTRUCCIÓN LA MISMA).									

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPI SA-MC-DO-SMF-021-2017 DA PROCESO_17-11-6797600_124002002_31990539* (recuadros rojos fuera de texto original).

Sin embargo, también quedó acreditado el comportamiento coordinado entre los investigados, de acuerdo a los elementos probatorios que se pasan a detallar.

En efecto, se encontró el correo electrónico del 22 de julio de 2017, por medio del cual **PROTECO** remitió a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), tan solo tres

¹²¹ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPI SA-MC-DO-SMF-021-2017 AA PROCESO_17-11-6797600_124002002_31243604*.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 70

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

días después de la publicación del pliego de condiciones definitivo y antes de la fecha en que se había programado la entrega de las propuestas, una comunicación en la cual se indicó al representante legal suplente y accionista de DVG las características financieras con las que se conformaría el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**, integrado por **PROTECO** y **AVINCO**, con el objetivo de que prestara su colaboración con el cálculo de la capacidad residual necesaria para presentar oferta.

Imagen No. 28. Correo electrónico de PROTECO a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 22 de julio de 2017

From: PROTECO INGENIERIA SAS <protecoingenieria@gmail.com>
Sent: 7/22/2017 12:22:55 PM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
Subject: SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL
Attachments: CARACTERISTICAS CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE.xlsx; PLIEGO CONDICIONES DEFINITIVO.pdf

EL CONSORCIO SE LLAMARA

CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE

PROTECO INGENIERIA SAS - 95%
AVINCO LTDA - 5%

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-
EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-
401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost\root\Raiz -
Buzón\IPM_SUBTREE\Bandeja de entrada\SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL

Como puede apreciarse en el asunto del correo exhibido, el propósito de la remisión del mensaje era que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) realizara los cálculos para verificar si la estructura plural con la cual iba a presentarse **PROTECO**, su supuesta competidora, cumplía con los requisitos habilitantes indicados en el pliego de condiciones. El correo electrónico contenía como adjunto un documento en *Excel* con un ejercicio matemático para la verificación de los requisitos habilitantes exigidos dentro del pliego de condiciones: experiencia general y específica, capacidad financiera y capacidad residual para la contratación de obras.

Debe llamarse la atención que lo anterior da cuenta del intercambio de información que tuvo lugar entre supuestos competidores, así como la colaboración para que **DVG** determinara si **PROTECO** podía presentarse en un consorcio con **AVINCO**. Para este Despacho no hay duda que se trata de comportamientos que solo hallan explicación en un contexto de coordinación ilegítimo entre empresas que participan como competidores en un mismo proceso de selección.

Adicionalmente, debe reiterarse que, como fue expuesto anteriormente en la presente Resolución, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) fue el encargado de coordinar y gestionar la conformación del consorcio por medio del cual **PROTECO** y **AVINCO** participarían en este proceso, a pesar de que **DVG** también presentaría oferta con el ánimo de resultar adjudicatario. Elemento este que reitera la coordinación entre empresas competidoras en el marco de un proceso de selección, con el ánimo de burlar los principios de la libre competencia.

- Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-027-2017 adelantada por el INVÍAS

Este proceso de selección¹²² tenía como objeto el "mantenimiento, administración, organización y operación del muelle de Victoria Regia Leticia, Amazonas" y su presupuesto oficial era de \$328.570.957. En esta ocasión también participaron como aparentes competidores **DVG** y un consorcio integrado por **PROTECO** y **AVINCO**.

¹²² Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPI SA-MC-DO-SMF-027-2017PCD_PROCESO_17-11-7111268_124002002_34271778.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 29. Participantes en el proceso de selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-027-2017 adelantada por el INVÍAS

SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA No. SA-MC-DO-SMF-027-2017				
OBJETO: "MANTENIMIENTO, ADMINISTRACIÓN, ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DEL MUELLE DE VICTORIA REGIA LETICIA, AMAZONAS"				
FECHA: 10 DE NOVIEMBRE DE 2017.				
1. PROPUESTAS RECIBIDAS				
De acuerdo con la información contenida en el registro del cierre del concurso de méritos realizado el día 23 de octubre de 2017, se tiene que se recibieron propuestas de los siguientes oferentes:				
Nº DE PROPUESTA	ENTIDAD PROponente	INTEGRANTES	%	PAIS DE ORIGEN
1	CONSORCIO MONTAJES CAS INGENIEROS	CARLOS ALBERTO SANCHEZ L.	50	COLOMBIA
		CAS INGENIEROS S.A.S.	50	COLOMBIA
2	CONSORCIO FLUVIAL LETICIA	PROTECO INGENIERIA S.A.S.	50	COLOMBIA
		AVINCO LT.DA.	5	COLOMBIA
3	CONSORCIO RIO AMAZONAS	TECHNY S.A.S.	50	COLOMBIA
		HO INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.	50	COLOMBIA
4	UNION TEMPORAL VICTORIA REGIA	FERNANDO JIMENEZ ROA.	75	COLOMBIA
		AULI FERNANDO VELANDIA M.	25	COLOMBIA
5	CONSORCIO VICTORIA REGIA	JULIANA HERRILLO AMADO	95	COLOMBIA
		FIDEL DIAZ RESTREPO	5	COLOMBIA
6	DVG INGENIERIA S.A.S.	N/A		COLOMBIA
7	PILOTAJES Y CONSTRUCCIONES DEL PACIFICO "PELCO LT.DA."	N/A		COLOMBIA

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. : Inspección al SECOP/SA-MC-DO-SMF-027-2017/DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_34962821 (recuadros rojos fuera de texto original).

Una vez más, en este proceso quedó acreditado el comportamiento coordinado entre los agentes de mercado investigados, esto es DVG, PROTECO y DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, como se evidencia a continuación.

En efecto, el 20 de noviembre de 2017 a las 12:48 a.m., esto es, muy pocas horas después de que el INVÍAS publicara en el SECOP la respuesta del Comité Evaluador a las observaciones presentadas al informe de evaluación¹²³, EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) recibió un mensaje desde la cuenta de correo electrónico dvgingenieriasas@gmail.com, la cual siguió siendo utilizada por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) incluso después de haber cedido su participación en la compañía. En dicha comunicación, cuyo objeto era "pilas con esto", DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) informó lo siguiente: "MIRA LA CAGADA QUE COMETIÓ ANTONIO [HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos)], PIENSA QUÉ PODEMOS HACER".

ESPACIO EN BLANCO

¹²³ Según el SECOP, la publicación de las respuestas a las observaciones al informe de evaluación se hizo el 20 de noviembre de 2017 a las 7:58 p.m.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 72

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 30. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 20 de noviembre de 2017

From: DVG INGENIERÍA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>
Sent: 11/20/2017 12:48:31 AM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: pilas con esto
Attachments: 37. DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35812909.pdf

MIRA LA CAGADA QUE COMETIO ANTONIO, PIENSA QUE PODEMOS HACER

DVG INGENIERIA S.A.S.

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-
EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-
401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz -
Buzón\IPM_SUBTREE\imap\pilas con esto

Ahora bien, el anterior mensaje venía acompañado de unos adjuntos que dan cuenta del error enunciado en el cuerpo del correo electrónico y que correspondían a un documento encaminado a subsanar un requerimiento hecho al **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA** en el proceso de selección en cuestión, en el cual se pidió presentar la constancia de que el representante legal de **AVINCO** estaba autorizado para obligar a la compañía en el marco del proceso de selección, y el cual había sido radicado ante el **INVÍAS** el 1 de noviembre de 2017.

Sin embargo, el error al que se hacía referencia por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) consistía en que el documento de subsanación fue firmado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) como "representante legal de **DVG**", empresa que ni siquiera hacía parte del **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**, y que por el contrario, actuaba dentro del proceso de selección como un competidor independiente. A continuación, se observa la equivocación en comento en el siguiente documento:

ESPACIO EN BLANCO

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 31. Documento suscrito por EDER ZABALETA ROJAS como "representante legal de DVG" para subsanar requerimiento hecho al CONSORCIO FLUVIAL LETICIA



CONSORCIO FLUVIAL LETICIA



Bogotá D.C., 01 de noviembre de 2017.

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN
Carretera 59 No. 25-60 - CAN
Bogotá, D.C.

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS

ASISTENTE
REPRESENTANTE
REPRESENTANTE

AVINCO
DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN
DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

01/11/2017 09:02:32 pm

REFERENCIA : Proceso de Selección No. SA-MC-DO-SMF-027-2017, cuyo objeto es "MANTENIMIENTO, ADMINISTRACIÓN, ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DEL MUELLE DE VICTORIA REGIA LETICIA, AMAZONAS".

ASUNTO : Solicitud de Subseguimiento.

Respetados señores:

Reciban un cordial saludo, por medio de la presente nos permitimos responder a la solicitud de subseguimiento del proceso en asunto, realizada a través del documento publicado en el SECOP el día 31 de octubre de 2017, en la que la entidad pública lo diligenció, con respecto al proponente CONSORCIO FLUVIAL LETICIA.

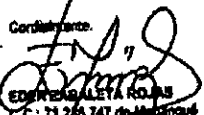
PROponente No. 3 CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

Verificando la propuesta se infiere que el representante legal del consorcio AVINCO LTDA., tiene obligaciones para con las obligaciones a nombre de la misma, requerimiento aprobado por parte de la junta de socios. No obstante, lo anterior no agota el artículo 147 y 148 de la propuesta, autorizada para participar en el proceso SA-MC-DO-SMF-027-2017, no para el proceso de la referencia SA-MC-DO-SMF-027-2017.

Por lo anterior, se adjunta al proponente, allega la documentación antes mencionada, en las condiciones exigidas, en el pliego de condiciones.

En respuesta a su solicitud de subseguimiento, y en concordancia con lo anteriormente descrito, se adjunta ACTA DE SOCIOS otorgando poder amplio y suficiente al representante legal de AVINCO LTDA para contraer obligaciones a nombre de la misma dentro del proceso de selección SA-MC-DO-SMF-027-2017.

Concediente:



EDER ZABALETA ROJAS
C.C. 71.255.747 de Bogotá
Representante Legal
DVG INGENIERIA S.A.S

Anejo lo enunciado en 2 folios.

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No.2 del Expediente. Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35244349 (recuadro rojo fuera de texto original).

Como lo mencionó la Delegatura en su Informe Motivado, las pruebas exhibidas hasta este punto acreditan de manera clara y directa la coordinación entre los investigados en el marco del proceso de selección analizado. De un lado, la comunicación por correo electrónico evidencia el trabajo colaborativo entre las dos compañías y su controlante, con el fin de que las mismas participaran en el proceso de manera coordinada. Del otro, el hecho que funcionarios de alguna de las empresas que conformaba el CONSORCIO FLUVIAL LETICIA hubiera incluido, al final del documento para subsanar un requerimiento de la entidad contratante, la firma del representante legal de una empresa competidora en el mismo proceso, da cuenta de la existencia de una coordinación entre los involucrados inaceptable a la luz del régimen de libre competencia.

De hecho, lo anterior se presentó como una prueba tan evidente de la coordinación entre los investigados, que incluso un tercer proponente en el proceso de selección bajo investigación solicitó el rechazo de las propuestas presentadas por DVG y CONSORCIO FLUVIAL LETICIA, con fundamento en el numeral 6.5 del pliego de condiciones¹²⁴. Para sustentar su solicitud, argumentó que

¹²⁴ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017/PCD_PROCESO_17-11-7111268_124002002_34271778. "6.5. RECHAZO DE LAS PROPUESTAS (...) 3) Si se establece que la persona natural, o jurídica, o miembro de proponente plural presentaron más de una propuesta para el mismo módulo, cuando se presente esta situación todas las ofertas que incurran en esta situación serán rechazadas".

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 74

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"están concursando simultánea y conjuntamente el Consorcio Fluvial Leticia (...) como proponente No. 2 y DVG Ingeniería SAS, como proponente No. 6, en la cual el representante legal de DVG Ingeniería SAS, está firmando por el Consorcio Fluvial Leticia". A continuación se presenta la observación referida.

Imagen No. 32. Observación presentada por un tercer proponente solicitando el rechazo de las ofertas de DVG y CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

1.1 OBSERVACIONES JURIDICAS.

El señor Javier Roa Salazar, mediante documento radicado en Inviás con número 222376 de 16 de noviembre de 2017, manifiesta que el proponente No. 2 Consorcio Fluvial Leticia aportó documento de subsanabilidad firmado por el señor Eder Zabaleta Rojas, quien es representante legal de la empresa DVG INGENIERIA S.A.S, empresa que participa igualmente en el presente proceso de selección.

Así mismo indica que se proceda al rechazo de la propuesta No. 2 "Consorcio Fluvial Leticia y No. 6 DVG INGENIERIA S.A.S, en atención a que la empresa DVG y AVINCO son propiedad del señor DANIEL VELASCO GONZALEZ, demostrando que ambas propuestas están claramente relacionadas en un contubernio para concursar en un mismo proceso con una falta total de transparencia.

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35993470*

Dado que la solicitud de rechazo presentada no fue acogida y DVG¹²⁵ resultó adjudicataria de este proceso de selección, el 23 de noviembre de 2017 un proponente solicitó al INVÍAS "la revocatoria del acto de adjudicación del proceso No. SA-MC-DO-SMF-027-2017"¹²⁶. El fundamento fue que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) era propietario de PROTECO y de DVG. Esa solicitud, como lo resaltó la Delegatura, fue desestimada por el INVÍAS mediante oficio del 6 de diciembre de 2017, pues la entidad consideró que la solicitud no estaba adecuadamente sustentada y que no era posible encuadrar el comportamiento cuestionado por el proponente en alguna de las causales de rechazo de las propuestas, contenidas en el numeral 6.5 del pliego de condiciones¹²⁷.

Sin embargo, este Despacho reitera que lo relevante de este aspecto, desde el punto de vista del derecho de la competencia, es que la coordinación entre los investigados en relación a su comportamiento en el proceso de selección bajo investigación fue tan evidente, que los mismos proponentes y participantes del proceso buscaron por diferentes medios que las propuestas presentadas por DVG y PROTECO, este último a través del CONSORCIO FLUVIAL LETICIA, fueran rechazadas.

- Selección Abreviada No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 adelantada por el INVÍAS

El proceso tenía como objeto la "[c]onstrucción del muelle fluvial de Pifluña Negro, departamento de Putumayo" y su presupuesto oficial ascendía a \$655.767.137¹²⁸. En este proceso participaron como aparentes competidores DVG y PROTECO. El material probatorio que acredita el comportamiento coordinado entre estas empresas se presenta a continuación.

El 9 de abril de 2018, un día antes del cierre de la convocatoria del proceso de selección analizado, desde la cuenta de correo electrónico consorciofluvialjunin01@gmail.com se envió un correo electrónico a HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de

¹²⁵ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_36354365*.

¹²⁶ La Delegatura advirtió en su Informe Motivado que la para la fecha en que fue presentada la solicitud, aún no se había adjudicado el proceso de selección, pero ya se había publicado el orden elegibilidad. Pese a esta circunstancia la solicitud de rechazo de las propuestas de DVG y del CONSORCIO FLUVIAL LETICIA, se denominó por parte de su competidor como "revocatoria del acto de adjudicación".

¹²⁷ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35993470*

¹²⁸ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-007-2018 3. PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO*.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 75

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

los hechos) y a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG). Mediante ese mensaje se solicitó a los funcionarios de DVG revisar las propuestas económicas que estaban adjuntas al correo, las cuales según el objeto del mensaje correspondían a las propuestas de DVG y PROTECO, e indicar si el valor allí establecido debía incrementarse o reducirse.

Imagen No. 33. Correo enviado desde CONSORCIO VIAL JUNIN a funcionarios de DVG para revisar propuestas económicas de DVG y PROTECO

From: CONSORCIO VIAL JUNIN <consorciovialjunin01@gmail.com>
Sent: 4/8/2018 10:57:29 PM -0500
To: Antonio Zabaleta <etzabaleta@hotmail.com>; EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: PRESUPUESTOS DVG INGENIERIA SAS Y PROTECO INGENIERIA SAS
Attachments: PROPUESTA ECONOMICA PROTECO INGENIERIA SAS.xlsx; PROPUESTA ECONOMICA DVG INGENIERIA SAS.xlsx

AMIGOS POR FAVOR REVISAR Y DECIRME EDER SI SE LE SUBE O SE LE BAJA A LAS PROPUESTAS ECONOMICAS

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADO DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Bandeja de entrada\PRESUPUESTOS DVG INGENIERIA SAS Y PROTECO INGENIERIA SAS

Como lo expresó el Informe Motivado, si bien en el texto de los documentos adjuntos al correo electrónico en cuestión se refirió un proceso de selección diferente, identificado con el No. **SA-DO-SMF-008-2018**, es evidente que se trató de un error de transcripción, pues una comparación entre el presupuesto oficial y la descripción de los ítems, unidad y cantidad incluidos en los documentos adjuntos, con los valores y cantidades referidas en el pliego de condiciones del proceso **SA-MC-DO-SMF-007-2018** del INVÍAS, evidencia una coincidencia exacta en todos los aspectos. Por lo tanto, para este Despacho tampoco caben dudas de que los proyectos de propuesta económica adjuntos en el correo presentado como prueba correspondían al objeto establecido para el proceso de selección analizado, esto es, la "construcción del muelle fluvial de Piñuña Negro, departamento de Putumayo".

En este orden de ideas, el hecho que se hubieran mandado a los funcionarios de DVG las propuestas que serían presentadas por esta compañía y por **PROTECO** en el proceso de selección bajo investigación, es una clara evidencia de que estas dos empresas coordinaban su comportamiento, desde las primeras etapas del proceso.

Por otro lado, se evidenció que el 10 de abril de 2018, un día después de la remisión de los documentos denominados "propuesta económica Proteco Ingeniería SAS.xlsx" y "propuesta económica DVG Ingeniería SAS.xlsx" al correo de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), DVG y PROTECO se presentaron como proponentes aparentemente independientes en el proceso analizado, tal y como se evidencia a continuación:

Imagen No. 34. Acta de entrega de propuestas en el proceso de licitación pública No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 del INVÍAS



Ministerio Nacional de Infraestructura y Transportación
GESTIÓN CONTRACTUAL
LISTADO DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS

CÓDIGO: ACONT/MPB-14
VERSIÓN: 3
PÁGINA: 1 DE 1

MODALIDAD DEL PROCESO: Selección Abreviada No. SA-MC-DO-SMF-007-2018

Nº	EMPRESA PROponente	Nº DE OFERTA	FECHA DE RECEPCIÓN	FECHA DE ENTREGA	EMPRESA DEL REPRESENTANTE LEGAL	EMPRESA DEL REPRESENTANTE LEGAL SUPLENTE	FECHA DE ENTREGA DE LA PROPUESTA
1	Consorcio Muelle Cas	1	10-4-18	8:31	Carla Alberto Sánchez J	Sergio G. Hoyos Ceballos	10-4-18
2	Consorcio Piñuña	1	10-4-18	9:05	Liliana Hernández	Alexandra Rodríguez	10-4-18
3	Proteco Ingeniería SAS	1	10-4-18	9:10	Lorena Salcedo	Nathalia Rodríguez	10-4-18
4	Piñeco Ltda	1	10-4-18	9:25	Cesar Hernandez Acosta	Adriana Rodríguez	10-4-18
5	DVG Ingeniería SAS	1	10-4-18	9:45	Eder Zabaleta	Maribel Zabaleta	10-4-18

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. : Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-007-2018 ACTA DE CIERRE SA-MC-DO-SMF-007-2018 (Subraya rojo fuera de texto original).

Se pudo evidenciar que las propuestas económicas que DVG y PROTECO presentaron contenían el mismo error de digitalización en la identificación del proceso, pues en ambas se referenció el No. **SA-DO-SMF-008-2018**, como se observa a continuación:

RESOLUCIÓN (23323) DE 2020

HOJA Nº 76

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 35. Propuesta 1C, presentada por DVG en el proceso de licitación pública No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 del INVÍAS

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS SUBDIRECCIÓN MARITIMA Y FLUVIAL SELECCIÓN ABREVIADA N° SA-DO-SMF-007-2018 OBJETO: CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE FLUVIAL DE PUERTO NEGRO, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO								
N°	ITEM DE PAJO	ESPECIFICACIONES		DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
		GENERAL	DETALLADA					
1	1		A.1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LUVIADOS Y LOCACIONES VÍA TERRESTRE	TÓN/M3	8,529.00	\$ 6,000.00	\$5,118,000.00
2	2		A.1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LUVIADOS Y LOCACIONES VÍA FLUVIAL, RIO PUTUMAYO, PUERTO NEGRO - PUERTO ASIS	TÓN/M3	1,200.00	\$ 7,200.00	\$ 8,640,000.00
3	3		P.2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA TERRESTRE ENTRE LA FUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUVIAL	TÓN/M3	25,095.00	\$ 8,800.00	\$ 220,842,000.00
4	4		P.2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA FLUVIAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DESPOSIÓN (PUERTO ASIS - PUERTO NEGRO)	TÓN/M3	8,800.00	\$ 7,300.00	\$ 64,240,000.00
5	5		P.3	LOCALIZACIÓN, REPLANTIO Y CONTROL TOPOGRÁFICO DE LAS OBRAS	M2/S	1.00	\$ 8,000,000.00	\$ 8,000,000.00
6	600.1.1	600.1.3		EXCAVACIONES VARIAS SIN CLASIFICAR	M3	70.00	\$ 29,000.00	\$ 2,030,000.00
7	7		P.4	SUBMINISTRO E HIRCA DE PILOTE DE ACERO ESTRUCTURAL 12" (INCLUYE CONTROL DE HIRCA Y REVISIÓN ESTRUCTURAL)	M	145.00	\$ 6,800,000.00	\$ 9,860,000.00
8	8		P.6	SUBMINISTRO E INSTALACIÓN DE BARCAZA DE ACERO	M3	16,889.00	\$ 15,270.00	\$ 257,870,000.00
9	9		P.6	SUBMINISTRO E INSTALACIÓN DE PASARELAS	M3	7,025.00	\$ 16,300.00	\$ 114,405,000.00
10	10		P.6	SUBMINISTRO E INSTALACIÓN DE ESTRUCTURAS DE APOYO (ESCALERA)	M3	1,800.00	\$ 16,000.00	\$ 28,800,000.00
11	11		P.6	SUBMINISTRO E INSTALACIÓN DE BARRAS Y ANCLAJES DE ARMADO	UN	2.00	\$ 1,120,000.00	\$ 2,240,000.00
12	12		P.6	SUBMINISTRO E INSTALACIÓN DE DEFENSAS EN LLANTA PARA LA BARCAZA FLUOTANTE	M	-12.00	\$ 815,000.00	\$ -9,780,000.00

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPSA-MC-DO-SMF-007-2018/PROPUESTAS ECONOMICAS SA-MC-DO-SMF-007-2018* (recuadro rojo fuera de texto original).

Imagen No. 36. Propuesta 5C, presentada por PROTECO en el proceso de licitación pública No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 del INVÍAS

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS

SUBDIRECCIÓN MARITIMA Y FLUVIAL

SELECCIÓN ABREVIADA N° SA-DO-SMF-007-2018

OBJETO: CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE FLUVIAL DE PUERTO NEGRO, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO

SC

N°	ITEM DE PAJO	ESPECIFICACIONES GENERAL	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
1	1	A.1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LUVIADOS Y LOCACIONES VÍA TERRESTRE	TÓN/M3	8,529.00	\$ 6,000.00	\$4,918,000.00
2	2	A.1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LUVIADOS Y LOCACIONES VÍA FLUVIAL, RIO PUTUMAYO, PUERTO NEGRO - PUERTO ASIS	TÓN/M3	1,200.00	\$ 7,200.00	\$ 8,640,000.00
3	3	P.2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA TERRESTRE ENTRE LA FUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUVIAL	TÓN/M3	25,095.00	\$ 8,800.00	\$ 220,842,000.00
4	4	P.2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA FLUVIAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DESPOSIÓN (PUERTO ASIS - PUERTO NEGRO)	TÓN/M3	8,800.00	\$ 7,300.00	\$ 64,240,000.00
5	5	P.3	LOCALIZACIÓN, REPLANTIO Y CONTROL TOPOGRÁFICO DE LAS OBRAS	M2/S	1.00	\$ 8,000,000.00	\$ 8,000,000.00
6	600.1.1	600.1.3	EXCAVACIONES VARIAS SIN CLASIFICAR	M3	70.00	\$ 29,000.00	\$ 2,030,000.00
7	7	P.4	SUBMINISTRO E HIRCA DE PILOTE DE ACERO ESTRUCTURAL 12" (INCLUYE CONTROL DE HIRCA Y REVISIÓN ESTRUCTURAL)	M	145.00	\$ 6,800,000.00	\$ 9,860,000.00
8	8	P.6	SUBMINISTRO E INSTALACIÓN DE BARCAZA DE ACERO	M3	16,889.00	\$ 15,100.00	\$ 255,025,000.00
9	9	P.6	SUBMINISTRO E INSTALACIÓN DE PASARELAS	M3	7,025.00	\$ 16,300.00	\$ 114,405,000.00
10	10	P.6	SUBMINISTRO E INSTALACIÓN DE ESTRUCTURAS DE APOYO (ESCALERA)	M3	1,800.00	\$ 16,000.00	\$ 28,800,000.00

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPSA-MC-DO-SMF-007-2018/PROPUESTAS ECONOMICAS SA-MC-DO-SMF-007-2018* (recuadro rojo fuera de texto original).

Nótese además que tal error de transcripción se encontraba desde los documentos *Excel* que fueron remitidos a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) para su revisión a través del correo electrónico enviado desde la cuenta consorcioivajunin01@gmail.com.

Debe mencionarse que si bien el formato que el INVÍAS subió al SECOP II para la presentación de la oferta económica contenía el error referido, de las cinco (5) propuestas económicas presentadas, solo las de DVG y PROTECO lo reprodujeron. En consecuencia, los otros tres (3) proponentes advirtieron el error en el formato de la entidad contratante y lo corrigieron, como puede observarse en las siguientes imágenes:

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 37. Propuestas 2C, 3C y 4C, presentada por PILOTAJES Y CONSTRUCCIONES DEL PACIFICO PILCO LTDA., CONSORCIO MUELLES CAS y CONSORCIO PIÑUÑA respectivamente en el proceso de licitación pública No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 del INVÍAS

2C

		INSTITUTO NACIONAL DE VIAS SUBDIRECCION MARITIMA Y FLUVIAL SELECCION ABREVIADA No. SA-DO-SMF-007-2018						
		OBJETO: "CONSTRUCCION DEL MUELLE FLUVIAL DE PIÑUÑA NEGRO, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO"		PRESUPUESTO OFICIAL				
N°	ITEM DE PAGO	ESPECIFICACIONES		DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
		GENERAL	PARTICULAR					
1	1		P-1	MOVILIZACION Y DESMOVILIZACION DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VIA TERRESTRE	TON/KM	8.528,00	\$ 895,00	\$5.074.180,00
2	2		P-1	MOVILIZACION Y DESMOVILIZACION DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VIA FLUVIAL RIO PUTUMAYO, PIÑUÑA NEGRO - PUERTO ASIS	TON/KM	1.200,00	\$ 2.750,00	\$3.300.000,00
3	3		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VIA TERRESTRE ENTRE LA FUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUVIAL	TON/KM	23.023,00	\$ 800,00	\$18.057.000,00
4	4		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VIA FLUVIAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DISPOSICION (PUERTO ASIS-PIÑUÑA NEGRO)	TON/KM	3.500,00	\$ 2.750,00	\$9.625.000,00
5	5		P-3	LOCALIZACION, REPLANTEO Y CONTROL TOPOGRAFICO DE LAS OBRAS	MES	1,00	\$ 6.880.899,00	\$6.880.899,00
6	600.11	600.13		OBSERVACIONES VARIAS EN CLASIFICAR	M3	30,00	\$ 579.240,00	\$17.379.240,00
7	7		P-4	SUMINISTRO E HINCA DE PILES DE ACERO ESTRUCTURAL 17" (SUMINISTRO Y HINCA DE PILES DE ACERO ESTRUCTURAL 17" ENTRE PUERTO ASIS Y PIÑUÑA NEGRO)	M.	145,00	\$ 528.838,00	\$77.013.818,00

3C

		INSTITUTO NACIONAL DE VIAS SUBDIRECCION MARITIMA Y FLUVIAL SELECCION ABREVIADA No. SA-DO-SMF-007-2018						
		OBJETO: "CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE CASARABO PIÑUÑA NEGRO, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO ETAPA II"						
PRESUPUESTO OFICIAL								
Nº	ITEM DE PAGO	ESPECIFICACIONES		DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
		GENERAL	PARTICULAR					
1	1		P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VÍA TERRESTRE	TON/KM	8.528,00	\$ 600,00	\$5.118.800,00
2	2		P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VÍA FLUVIAL RÍO PUTUMAYO, PIÑUÑA NEGRO - PUERTO ASÍS	TON/KM	1.200,00	\$ 2.800,00	\$3.360.000,00
3	3		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA TERRESTRE ENTRE LA FUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUVIAL	TON/KM	25.085,00	\$ 600,00	\$15.057.000,00
4	4		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA FLUVIAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DISPOSICIÓN (PUERTO ASÍS-PIÑUÑA NEGRO)	TON/KM	3.500,00	\$ 2.800,00	\$9.800.000,00
5	5		P-3	LOCALIZACIÓN REPLANTEO Y CONTROL TOPOGRÁFICO DE LAS OBRAS	MES	1,00	\$ 6.880.899,00	\$6.880.899,00
6	600.11	600.13		OBSERVACIONES VARIAS EN CLASIFICAR	M3	30,00	\$ 579.240,00	\$17.379.240,00
7	7		P-4	SUMINISTRO E HINCA DE PILES DE ACERO ESTRUCTURAL 17" (SUMINISTRO Y HINCA DE PILES DE ACERO ESTRUCTURAL 17" ENTRE PUERTO ASÍS Y PIÑUÑA NEGRO)	M.	145,00	\$ 528.838,00	\$77.013.818,00

4C

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPI SA-MC-DO-SMF-007-2018 PROPUESTAS ECONOMICAS SA-MC-DO-SMF-007-2018 (recuadro rojo fuera de texto original).

Estas similitudes en los errores de transcripción en dos o más propuestas presentadas por distintos oferentes en un mismo proceso de selección, han sido catalogadas por esta Superintendencia¹²⁹, y por entidades internacionales como la misma Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante "OCDE")¹³⁰, como señales de advertencia que, de presentarse, sirven para

¹²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 1728 de 2019.

¹³⁰ OCDE, "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", página 14.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 78

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

detectar una posible conducta colusoria¹³¹. En este sentido, dichas similitudes configuran pruebas indiciarias¹³², que analizadas a luz de los demás elementos probatorios obrantes en el Expediente, permiten dar cuenta la existencia de un comportamiento coordinado entre los proponentes.

En definitiva, los elementos de prueba expuestos dan cuenta de que DVG y PROTECO coordinaron su comportamiento, incluso para la elaboración de sus propuestas económicas, que fueron confiadas a la revisión de las mismas personas. Este comportamiento, por supuesto, es inconsistente con un escenario de verdadera competencia, pues corresponde con una dinámica de coordinación entre competidores, sancionable a la luz del régimen de libre competencia en Colombia.

- Licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018 adelantada por el INVÍAS

El proceso de selección tenía como objeto la "construcción del muelle de pie de Pató, municipio de Alto Baudó, Departamento del Chocó" y su presupuesto oficial ascendía a \$862.630.212¹³³. En relación con este proceso existen pruebas que acreditan directamente la participación coordinada de los investigados, como se verá a continuación.

El 15 de agosto de 2018 a las 12:53 a.m., DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) remitió a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) un mensaje por correo electrónico en el que expresamente le indicó que "VAMOS CON TRES PROPUESTAS", evidentemente haciendo referencia a la forma como se presentarían coordinadamente en el proceso de licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018 adelantado por el INVÍAS. Así, las propuestas que serían presentadas coordinadamente, según el correo de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, serían las del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO, DVG y el CONSORCIO OBRAS HIDRÁULICAS.

Imagen No. 38. Correo electrónico enviado por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 15 de agosto de 2018

From: DANIEL VELASCO GONZALEZ <danielvelasco@gmail.com>
Sent: 8/15/2018 12:53:23 AM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: PILAS PUES

TENEMOS HASTA LAS 9 AM
PRESUPUESTO OFICIAL \$ 862.630.212
VAMOS CON TRES PROPUESTAS
DVG INGENIERIA SAS
CONSORCIO FLUVIAL
CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS
ESTIMAMOS QUE POR LA COMPLEJIDAD DE LA EXPERIENCIA SE PRESENTEN:
1. CAS
2. PILCO
3. JULIANA CON OTRO
4. PUENTES
5. MEZA
6. HQ INGENIERIA
7. DVG INGENIERIA SAS
8. CONSORCIO FLUVIAL
9. CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS
URGENTE POR FAVOR

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADO DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Ralz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Destacados\PILAS PUES

El mensaje recién presentado incluía una instrucción para que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) adelantara ciertas gestiones necesarias para promover la

¹³¹ Superintendencia de Industria y Comercio, "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", páginas 10 a 12.

¹³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3150 de 2019.

¹³³ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPLP-DO-SMF-027-2018. Pliego de Condiciones definitivo.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

participación concurrente y coordinada de los investigados. Expresiones como **"TENEMOS HASTA LAS 9 AM"** y **"VAMOS CON TRES PROPUESTAS"** no dejan dudas de la forma como los investigados se encontraban coordinando su participación en el proceso de selección analizado desde antes de la presentación de las ofertas.

En especial, lo anterior deja en evidencia que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) se encontraba ejerciendo efectivamente su capacidad de influencia sobre las empresas controladas, con el fin de materializar la coordinación entre ellas en el marco de un proceso de selección.

Adicionalmente, se demostró, con fundamento en el listado de recepción de propuestas económicas que efectivamente los investigados se presentaron en el proceso de licitación pública No. **LP-DO-SMF-027-2018** del **INVÍAS** de la forma como había sido indicada por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**).

Imagen No. 39. Listado de recepción de propuestas en el proceso de licitación pública No. **LP-DO-SMF-027-2018** del **INVÍAS**

	Instituto Venezolano de Vías				CÓDIGO		ACONTINUA-M		
	GESTIÓN CONTRACTUAL				VERSIÓN		3		
	LISTADO DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS				PÁGINA		1 DE 1		
MODALIDAD DEL PROCESO: Licitación Pública					No. LP-DO-SMF-027-2018				
ORDEN	EMPRESA PROponente	FECHA DE RECEPCIÓN	HORA DE RECEPCIÓN	PERSONA QUE ENTREGA LA PROPUESTA	PERSONA QUE RECIBE LA PROPUESTA	FECHA DE RECEPCIÓN	HORA DE RECEPCIÓN	PERSONA QUE ENTREGA LA PROPUESTA	PERSONA QUE RECIBE LA PROPUESTA
1.	Consorcio alto andino	1	8:08:17 8:16	Juan Carlos Gilva	Juan Carlos Gilva	98.081.210		Juan Carlos Gilva	
2.	Andorra Maiz Puntas	1	8:08:18 8:25	Rafaela María Puentes	Rafaela María Puentes	98.081.658		Rafaela María Puentes	
3.	Consorcio Maiz en Maiz	1	8:08:18 8:24	Diego Fernando Mesa	Diego Fernando Mesa	98.081.658		Diego Fernando Mesa	
4.	AVI Ingeniería SAS	1	8:08:18 8:45	Eder Zabalita Rojas	Eder Zabalita Rojas	98.081.658		Eder Zabalita Rojas	
5.	Consorcio Fluvial	1	8:08:18 8:46	Daniel Velasco Gonzalez	Daniel Velasco Gonzalez	98.081.658		Daniel Velasco Gonzalez	
6.	Consorcio Obras Hidráulicas	1	8:08:18 8:47	Eder Zabalita Rojas	Eder Zabalita Rojas	98.081.658		Eder Zabalita Rojas	
7.	Consorcio Bío Bío	1	8:08:18 8:51	César Hernández Procto	César Hernández Procto	98.081.658		César Hernández Procto	
8.	Consorcio Río Andino	1	8:08:18 8:52	Johann Heriberto Andrade	Johann Heriberto Andrade	98.081.658		Johann Heriberto Andrade	

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPLP-DO-SMF-027-2018* image2018-08-21-085157 (recuadro rojo fuera de texto original).

Puede observarse además que las propuestas del **CONSORCIO FLUVIAL**, integrado por **PROTECO** y **AVINCO**, y del **CONSORCIO OBRAS HIDRÁULICAS** fueron entregadas por personal vinculado a **DVG**, en particular por **LAURA NATALIA MORALES CÁRDENAS** (asistente contable de **DVG** para la época de los hechos) y **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de **DVG** para la época de los hechos)¹³⁴. Adicionalmente, se demostró que las tres propuestas referidas por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (fundador de **DVG** y único accionista de **PROTECO**) en su correo electrónico del 15 de agosto de 2018 fueron entregadas consecutivamente con un minuto de diferencia cada una: **DVG** a las 8:45, **CONSORCIO FLUVIAL** a las 8:46 y **CONSORCIO OBRAS HIDRÁULICAS** a las 8:47¹³⁵.

Así las cosas, los anteriores elementos de prueba, valorados de manera conjunta con las demás pruebas que obran en el Expediente, dan cuenta de que en el proceso de licitación pública No. **LP-DO-SMF-027-2018** del **INVÍAS**, **DVG** y **PROTECO** materializaron una vez más su comportamiento coordinado de manera contraria a los principios y las normas de libre competencia en Colombia.

- Proceso de selección de contratista No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONTUR**

Este proceso de selección tenía como objeto la "construcción de un embarcadero turístico en el área de la salvajina, vereda San Martín, municipio de Morales, Departamento del Cauca" y su presupuesto

¹³⁴ Folio 63 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.
¹³⁵ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPLP-DO-SMF-027-2018* image2018-08-21-085157.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 80

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

oficial era de \$829.157.577¹³⁶. Participaron DVG, como miembro del **CONSORCIO EMBARCADERO**, y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) como persona natural. Así se acredita mediante el link en **SECOF** del proceso.

Imagen No. 40. Listado de proponentes en el proceso No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR

El Comité Evaluador de la oferta de la inversión privada en el programa establecido de la Inversión Abierta a Prueba (FNTIA-043-2018), procede a emitir el Informe Preliminar de Evaluación:

No.	PROponentes
1	CONSORCIO SAN MARTÍN DEAN PABLO DORADO MARTÍNEZ 33% - DORADO ASOCIADOS S.A.S - 33% - GRUPO CONSTRUCCIONES CONDOMINIOS LTDA - 33%
2	CONSORCIO EMBARCADERO DVG INGENIERIA SAS 70% - AVINCO LTDA - 30%
3	ALCANTARILLA S.A.S
4	CONSORCIO VAINCO S.A.
5	MANEGAS INGENIEROS S.A.S 30% - PICO LTDA - 50%
6	LOKMA 3 ASOCIADOS S.A.S
7	DANIEL VELASCO GONZÁLEZ DANIEL S.A.S
8	URBANA PABLO ES FUTURO
9	CONSORCIO SALVADORA 2018 PROTECO INGENIERIA LTDA 50% - ABANDADO GARCÉS ACOSTA 10%
10	CONSORCIO FONTUR 2018 JOSE ALONSO CORRALDO 70% - HERNÁN ALEJANDRO VALERO - 30%
11	CONSORCIO TURISTICO 2018 JOSE MAN GOMEZ SALAZAR 50% - CONSTRUCCIONES DG S.A.S - 50%
12	LUIS FERNANDO MESA BALLESTEROS
13	HSP CONSTRUCCIONES S.A.S

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOP/FNTIA-043-2018DP_PROCESO_18-4-8435716_101101025_49272183* (recuadro rojo fuera de texto original).

Las pruebas que acreditan el comportamiento coordinado de los investigados se presentan a continuación.

El 24 de septiembre de 2018, **HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO** (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) solicitó la póliza de seriedad de la oferta del **CONSORCIO EMBARCADERO**, conformado por DVG y AVINCO, para su participación en el proceso de selección No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR.

Imagen No. 41. Correo electrónico de HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) solicitando la póliza de seriedad de la oferta del CONSORCIO EMBARCADERO, conformado por DVG y AVINCO, para su participación en el proceso de selección No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR

De: DVG INGENIERIA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>
Enviado el: lunes, 24 de septiembre de 2018 4:41 p. m.
Para: Angelica Sanabria <asanabria@cysaseguros.com>
Asunto: GARANTÍA DE SERIEDAD FNTIA-043-2018

DVG INGENIERIA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>

para Angelica

Buen día Angelica. Adjunto envío documentación para que por favor me colabore con la Garantía de Seriedad para el proceso de selección en el cual participará el CONSORCIO EMBARCADERO conformado por DVG INGENIERIA S.A.S y AVINCO LTDA.

Quedo atento a cualquier requerimiento.

Atentamente

ANTONIO ZABALETA
Coordinador de Licitaciones

DVG INGENIERIA S.A.S.

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-WEB-EDER VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Raíz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\Re: GARANTÍA DE SERIEDAD FNTIA-043-2018

Sin embargo, lo que llama la atención es que como respuesta al correo anterior, la funcionaria del intermediario de seguros, **ANGÉLICA SANABRIA OVIEDO**, le preguntó al coordinador de licitaciones de DVG respecto de la participación de "Daniel" en ese proceso de selección. La funcionaria evidentemente se refería a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), poniendo de presente que la constante coordinación que se mantenía entre este último y DVG era de

¹³⁶ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOP/FNTIA-043-2018DP_PROCESO_18-4-8435716_101101025_47679467*.

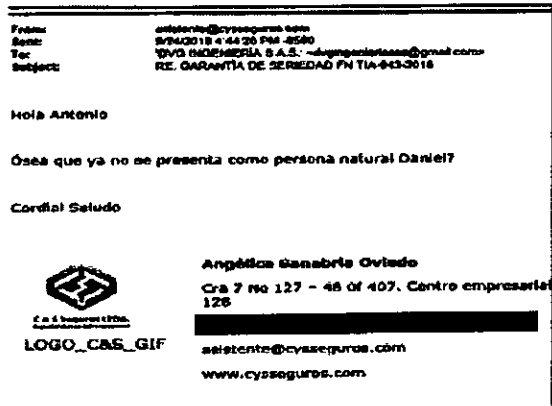
EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

conocimiento incluso de terceros. De hecho, del correo que se presenta a continuación, puede evidenciarse cómo para la funcionaria de la empresa de seguros, el hecho que DVG presentara oferta podía significar que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) ya no se presentaría como persona natural, poniendo de presente que conocía que entre ambos agentes de mercado existía una relación y una política de coordinación de tiempo atrás.

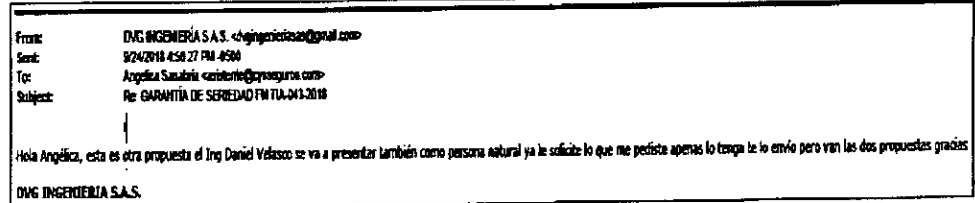
Imagen No. 42. Respuesta dada por ANGÉLICA SANABRIA OVIEDO (funcionaria del intermediario de seguros) al correo electrónico de HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENCO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) del 24 de septiembre de 2018



Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE[Gmail]/Enviados/Re: GARANTÍA DE SERIEDAD FN TIA-043-2018

No obstante, **HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENCO** (coordinador de licitaciones de **DVG** para la época de los hechos) dio respuesta al interrogante referido e indicó que *"el Ing. Daniel Velasco se va a presentar también como persona natural ya le solicité lo que me pediste apenas lo tenga te lo envío pero van las dos propuestas"*. Las dos propuestas son las del **CONSORCIO EMBARCADERO**, del cual hacía parte **DVG**, y la de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) como persona natural. Esta respuesta reveló que el funcionario de **DVG** estaba enterado de la estrategia de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** y que, además, mantenía comunicación con él y desarrollaba gestiones en beneficio de ese supuesto competidor. Actitud que evidencian la clara coordinación existente entre los dos agentes de mercado y que ha sido ampliamente detallada en el presente acto administrativo.

Imagen No. 43. Respuesta dada por HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENCO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) a ANGÉLICA SANABRIA OVIEDO (funcionaria del intermediario de seguros)



Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE[Gmail]/Enviados/Re: GARANTÍA DE SERIEDAD FN TIA-043-2018

Como puede observarse, queda en evidencia la colaboración del funcionario de **DVG** para que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), un supuesto competidor, pudiera participar en el proceso, lo cual es coherente con la dinámica coordinada con la que actuaban las

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 82

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

empresas investigadas, de acuerdo a los diferentes elementos de prueba que fueron detallados en la presente Resolución.

Estas pruebas, sin lugar a dudas, evidencian la coordinación para el cumplimiento de los requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección que existía entre los agentes de mercado investigados, así como la constante comunicación y coordinación entre ellos. Ese comportamiento, como lo resaltó la Delegatura en su Informe Motivado, de ninguna manera se presenta como coherente con un escenario de competencia, pues es una manifestación clara de una coordinación anticompetitiva, que presenta una potencialidad de reducir las presiones competitivas de los agentes vinculados.

7.4.6. Sobre la idoneidad de la conducta investigada para afectar la competencia y su impacto en el mercado

En el 2019, el Producto Interno Bruto de Colombia fue de 1.061 billones de pesos, de los cuales 163.8 billones correspondieron al gasto de consumo final del gobierno general. En otras palabras, el gasto del gobierno representó cerca del 15% del gasto total de la economía. Lo anterior es ilustrativo de la importancia de las compras públicas, a través de las cuales el gobierno se abastece de bienes y servicios necesarios para el correcto cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, la adecuada ejecución de las compras públicas permite por un lado, el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad. Lo anterior, en suma, permite que se logre una asignación eficiente de los recursos públicos.

Cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable bajo el régimen de libre competencia económica en Colombia pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una libre participación de las empresas en el mercado.

En 2017, la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL)¹³⁷ destacó que las compras realizadas por el Estado, en el cumplimiento de sus funciones, comprenden una serie de beneficios agrupados en las siguientes categorías: (i) utilidad pública; (ii) de carácter administrativo; y (iii) de tipo económico, las cuales deben converger hacia un fin último y es el de satisfacer necesidades sociales. Por su parte, de acuerdo con la OCDE (2017)¹³⁸, el principal objetivo de una política efectiva de compras por parte del Estado es "el fomento de la eficiencia y el alcance de la mejor relación entre calidad y precio".

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que los proponentes de un proceso de contratación pública realicen cualquier tipo de práctica o conducta coordinada que tenga el efecto, o la potencialidad, para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el gobierno, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

Además, debe reiterarse que el régimen de libre competencia económica, en el contexto de la contratación estatal, tiene como uno de sus propósitos el que todas las personas que deseen participar de un proceso de selección (proponentes) puedan acceder con igualdad de oportunidades a formular sus ofertas y, además, que de ese ejercicio de autonomía y de sana rivalidad se obtengan las mejores condiciones de contratación para el Estado.

¹³⁷ CEPAL. (2017) "Estudio Económico de América Latina y el Caribe". (LC/PUB.2017/17-P). Santiago de Chile.

¹³⁸ OCDE. (2017). "Contratación Pública: Opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos". Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. OCDE, París.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En línea con lo anterior, los comportamientos encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco procesos de contratación, cuando en realidad lo que existe es un comportamiento coordinado entre los proponentes, constituyen una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica. Lo anterior, debido a que un comportamiento de esa naturaleza resulta idóneo para impedir la materialización de condiciones de igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que sean parte en dicho proceso.

Comportamientos como el que aquí se analiza podrían también resultar idóneos para impedir que la oferta elegida sea aquella que ofrezca las mejores condiciones para el Estado. Esto, por cuanto el comportamiento coordinado de los proponentes conduce, en la práctica, a una selección distorsionada que desvía la elección de las mejores ofertas al reducir sus posibilidades de ser seleccionadas, en últimas, provocando condiciones menos favorables para la entidad contratante.

En el presente caso, se encontró probado que los investigados vulneraron el régimen de libre competencia económica, al presentar sus ofertas de manera coordinada, beneficiándose en desmedro de sus competidores y de las respectivas entidades Estatales. Lo anterior fue posible gracias a los diferentes elementos que fueron descritos en la presente Resolución, como la existencia de relaciones previas, la presencia de una situación de subordinación desde el punto de vista competitivo y demás elementos mencionados por este Despacho. Adicionalmente, como se mostrará a continuación, se encontraron algunos elementos que permitieron a los investigados anticipar condiciones de competencia fundamentales en los procesos para, así, presentar ofertas económicas coordinadas.

Si bien este Despacho reconoce la existencia en los procesos de selección analizados de algunos factores como el criterio final de evaluación, que no podían ser conocidos por los proponentes con certeza al momento de realizar sus ofertas económicas, también se evidenció la presencia de situaciones que permitieron la conducta que aquí se reprocha, según la cual, independientemente de dicha incertidumbre, desplegaron una estrategia coordinada desde un inicio que tenía la potencialidad de causar un daño en el mercado, lo cual es suficiente para establecer la violación al régimen de libre competencia. En todo caso, se demostró que la conducta sancionada sí alteró la probabilidad con la cual estos obtendrían la adjudicación, sobre todo en comparación con las probabilidades de éxito de los competidores que actuaron de manera independiente.

Lo anterior en la medida en que pese a la existencia de elementos de incertidumbre, los investigados podían contar con ciertos elementos de juicio que les permitía aproximarse a la dinámica de competencia de los procesos de selección en los que participaron. Así, tenían la capacidad de recrear posibles escenarios con el fin de establecer las ofertas más favorables para sus intereses.

En primer lugar, los mismos investigados indicaron a esta Superintendencia que en aquellos procesos de contratación relacionados con la ejecución de obras fluviales, como los analizados en el presente caso, podía anticiparse quiénes eran los proponentes porque, en palabras de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), *"casi todos nos presentamos los mismos (...) son digamos, son más o menos unos 10, unos 10 oferentes que siempre, algunos cumplen en todo, otros no, pero siempre estamos los mismos"*¹³⁹. Del anterior testimonio puede destacarse, como lo confirmó **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO), que la experiencia jugaba un papel relevante. Este último afirmó que *"como resulta que la experiencia es bastante específica, ¿sí?, somos los mismos, se los puedo hasta nombrar, somos los mismos 10 de siempre. (...) Es más, de hecho entre ellos, entre nosotros, inclusive entre nosotros nos presentamos en consorcios a veces para fortalecemos"*¹⁴⁰.

En este sentido, puede concluirse la existencia de dos elementos fundamentales: (i) la existencia de diez (10) posibles proponentes en procesos de ejecución de obras fluviales, y (ii) el conocimiento de la experiencia de cada uno de los posibles proponentes que tienen sus competidores. De estos dos elementos, más los requisitos habilitantes establecidos en cada uno de los procesos de selección, era

¹³⁹ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 181030_1335 Min. 26:18.

¹⁴⁰ Folio 658 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 13:10 y 43:49.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 84

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

posible establecer, con alto grado de confiabilidad, quiénes serían los competidores para cada uno de dichos procesos. Un ejemplo de lo anterior lo constituye el mensaje enviado por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), en el marco del proceso de contratación No. **LP-DO-SMF-027-2018**, en el que determinó quiénes serían los competidores de **DGV** y **PROTECO** "por la complejidad de la experiencia".

Un segundo elemento relevante lo constituye la similitud en los procesos de contratación que han sido objeto de análisis en la presente actuación administrativa. Que los diferentes procesos de contratación tengan como factor de evaluación de las propuestas los mismos métodos estadísticos, a saber, media aritmética, media aritmética alta, media geométrica con presupuesto oficial y menor valor, permite a los investigados adquirir conocimiento y experiencia sobre cómo presentar las ofertas más favorables posibles a sus intereses, sin necesidad de conocer de manera específica el método que sería escogido.

En particular, tal y como lo demostró la Delegatura, las ofertas de los investigados, que fueron complementarias entre sí, resultaban más propensas a ganar al menos en 3 de los 4 métodos posibles de calificación de las mismas (aquellos relacionados con valores medios, es decir, el único que no se alteraba con sus ofertas era el de menor valor). Así, es evidente que el comportamiento de los agentes investigados impidió el desarrollo de los procesos bajo principios de igualdad de oportunidades y selección objetiva.

Por último, también fue posible establecer que los investigados podían aproximarse a cómo sería el comportamiento de sus competidores en cada uno de los procesos. Lo anterior, pues en palabras de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), podían observar los comportamientos desplegados en procesos anteriores y similares y el resultado de los mismos, así como las tendencias dependiendo del factor de evaluación que había sido usado¹⁴¹.

Por los tres elementos anteriormente descritos, los investigados desarrollaron estrategias para determinar las ofertas complementarias más favorables posibles, que les permitieron en todos los casos aumentar sus probabilidades de éxito.

Ahora bien, lo anterior, lejos de ser una teoría económica exclusivamente presentada por esta Superintendencia, tiene fuerte sustento en los ejercicios de simulación de los procesos de selección realizados por los mismos investigados al momento de establecer sus ofertas económicas. La siguiente imagen corresponde a un cuadro de *Excel* encontrado como adjunto en uno de los correos electrónicos enviados por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en el marco de un proceso de selección de 2018.

ESPACIO EN BLANCO

¹⁴¹ Folio 666 del cuaderno público 3 del Expediente. Min. 13:00.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 44. Simulación para propuesta "FERRYS 2018"

EVALUACIÓN ECONOMICA											
VALOR PRESUPUESTO OFICIAL											
\$ 88.000.000											
CONSTRUCCIÓN DE CANAL DE PROTECCIÓN EN EL MUNICIPIO DE SOA, CORDOBA											
PUNTAJE											
CANT.	Nº	NOMBRE PROPONENTE	VALOR PRESUPUESTO	%	MEJOR VALOR	PUESTO	MEJORA ARITMETICA	PUESTO	MEJORA ARITMETICA	PUESTO	MEJORA GEOMETRICA
1	1	PROTECO	\$ 84.530.400,00	96,07%	831,10	5	947,95	1	938,00	6	940,27
2	2	DOS	\$ 84.656.000,00	96,20%	884,56	7	941,78	4	944,09	4	946,37
3	3	TRES	\$ 85.500.000,00	97,16%	874,42	10	932,22	9	945,49	2	944,19
4	4	CUATRO	\$ 84.700.000,00	96,25%	884,01	8	941,29	5	944,58	3	946,06
5	5	CINCO	\$ 84.242.400,00	95,73%	889,57	6	946,45	2	939,48	5	941,74
6	6	SEIS	\$ 83.274.000,00	94,66%	981,67	4	941,89	3	927,89	8	930,23
7	7	SETE	\$ 83.234.000,00	94,57%	975,58	2	930,83	9	947,90	10	919,31
8	8	OCHO	\$ 83.881.600,00	95,33%	929,89	3	934,32	7	920,54	9	922,76
9	9	NOVE	\$ 79.200.000,00	90,00%	950,00	1	896,47	11	943,24	11	895,37
10	10	DIEZ	\$ 86.442.400,00	98,23%	863,13	11	921,56	10	935,99	7	931,65
11	11		\$ 84.981.600,00	96,67%	880,66	9	938,09	6	944,72	1	950,00
MEJOR VALOR PRESUPUESTO											
\$ 79.200.000,00											
MEJORA ARITMETICA											
\$ 83.829.500,00											
MEJORA ARITMETICA ALTA											
\$ 85.196.000,00											
MEJORA GEOMETRICA LOW PO											
\$ 84.881.156,40											

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS: C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/SIMULACIÓN PARA PROPUESTA FERRYS 2018

La imagen anterior evidencia cómo los investigados sí realizaban ejercicios de simulación para determinar sus probabilidades de éxito, de acuerdo con diferentes valores posibles de propuesta económica, tomando en consideración competidores que estimaban se presentarían al proceso, así como suponiendo los comportamientos que estos mismos tendrían en el proceso simulado. Lo anterior evidencia el uso de los tres elementos arriba descritos: (i) el número e identidad de los competidores; (ii) los factores de evaluación de las propuestas económicas previstos en los pliegos de condiciones; y (iii) el posible comportamiento de sus competidores para la ubicación de sus propuestas económicas.

Si bien en los procesos de contratación objeto de análisis no se encontró la simulación realizada por los investigados, lo cierto es que confluyeron diferentes elementos y comportamientos que permiten establecer que sus ofertas económicas son consistentes con el uso de dicha información para fijar las ofertas más convenientes posibles. Lo anterior, sumado a la coordinación probada con suficiencia en líneas anteriores, lleva a concluir que, en efecto, el comportamiento de los investigados alteró de forma artificial y significativa sus probabilidades de éxito. Dichos elementos son:

- Las propuestas de los investigados siempre estuvieron en un rango de entre 90 y 100% del presupuesto oficial, teniendo en cuenta que no existía en los procesos un límite inferior que restringiera el comportamiento de los proponentes.
- La diferencia entre las propuestas de los investigados fue de entre 0,4 a 6 puntos porcentuales.
- La propuesta de DVG resultaba ser mayor que la de PROTECO.
- Las ofertas presentadas les permitían obtener el mayor puntaje de calificación en 3 de los 4 métodos de evaluación de las propuestas, particularmente los relacionados con valores medios que podían ser alterados con la presentación de propuestas complementarias.

En conclusión, lo anterior es ilustrativo de que la estrategia coordinada de los investigados tuvo, además, como efecto un aumento en la probabilidad de éxito de estos, que de manera artificial les permitió competir con mayor ventaja en desmedro de los demás proponentes, estrategia que resultó exitosa en cinco (5) de los seis (6) procesos analizados en los que efectivamente resultaron adjudicados.

Se reitera que los procesos de selección afectados por la conducta anticompetitiva de los investigados estaban relacionados con la construcción y mantenimiento de diferentes obras fluviales en los

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 86

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

departamentos de Chocó, Putumayo, Amazonas y Guaviare, particularmente sobre la operación de ríos y muelles que resultan parte fundamental del desarrollo y la competitividad de las regiones.

A manera de ejemplo, el mantenimiento del río Atrato, así como de los ríos cercanos a este como el Truandó, resulta de gran relevancia toda vez que el primero es el tercero más navegable del país y por su recorrido a lo largo del departamento del Chocó constituye uno de los más importantes medios de transporte de la región. Lo anterior sumado a que desde 2016, la Corte Constitucional lo reconoció como una entidad sujeta de derechos de protección, conservación y mantenimiento a cargo del Estado¹⁴².

Ahora bien, sobre la construcción de muelles en departamentos como Amazonas y Putumayo, debe destacarse que dichas obras también tienen como objetivo mejorar las condiciones de navegabilidad y transporte comercial en los ríos que estos cruzan, como el Amazonas, para promover e impulsar la navegación fluvial de los mismos durante un mayor periodo en el año, así como para integrar la red de infraestructura de transporte del país¹⁴³.

Es así como las diferentes obras fluviales afectadas por la conducta de los investigados se encontraban relacionadas con mejoras en la infraestructura de transporte comercial del país, especialmente en zonas históricamente apartadas, que buscan precisamente aportar una mayor competitividad e impulsar el desarrollo de las mismas, lo cual repercute en el desarrollo del país.

7.4.7. Conclusiones sobre la conducta investigada

En el presente caso hay suficientes elementos de prueba que permiten señalar que entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** se configuró una práctica tendiente a limitar la libre competencia, la cual se puso en práctica en cinco (5) procesos de selección adelantados por el **INVÍAS** y un (1) proceso de selección adelantado por el **FONTUR**, en los cuales los agentes de mercado mencionados participaron aparentando ser competidores independientes, cuando en realidad coordinaron su comportamiento desde las primeras etapas de los respectivos procesos, defraudando de esta manera el régimen de libre competencia.

Este Despacho llegó a la anterior conclusión luego de tener en cuenta lo siguiente:

- Entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** existía una relación previa, de cercanía y amistad. Así, se encontró probado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** fue el accionista fundador de ambas empresas, y a pesar de haber cedido su participación accionaria en **DVG**, mantuvo una relación de cercanía con esta compañía.
- Además de existir una estrecha relación entre los gentes de mercado investigados, existió un control desde el punto de vista competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre **PROTECO** y **DVG**, quien, tal y como fue probado en el presente acto administrativo, tiene la capacidad de influenciar de manera directa el comportamiento de ambas empresas en el mercado.
- Respecto a **PROTECO**, el control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) quedó probado toda vez que era su único accionista y era la persona encargada de tomar las decisiones respecto a su participación en los diferentes procesos de selección para la adjudicación de un contrato estatal. Por su parte, respecto a **DVG**, a pesar de haber cedido la totalidad de sus acciones en dicha compañía, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (i) decidía respecto de los procesos de selección a los que se presentaría; (ii) tenía poder disciplinario sobre sus empleados; (iii) disponía unilateralmente de los recursos de la compañía; y (iv) conservaba una oficina permanente en dicha empresa.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-633 de 2016.

¹⁴³ Disponible en: http://www.cosiplan.org/proyectos/detalle_proyecto.aspx?h=39. Consultado el 27 de octubre de 2020.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Se demostró la existencia de otro número de situaciones que se presentaron como idóneas para facilitar una coordinación entre los investigados, tales como que: (i) estos últimos compartían personal de trabajo; (ii) funcionarios de DVG y PROTECO hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban adjudicatarios; y (iii) las empresas se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades.
- Las relaciones previas, la existencia de un control competitivo de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) sobre PROTECO y DVG, y las demás conductas previamente analizadas, facilitaron que entre dichos agentes de mercado se creara una estrategia de coordinación en los diferentes mercados, esto es, en la participación en procesos de selección para la adjudicación de contratos estatales
- Así, se demostró que efectivamente, en cinco (5) procesos de selección adelantados por el INVÍAS y uno (1) del FONTUR, los investigados actuaron de manera coordinada con el objeto de falsear la competencia, en desmedro de los intereses de los demás competidores, pero especialmente de la Entidad contratante. En dichos procesos se encontró prueba suficiente de que los investigados, de manera conjunta, realizaban las gestiones para obtener los documentos necesarios, discutían el valor de las ofertas económicas y se coordinaban incluso para la ejecución de los contratos adjudicados.
- Se probó que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), en el marco de las relaciones de cercanía y de subordinación competitiva en cabeza de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO), era la persona encargada de gestionar los trámites necesarios para la constitución de los consorcios por medio de los cuales PROTECO, empresa competidora de DVG en los procesos de selección, pudiera participar y presentar ofertas para la adjudicación de contratos estatales. Igualmente, colaboraba activamente en la obtención de la documentación necesaria para habilitar la presentación de DVG y PROTECO en los distintos procesos de selección.
- Finalmente, el Despacho encontró probado que la conducta adelantada por las investigadas era efectivamente idónea para falsear la libre competencia. Incluso, del mismo análisis hecho por esta Superintendencia se logró demostrar que además de ser una conducta con la potencialidad de causar un daño, en realidad dicho impacto negativo sí se causó en los mercados, lo cual ahonda la ilicitud de la conducta.

De esta forma, el Despacho hace énfasis en que lo reprochable desde el punto de vista de las normas de la libre competencia es que los agentes que participan en un proceso de selección como proponentes independientes (cualquiera que sea su naturaleza e independientemente de los vínculos que los puedan unir) coordinen su comportamiento, defraudando tanto los intereses del Estado en optimizar sus recursos limitados para obtener bienes y servicios producto de la libre competencia, como las expectativas legítimas de los demás proponentes que participan de manera autónoma y transparente en el proceso.

Por lo anterior, este Despacho concluye que la conducta de los agentes de mercado investigados en el presente caso resulta anticompetitiva y debe ser sancionada por ser contraria al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

OCTAVO: Consideraciones del Despacho en relación con los argumentos presentados por los investigados

A continuación, este Despacho dará respuesta a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados que no hayan sido abordadas en acápite anteriores.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 88

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

8.1. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la supuesta ilegalidad de las pruebas recaudadas durante las visitas administrativas

En criterio de todos los investigados, el recaudo de pruebas practicado por la Delegatura en la etapa de averiguación preliminar conllevó a una grave afectación del derecho de inviolabilidad de la correspondencia, establecido en el artículo 15 de la Constitución Política. Lo anterior, argumentaron, toda vez que la diligencia en donde se *"interceptaron, registraron e inspeccionaron computadores y teléfonos móviles que almacenaban información personal"* no estuvo precedida de autorización judicial, como lo obliga la sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional.

Afirmaron que el Informe Motivado no se detuvo en este aspecto fundamental, y como consecuencia de lo anterior, este Despacho no debía tener en cuenta las pruebas recaudadas a lo largo de las visitas administrativas, toda vez que las mismas son ilegales, además de que, según los investigados, las mismas no guardan la pertinencia y la conducencia requeridas para demostrar los hechos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación.

Para dar respuesta a los argumentos presentados por los investigados, es importante anotar que dentro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo que conforma el régimen de protección de la libre competencia económica (conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011). De esta forma, esta Superintendencia está facultada para iniciar una actuación de oficio o por solicitud de un tercero, y de considerarlo necesario adelantar averiguaciones preliminares para obtener mayor información que le permita concluir la existencia o no de mérito para iniciar una investigación por violación del régimen de libre competencia. Tales facultades se encuentran previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:

"Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, **la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación**" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En tal medida, y según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará si se requiere proceder con una averiguación preliminar, decisión que dependerá de si la autoridad considera tener o no suficientes elementos de prueba que le permitan concluir la necesidad de iniciar una investigación por medio de un acto de apertura y formulación de pliego de cargos, con el fin de determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Así las cosas, las etapas previas al inicio de una investigación materializan las facultades de inspección en cabeza de esta Entidad. Dichas etapas, de carácter reservado, no están sujetas a formalidad alguna y tienen como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación formal. El elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de inspección de esta Superintendencia por cuanto su intervención en estas etapas busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Con lo anterior, esta Autoridad propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

En similar sentido, lo reconoció el Consejo de Estado al referirse al procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos¹⁴⁴:

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 250002324000 2000 0665 01.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"(...) Según se puede leer en la norma [art. 52], la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como si lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, la relevancia de las etapas previas al inicio de una investigación, incluyendo la posibilidad de adelantar una averiguación preliminar, en donde esta Entidad concreta sus funciones de inspección, radica en que tienen como finalidad obtener la información necesaria para verificar la existencia de mérito de iniciar una investigación en dónde se buscara determinar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

En tal sentido, se resalta que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o el incumplimiento a los requerimientos formulados por esta Superintendencia en dichas etapas previas y, así mismo, la obstrucción de sus actuaciones, revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a diversas pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular. Esta postura ha sido respaldada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2º del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibidem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que el legislador considera igualmente censurable que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta (...)"¹⁴⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En ese contexto, es importante llamar la atención en el hecho que esta Superintendencia, en las etapas previas a la formulación de pliego de cargos, se encuentra investida de sendas facultades constitucionales y legales tanto para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, como también para reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, omita acatar en debida forma las solicitudes de información, desatienda sus requerimientos o incluso obstruya sus actuaciones.

De esta forma, resulta pertinente comenzar por evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política¹⁴⁶ citado por los investigados la norma superior que autoriza a las

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 250002324000 1999 0799 01.

¹⁴⁶ "Artículo 15. (...) para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (...)" (Subrayado fuera de texto original).

RESOLUCIÓN (<u>25873323</u>) DE 2020 "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"	HOJA Nº 90
autoridades con funciones de inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los <u>términos que señale la ley</u>. Al respecto, recientemente la Corte Constitucional¹⁴⁷ ha señalado que: <u>"Las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ello, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y Tribunales Superiores del Distrito han señalado que la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución."</u> (Subraya y negrilla fuera de texto original). En desarrollo de lo anterior, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, prevén que: "Artículo 1. Funciones Generales. (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...) 62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley. 63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones. 64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones. (...)" (Subraya fuera de texto original).	
Así mismo, la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal, en su artículo 202¹⁴⁸, establece que esta Superintendencia ejerce permanentemente funciones especializadas de policía judicial en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, en armonía con esto, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 dispone que <u>"[e]l carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones"</u> (Subraya y negrilla fuera de texto original). De lo anterior se concluye que, contrario a lo afirmado por los investigados, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la libre competencia económica, puede ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica, de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley. Por este motivo, no se encuentra razón alguna en las afirmaciones de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que la información y los equipos institucionales que fueron requeridos durante las visitas administrativas adelantadas en el marco de las actuaciones que precedieron a la Resolución de Apertura de Investigación fueron recaudados contrariando la ley. Por el contrario, el propio Consejo de Estado¹⁴⁹ ha sido enfático en indicar que las competencias ordinarias	
¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019. ¹⁴⁸ "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. <u>Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control.</u> (...)" (Subrayas fuera de texto original). ¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 25001 2324 000 2008 00137 01.	

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

que fueron asignadas a esta Entidad en el Decreto 2153 de 1992 la autorizan para requerir a cualquier persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.

Precisamente por este motivo, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omita acatar en debida forma las órdenes, requerimientos e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones administrativas. En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A partir de lo analizado es posible establecer que el legislador prevé como una modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia "(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...)", entre otras conductas.

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las órdenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones.

En virtud de lo expuesto, el adecuado ejercicio de las funciones de inspección con que constitucional y legalmente ha sido investida esta Superintendencia, y la existencia de potenciales multas que *per se* tienen efectos disuasorios como cualquier tipo de sanción, no constituye una excusa para que una persona natural o jurídica pueda alegar válidamente una intimidación para el suministro de la información que le fue requerida, máxime cuando no existe ningún fundamento probatorio que soporte la supuesta coacción alegada por los investigados.

Por el contrario, este Despacho, lejos de encontrar algún vicio en las actuaciones desplegadas en las etapas previas al inicio de la investigación, puede verificar su completo apego a la Constitución y la normatividad que regula la materia, incluso a lo dispuesto en la Sentencia C-165 de 2019 en que precisamente la Corte Constitucional, contrario a lo afirmado por los investigados, señaló que "(...) las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior (...)". (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por este motivo, no encuentra sustento alguno en el argumento presentado por los investigados con relación a la ilegalidad de las pruebas recaudadas en el marco de las visitas administrativas.

Finalmente, sobre el argumento de los investigados respecto a que las pruebas recaudadas por la Delegatura en las actuaciones previas a la Resolución de Apertura de Investigación no guardan la pertinencia y la conducencia requeridas para demostrar los hechos que les fueron imputados, debe mencionarse que a través de la Sentencia C-165 de 2019, la Corte Constitucional manifestó que:

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 92

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"(...) Una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia, utilidad y conducencia y por tanto deben ser rechazados, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente".

En este sentido, el momento procesal para que los investigados expresaran sus argumentos en contra de las pruebas recaudadas durante las etapas previas a la apertura de la investigación correspondía precisamente al momento de presentación de los descargos en contra de la Resolución de Apertura de Investigación.

Ahora bien, este Despacho encuentra que efectivamente varios de los investigados presentaron solicitudes de nulidad frente a los elementos probatorios recaudados durante las visitas administrativas adelantadas en el marco de la presente actuación, las cuales fueron resueltas por la Delegatura a través de la Resolución No. 62519 del 13 de noviembre de 2019¹⁵⁰, encontrando infundadas dichas solicitudes. Por tal motivo, en esta misma decisión se decretaron como pruebas los documentos que fueron recaudados durante las visitas administrativas y que para ese momento integraban el Expediente. Incluso, los investigados **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** y **PROTECO** presentaron recurso de reposición en contra de dicha decisión, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 959 del 21 de enero de 2020¹⁵¹, confirmando la decisión inicial.

En este orden de ideas, encuentra este Despacho que en la presente actuación administrativa efectivamente tuvo lugar la oportunidad procesal para que los investigados se pronunciaron sobre las pruebas recaudadas por esta Superintendencia en el marco de las diferentes etapas previas a la apertura de investigación, garantizando de esta forma el efectivo derecho de defensa y el debido proceso de los involucrados, motivo por el cual no encuentra procedente volver a abrir dicho debate en esta etapa de la actuación.

De hecho, debe recordarse que el artículo 21 de la Ley 1340 establece que los vicios e irregularidades de la actuación deberán ser alegadas antes del inicio del traslado del Informe Motivado a los investigados, so pena de entenderse por saneados:

"Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3 del artículo 52 de Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa".

En conclusión, encuentra el Despacho que en la presente actuación administrativa, no solo se recolectaron los diferentes medios de prueba con pleno apego a la ley, sino que se otorgaron a los investigados todas las garantías para que expresaran sus inconformidades sobre las mismas, quedando resuelto cualquier debate sobre la conducencia, pertinencia y utilidad de las mismas.

No obstante lo anterior, y a pesar de que actualmente se encuentra resuelto cualquier debate sobre la legalidad de las pruebas recaudadas por esta Superintendencia en el marco de las actuaciones previas a la apertura de investigación, este Despacho debe manifestar que, contrario a lo afirmado por los investigados, las mismas se presentan como conducentes, pertinentes y útiles con respecto a los hechos investigados.

Al respecto, debe reiterarse que tanto en las etapas preliminares como en la investigación administrativa, esta Superintendencia se encontraba investigando la posible infracción a las normas de la libre competencia por parte de los investigados en el marco de diferentes procesos de selección. En este orden de ideas, los elementos probatorios recaudados correspondieron a testimonios, documentos y equipos de las compañías, que contenían información respecto a la forma como las

¹⁵⁰ Folio 582 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹⁵¹ Folio 694 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

empresas elaboraron sus propuestas, se comportaron en los procesos y ejecutaron los contratos adjudicados, siendo evidente la conducencia, pertinencia y utilidad de los diferentes medios de prueba que fueron recaudados.

Por todo lo anterior, no serán de recibo los argumentos presentados por los investigados sobre este asunto.

8.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la supuesta violación al principio de legalidad debido a que el Informe Motivado no hizo referencia a los elementos de tasación de la multa

Para los investigados, el Informe Motivado no hizo referencia a los elementos de tasación de la multa que la Delegatura recomendó imponer, lo que representó un defecto de dicho documento. Esto toda vez que, en su criterio, la Delegatura debió brindar al Superintendente de Industria y Comercio la totalidad de los elementos para la toma de su decisión final.

Por este motivo, afirman los investigados, al no haberse hecho mención alguna a las pruebas que podían ser utilizadas por el Superintendente de Industria y Comercio para tasar la multa a imponer, este último estaría impedido para llevar a cabo dicho ejercicio, so pena de incurrir en una violación al principio de legalidad y al derecho de defensa de los investigados.

Par dar respuesta a los argumentos planteados por los investigados, debe iniciarse reiterando que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 *"[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*.

Para este propósito, el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 estableció en cabeza de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio la función de *"tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia"*.

Igualmente, el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 estableció que una vez instruida la etapa de investigación por posibles prácticas restrictivas de la competencia, es función de la Delegatura para la Protección de la Competencia *"presentar al Superintendente de Industria y Comercio (...) informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal"*.

Lo anterior fue recogido por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, el cual estableció que en el marco de la actuación administrativa en cabeza de esta Entidad por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, una vez *"instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción"*.

En este sentido, se desprende fácilmente de la lectura de las normas presentadas que la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio es la encargada de adelantar las averiguaciones preliminares y de instruir las correspondientes investigaciones por posibles violaciones al régimen de libre competencia, para finalmente emitir un informe motivado en el cual establecerá únicamente su posición sobre si ha existido o no una infracción al régimen de libre competencia en Colombia y sobre la necesidad de declarar o no administrativamente responsables a los investigados.

Sin embargo, y contrario a lo afirmado por los investigados, no es cierto que la ley establezca la obligación en cabeza de la Delegatura de adelantar un análisis respecto a la tasación de la multa a

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (073323) DE 2020

HOJA N° 94

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

imponer en caso de encontrarse una violación a las normas de competencia, pues como quedó visto dicha facultad no se encuentra en cabeza de la Delegatura. De hacerlo, estaría extralimitando sus funciones, las cuales se limitan a establecer si, en su criterio, hubo o no una infracción a la ley.

Adicionalmente la normatividad vigente establece, precisamente, que es función del Superintendente de Industria y Comercio, y no de la Delegatura, el imponer las multas correspondientes y graduarlas de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Así, y conforme con los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibidem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y graduar la multa de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Por todo lo anterior, no es de recibo el argumento de los investigados respecto a que el Informe Motivado presentó un defecto al no hacer mención a los criterios de graduación de la multa, pues como quedó explicado, este ejercicio corresponde únicamente al Superintendente de Industria y Comercio, una vez haya determinado, con base en las pruebas obrantes en el expediente, si efectivamente se cometió una infracción a la ley o no.

8.3. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la falta de pruebas directas y la utilización exclusivamente de pruebas indiciarias

Para **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG la conclusión del Informe Motivado respecto a la existencia de conductas complejas y objetivas, se basó en indicios, sospechas, conclusiones silogísticas, reglas de la sana crítica, y en general, en el criterio subjetivo del ente investigador.

Para este Despacho, no existe mérito en la afirmación de los investigados. En primer lugar, porque no es cierto que la recomendación dada por la Delegatura en su Informe Motivado se haya basado exclusivamente en elementos indiciarios. Por el contrario, y como fue puesto de presente en esta Resolución, existen en el Expediente pruebas directas que dan cuenta de la coordinación entre los agentes de mercado con relación a su participación en los diferentes procesos de selección en los que participaban para obtener la adjudicación de un contrato estatal.

Dichas pruebas directas consistieron en correos electrónicos, documentos, mensajes de texto y hasta en las declaraciones de los mismos investigados, quienes reiteradamente confesaron la existencia una política y cultura de coordinación entre ellos. Por este motivo, no es cierto que en la presente actuación administrativa solo existen elementos indiciarios para concluir la responsabilidad de los investigados.

No obstante lo anterior, este Despacho considera relevante mencionar que aún si fuera cierto que no existieran pruebas directas que demostraran la comisión de la conducta, lo cual se repite, no es cierto, se ha entendido en el ámbito local e internacional, que para determinar la existencia de una de las prácticas consideradas como restrictivas de la libre competencia en los términos de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, y demás, no es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas.

Por el contrario, se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de conductas contrarias a la libre competencia con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia¹⁵².

¹⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En efecto, se ha entendido que, por ejemplo, en los casos de colusión en licitaciones públicas, precisamente la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial juega un papel fundamental. Esto debido a que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, como lo podrían ser acuerdos escritos entre las partes. Es así como, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

"...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que "el derecho de la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria, pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas– y se debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ...hay que resaltar –continúa la sentencia indicada– que estas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda". Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 de abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia"¹⁵³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En igual sentido, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile se ha afirmado sobre la prueba indiciaria lo siguiente:

"(...) La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia"¹⁵⁴.

Por su parte, en Estados Unidos las diferentes Cortes han entendido que la prueba directa no es un requisito *sine qua non*, y que por el contrario, la evidencia circunstancial permite establecer la existencia de acuerdos anticompetitivos¹⁵⁵. Como señala el profesor William Kovacic "en casos de derecho de la competencia, las cortes permiten que la existencia de un acuerdo sea establecida por evidencia circunstancial"¹⁵⁶, lo cual es manifestado de igual forma por el juez Richard Posner, quien señaló que "la mayoría de los casos son contruidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial"¹⁵⁷.

¹⁵³ RESOLUCION (Expediente 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. En: www.tdcompetencia.es

¹⁵⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N°57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5° del voto de minoría.

¹⁵⁵ Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito. Caso: *In re Text Messaging Antitrust Litigation*. Decisión del 29 de diciembre de 2010. ("Direct evidence of conspiracy is not a sine qua non (...) Circumstantial evidence can establish an antitrust conspiracy").

¹⁵⁶ Kovacic, William E. y Marshall, Robert C. y Marx, Leslie M. y White, Halbert L., "Plus Factors and Agreement in Antitrust Law". Diciembre 1 de 2011. Michigan Law Review, Vol. 110, No. 3, p. 393-436, 2011; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-1; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-1.

¹⁵⁷ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) ("...most of cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence..."). Esto también se encuentra evidente en el caso *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998): "Solo en casos raros el demandante puede establecer la existencia de una conspiración mostrando explícitamente un acuerdo; la mayoría de conspiraciones se infieren del comportamiento de los investigados [...] y de otra evidencia circunstancial [...]" ("[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behaviour of the alleged conspirators [...] and from other circumstantial evidence [...]").

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 96

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Finalmente, según la OCDE, cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia¹⁵⁸, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

Ahora bien, en el ámbito local, esta Superintendencia se ha referido en diferentes ocasiones al respecto¹⁵⁹, afirmando que:

"(...) en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregulares en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta. Tan es cierto lo anterior que la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha diseñado guías para combatir la colusión en licitaciones, en las cuales establece los indicios que llevan a demostrar la existencia de este tipo de conductas anticompetitivas.

Más aún, (...), internacionalmente se reconoce que los indicios juegan un papel fundamental en la identificación de acuerdos anticompetitivos, en la medida en que la mayoría de investigaciones por la supuesta comisión de acuerdos no existe un documento en que el conste el contrato o el cartel, pero sí numerosas piezas procesales a partir de las cuales el juez o la administración pueden concluir, con certeza absoluta, que existió una conducta ilegal"¹⁶⁰ (Subraya fuera de texto original).

Incluso, y contrario a lo manifestado por los investigados, el Consejo de Estado ha avalado el uso de los indicios como medios de prueba para detectar la existencia de acuerdos anticompetitivos. De esta forma, en decisión del 21 de junio de 2018 este Tribunal manifestó lo siguiente:

"Y si bien en la práctica es sencillo determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, en la mayoría de los casos las autoridades no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.

En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia"¹⁶¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior puede evidenciarse que el máximo Tribunal en materia administrativa en el país no solo acepta el uso de los indicios como medio de prueba, sino que reconoce explícitamente su utilidad y necesidad en procesos en los que se busca establecer la existencia de prácticas restrictivas del régimen de libre competencia.

Por lo anterior, para este Despacho queda demostrado que los argumentos de los investigados respecto a este punto son completamente infundados.

¹⁵⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). "SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION". 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&docLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&docLanguage=en)

¹⁵⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

¹⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68967 de 2013.

¹⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Decisión del 21 de junio de 2018, Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00305-02.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

8.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la conformación de figuras asociativas para la participación en procesos de selección

Para **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG es normal que los participantes en un proceso de selección busquen maximizar utilidades presentándose de manera unilateral, pero en los casos en que los posibles oferentes no cumplen con los requisitos de manera individual, es igualmente común que celebren acuerdos de colaboración (consorcios y uniones temporales) con otras empresas, los cuales no pueden ser reprochados por esta Superintendencia.

Al respecto, este Despacho debe manifestar que contrario a lo afirmado por los investigados, en ningún momento se ha pretendido censurar o reprochar el uso de figuras asociativas para la presentación de ofertas en el marco de los procesos de selección para la adjudicación de un contrato por parte de una entidad estatal.

Esto, toda vez que dichas figuras, como los consorcios y las uniones temporales, son legítimas dentro del ordenamiento nacional, y cumplen una función primordial en el régimen de las contrataciones públicas. Sin embargo, lo que sí debe encontrarse como reprochable es el hecho que dos empresas se presenten como competidores a un proceso de selección, y de manera ilegítima coordinen su comportamiento dentro del proceso, burlando las expectativas de los demás participantes y de la entidad contratante de elegir la mejor oferta en el marco de un proceso competitivo.

Por este motivo, y dado que este Despacho encontró plenamente acreditado que entre los agentes de mercado investigados existía una política de coordinación, la cual se materializó de manera puntual en el marco de seis procesos de selección que fueron objeto de estudio por parte de esta Superintendencia, lo que se está sancionando en el presente acto administrativo es precisamente el comportamiento coordinado entre diferentes oferentes que participaron en los procesos aparentando ser competidores, cuando en realidad no lo eran.

Por este motivo, no se encuentra sustento en los argumentos de los investigados encaminados a manifestar que la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra sancionando la participación en procesos de selección por medio de figuras asociativas establecidas en la ley.

NOVENO: Que este Despacho observa que en la Resolución de Apertura de Investigación, por medio de la cual se dio inicio a la presente actuación, la Delegatura imputó cargos a **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos), por aparentemente haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber presuntamente colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva analizada en la presente Resolución.

Sin embargo, se advierte que, de acuerdo a diferentes precedentes de esta Superintendencia en casos similares¹⁶², no puede entenderse que **AVINCO** ostentara la calidad de facilitador de la conducta anticompetitiva, pues al haber participado como miembro de consorcios conformados con los demás investigados ostenta la calidad de agente de mercado. Por este motivo, su posible participación en los hechos debió haberse estudiado a la luz del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y no del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por este motivo, y en aras de garantizar el debido proceso, el principio de tipicidad y el derecho a la defensa de los investigados, este Despacho archivará la investigación en favor de **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) por una indebida imputación, sin pronunciarse de manera alguna respecto a su conducta y/o posible responsabilidad en la comisión de los hechos analizados.

¹⁶² Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 35120 de 2017, 1728 de 2019 y 54338 de 2019, entre otras.

RESOLUCIÓN (25.187.3323) DE 2020

HOJA N° 98

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En el mismo sentido, y por sustracción de materia, las observaciones al Informe Motivado presentadas por **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) no fueron objeto de pronunciamiento en el presente acto administrativo.

Sin embargo, se compulsarán copias de la presente decisión, una vez en firme, a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia para que evalúe si existe mérito para iniciar una investigación preliminar contra **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** por haber presuntamente participado en las conductas que se analizaron en el presente acto administrativo.

DÉCIMO: Responsabilidad individual de los investigados

Que una vez acreditada la infracción imputada, este Despacho procederá a determinar la responsabilidad individual de los investigados.

10.1. Responsabilidad de los agentes de mercado

10.1.1. Responsabilidad de DVG y PROTECO

Con fundamento en lo expuesto en el presente acto administrativo, el Despacho encuentra que **PROTECO** y **DVG**, en el marco de una extensa relación previa y de la existencia de un control competitivo ejercido por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre las dos compañías, coordinaron su comportamiento en el desarrollo de los diferentes procesos de selección en los que participaron y que fueron objeto de estudio por parte de esta Superintendencia, así como en la ejecución de algunos de los contratos de los que resultaron siendo adjudicatarios.

Así, quedó plenamente probado que (i) **DVG** y **PROTECO** fueron constituidas por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, quien fue el accionista fundador y controlante de ambas empresas, y a pesar de haber cedido su participación accionaria en **DVG**, mantuvo una relación de cercanía con esta compañía; y (ii) existía un control desde el punto de vista competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **PROTECO** y **DVG**, pues contaba con la capacidad de influenciar de manera directa el comportamiento de ambas empresas en el mercado.

Adicionalmente, se pudo constatar la existencia de un número adicional de circunstancias que ocurrieron entre las empresas investigadas, que facilitaron el actuar coordinado de las mismas en los diferentes mercados en que participaron. Al respecto, a través de múltiples medios de pruebas testimoniales y documentales, quedó probado que las empresas investigadas (i) compartían personal de trabajo; (ii) contaban con funcionarios que hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban adjudicatarios; y (iii) se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades.

Por último, se evidenció que **DVG** y **PROTECO** se coordinaron en los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017**, **SA-MC-DO-SMF-027-2017**, **LP-DO-SMF-027-2018**, **SA-MC-DO-SMF-021-2017**, **SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el **INVÍAS**, aparentando ser competidores cuando en realidad actuaron de manera coordinada. De hecho, diferentes correos electrónicos y documentos recabados durante la actuación administrativa, dieron cuenta como la elaboración de las propuestas a presentar por **DVG** y **PROTECO** en los mencionados procesos fue coordinada por los altos directivos de ambas compañías y dirigido por el poder controlante que ejercía **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre ambas compañías.

Por este motivo, y según el amplio material probatorio expuesto en la presente Resolución, este Despacho encuentra que **DVG** y **PROTECO** incurrieron en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, infringiendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco de los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017**, **SA-MC-DO-SMF-027-2017**, **LP-DO-SMF-027-2018**, **SA-MC-DO-SMF-021-2017** y **SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el **INVÍAS**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Igualmente, se encontró probado que **DVG** incurrió en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, infringiendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco del proceso de selección **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONTUR**, en el cual coordinó su comportamiento con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**). Teniendo en cuenta que este Despacho no encontró pruebas respecto a la participación de **PROTECO** en el mencionado proceso de selección No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONTUR**, archivará la investigación en su favor por la posible infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en ese proceso en específico.

10.1.2. Responsabilidad de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)

Con fundamento en lo expuesto en el presente acto administrativo, el Despacho encuentra que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), en su calidad de fundador de **DVG** y **PROTECO**, y en virtud de la existencia de un control competitivo ejercido sobre ambas compañías, coordinaba su comportamiento con dichas empresas en el desarrollo de los diferentes procesos de selección en los que participaban como aparentes competidores.

Así, este Despacho encontró probado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** fue el accionista fundador de **DVG** y **PROTECO** y controlante de ambas empresas. Igualmente, se evidenció que a pesar de haber cedido su participación accionaria en **DVG**, mantuvo una relación de control con esta compañía desde el punto de vista competitivo por su parte, pues contaba con la capacidad de influenciar de manera directa el comportamiento de **DVG** y **PROTECO** en el mercado.

De hecho, se pudo constatar que el control competitivo de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **PROTECO** y **DVG**, fue utilizado para que dichos agentes de mercado coordinaran su participación en procesos de selección para la adjudicación de contratos estatales. Puntualmente, se acreditó que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, ejerció su control competitivo sobre **DVG** y **PROTECO** con el fin de coordinar el comportamiento de dichas empresas en los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017**, **SA-MC-DO-SMF-027-2017**, **LP-DO-SMF-027-2018**, **SA-MC-DO-SMF-021-2017** y **SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el **INVÍAS**.

Por su parte, en el marco del proceso de selección **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONTUR**, en el cual **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** actuó directamente como participante, coordinó su comportamiento con **DVG**, quien también participó del mismo proceso, aparentado competencia.

Por este motivo, y según el amplio material probatorio expuesto en la presente Resolución, este Despacho encontró probado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** incurrió, junto con **DVG** y **PROTECO**, en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, infringiendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco de los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017**, **SA-MC-DO-SMF-027-2017**, **LP-DO-SMF-027-2018**, **SA-MC-DO-SMF-021-2017** y **SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el **INVÍAS** y el proceso de selección **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONTUR**.

Por este motivo, el Despacho encuentra mérito para declarar la responsabilidad de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

10.2. Responsabilidad de EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) como facilitador de la conducta anticompetitiva

Con base en el material probatorio expuesto en el presente documento y su correspondiente valoración, este Despacho encuentra probado que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) prestó una importante colaboración en la estructuración de la conducta restrictiva de la libre competencia económica implementada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** en los procesos de selección analizados en la presente actuación administrativa.

RESOLUCIÓN (**673323**) DE 2020

HOJA N° 100

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En primer lugar, quedó acreditada su relación de amistad con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, la cual llevó a que este último le cediera la totalidad de sus acciones en **DVG** al momento en que decidió retirarse de dicha compañía. Igualmente, se evidenció que en el marco de dicha amistad, **EDER ZABALETA ROJAS** adelantó conductas para colaborar con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** y materializar así el comportamiento coordinado que tendrían **DVG** y **PROTECO** en los diferentes procesos de selección en los que participaban.

Igualmente, quedó establecido que en su calidad de accionista y representante legal suplente de **DVG**, **EDER ZABALETA ROJAS** ejecutó la conducta anticompetitiva acá sancionada al tener una participación activa en la obtención de los requisitos habilitantes para que **PROTECO** pudiera participar en los diferentes procesos de selección como aparente competidor de **DVG**, al igual que revisaba las propuestas económicas de ambas compañías. Comportamientos estos que indiscutiblemente permitían a **EDER ZABALETA ROJAS** tener acceso a información confidencial de su competidor y de la estrategia que este seguiría en el mercado. Por este motivo, para este Despacho no hay explicación diferente a la existencia de una conducta colusoria en el hecho que el representante legal de una empresa adelante acciones para permitir la participación de sus competidores en el mismo proceso de selección. Adicionalmente, dicha conducta deja en evidencia el conocimiento del accionista de **DVG** de la existencia de una estrategia de coordinación entre esta última y **PROTECO** con respecto a su participación y comportamiento en los diferentes procesos de selección en los que participaban como competidores.

Igualmente, se encontró probado que **EDER ZABALETA ROJAS**, en su calidad de accionista y representante legal suplente de **DVG**, prestaba colaboración directa a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en el desarrollo de los procesos y la posterior ejecución de los contratos adjudicados. Así, hay pruebas directas, tales como diferentes testimonios, que dan cuenta que en los casos en que **PROTECO** resultaba adjudicatario de contratos de obra, **EDER ZABALETA ROJAS** autorizaba el préstamo de dineros que eran utilizados para el pago de nóminas y equipos necesarios para la ejecución de obras. Esta situación de nuevo, no encuentra explicación distinta a la existencia de una conducta colusoria entre los investigados, la cual era de conocimiento de **EDER ZABALETA ROJAS**, quien conscientemente colaboraba con su competidor en las diferentes etapas de los procesos en los que participaban.

De esta manera, es posible concluir que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado y colaborado la conducta anticompetitiva analizada y sancionada en la presente Resolución.

DÉCIMO PRIMERO: Monto de las sanciones

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad".

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con la adquisición de bienes y servicios por parte de entidades del gobierno, que resulta ser una de las más gravosas, teniendo en cuenta que el gasto del gobierno representa cerca del 15% del gasto total de la economía¹⁶³ y que cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una asignación eficiente de los recursos públicos.

En este sentido, la adecuada ejecución de las compras públicas permite por un lado, el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad. Lo anterior en suma, permite que se logre una asignación eficiente de los recursos públicos.

Por consiguiente, cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable bajo el régimen de libre competencia económica en Colombia pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una libre participación de las empresas en el mercado.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.

Bajo ese contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, **por cada vulneración y a cada infractor, hasta por CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV).**

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV).**

Teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 49 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, se estableció que:

"ARTÍCULO 49. CÁLCULO DE VALORES EN UVT. A partir del 1 de enero de 2020, todos los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, actualmente denominados y establecidos con base en el salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario (UVT). En adelante, las actualizaciones de estos valores también se harán con base en el valor de la UVT vigente".

¹⁶³ En el 2019, de acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas - DANE, el Producto Interno Bruto de Colombia fue de 1.062 billones de pesos, de los cuales cerca de 164 billones correspondieron al gasto de consumo final del gobierno general. En otras palabras, el gasto del gobierno representó poco más del 15% del gasto total de la economía.

RESOLUCIÓN (**ES 73323**) DE 2020

HOJA Nº 102

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Y que el Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, "DIAN") fijó, mediante Resolución No. 84 del 28 de noviembre de 2019, la Unidad de Valor Tributario (UVT) vigente para el 2020 en TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$35.607.00), las sanciones a imponer serán expresadas en UVT

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

11.1. Agentes de mercado

11.1.1. Sanción a pagar por PROTECO

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones a imponer a PROTECO, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que las conductas tuvieron sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado por parte de PROTECO generó efectos perjudiciales, pues vició cinco (5) procesos de contratación adelantados por INVÍAS que tenían como objeto diferentes obras de construcción, mantenimiento y operación de ríos y muelles en los departamentos de Chocó, Putumayo, Amazonas y Guaviare. Lo anterior es bastante ilustrativo de que el comportamiento desplegado afectó construcciones fundamentales para el desarrollo de los Departamentos a los que pertenecen.

Sumado a lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen cualquier tipo de práctica o conducta coordinada para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el gobierno, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas se reconocen internacionalmente como *bid rigging* o *collusive tendering* y son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% de los mercados en los cuales PROTECO participó pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en cinco (5) de los seis (6) procesos analizados al menos una de las investigadas resultó adjudicataria del contrato. Para el caso particular de PROTECO, la empresa fue adjudicataria en tres (3) de los contratos.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que PROTECO tuvo una participación activa y protagónica en cinco (5) de los (6) procesos analizados.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan valorar de forma positiva o negativa la conducta procesal de PROTECO. Así, el criterio será considerado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a PROTECO, se le impondrá una multa de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$137.443.020.00) equivalentes a TRES MIL OCHOCIENTAS SESENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (3.860 UVT) por la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Esta sanción equivale al 10% aprox. de su patrimonio líquido de 2019 y al 4,9% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,16% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.1.2. Sanción a pagar por DVG

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones a imponer a DVG, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que las conductas tuvieron sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado por parte de DVG generó efectos perjudiciales, pues vició seis (6) procesos de contratación adelantados por INVÍAS y FONTUR que tenían como objeto diferentes obras de construcción, mantenimiento y operación de ríos y muelles en los departamentos de Chocó, Putumayo, Amazonas y Guaviare, así como un embarcadero turístico en el Departamento del Cauca. Lo anterior es bastante ilustrativo de que el comportamiento desplegado afectó construcciones fundamentales para el desarrollo de los Departamentos a los que pertenecen.

Sumado a lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen cualquier tipo de práctica o conducta coordinada para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el gobierno, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas se reconocen internacionalmente como *bid rigging* o *collusive tendering* y son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% de los mercados en los cuales DVG participó pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en cinco (5) de los seis (6) procesos analizados al menos una de las investigadas resultó adjudicataria del contrato. Para el caso particular de DVG, la empresa fue adjudicataria en dos (2) de los contratos.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que DVG tuvo una participación activa y protagónica en todos procesos analizados.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan valorar de forma positiva o negativa la conducta procesal de DVG. Así, el criterio será considerado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a DVG, se le impondrá una multa de **DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$287.170.455.00) equivalentes a OCHO MIL SESENTA Y CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (8.065 UVT)** por la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Esta sanción equivale al 12% aprox. de su patrimonio líquido de 2019 y al 5,3% aprox. de sus ingresos del mismo año.

RESOLUCIÓN (**ES 73323**) DE 2020

HOJA N° 104

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

La anterior sanción equivale al 0,33% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.1.3. Sanción a pagar por DANIEL VELASCO GONZALEZ (accionista único de PROTECO)

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones a imponer a **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**), de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que las conductas tuvieron sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado por parte de **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**), en su calidad de agente de mercado y controlante de **DVG** y **PROTECO** generó efectos perjudiciales, viciando seis (6) procesos de contratación adelantados por el **INVÍAS** y **FONTUR** que tenían como objeto diferentes obras de construcción, mantenimiento y operación de ríos y muelles en los departamentos de Chocó, Putumayo, Amazonas y Guaviare, así como un embarcadero turístico en el Departamento del Cauca. Lo anterior es bastante ilustrativo de que el comportamiento desplegado afectó construcciones fundamentales para el desarrollo de los Departamentos a los que pertenecen.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% de los mercados en los que participó **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**) como controlante de **DVG** y **PROTECO**, o como oferente directo, pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en cinco (5) de los seis (6) procesos analizados al menos una de las investigadas resultó adjudicataria del contrato.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**) tuvo una participación activa y protagónica en todos procesos analizados, como agente controlante de las empresas investigadas y, para el caso del proceso No. **FNTIA-043-2018** del **FONTUR**, como proponente a través del **CONSORCIO EMBARCADERO**.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan valorar de forma positiva o negativa la conducta procesal de **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**). Así, el criterio será considerado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**), se le impondrá una multa de **CIEN MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$100.055.670.00)** equivalentes a **DOS MIL OCHOCIENTAS DIEZ UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (2.810 UVT)** por la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 0,11% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.2. Personas naturales facilitadoras de la conducta

11.2.1. Sanción a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG)

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la persistencia en la conducta infractora, se encuentra demostrado que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) participó en la estructuración de la conducta restrictiva de la competencia implementada durante la totalidad de los procesos de selección analizados en la presente actuación administrativa.

En relación con el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el Despacho reitera lo señalado en la dosificación de la sanción de DVG, empresa a la cual se encuentra vinculado.

Sobre la reiteración de la conducta prohibida, este Despacho no encontró que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la conducta procesal del investigado, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan valorar de forma positiva o negativa la conducta procesal de **DANIEL EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG). Así, el criterio será considerado de forma neutra.

Finalmente, en cuanto al grado de participación en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) ejecutó la conducta anticompetitiva reprochada a DVG, a su vez que colaboró, bajo la dirección de **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de PROTECO), con el desarrollo de la misma, al participar activamente en la elaboración conjunta de las propuestas de los procesos de selección objeto de análisis.

Se tiene entonces que a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) se le impondrá una multa de **DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$16.735.290.00)** equivalentes a **CUATROCIENTAS SETENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (470 UVT)**.

La anterior sanción equivale al 0,95% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528 y **DVG INGENIERÍA S.A.S**, identificada con NIT 900.666.120-9 violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, en los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-021-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, SA-MC-DO-SMF-007-2018, LP-DO-SMF-027-2018** adelantados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-** y **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONDO NACIONAL DEL TURISMO -FONTUR-**.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **PROTECO INGENIERÍA S.A.S**, identificada con NIT 901.007.373-2 violó la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, en los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-021-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, SA-MC-DO-SMF-007-2018, LP-DO-SMF-027-2018** adelantados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-**.

RESOLUCIÓN (**ES 73323**) DE 2020

HOJA N° 106

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ARTÍCULO TERCERO: ARCHIVAR en favor de **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** identificada con NIT 901.007.373-2 la investigación por haber supuestamente incurrido en violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en el proceso de selección No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONDO NACIONAL DEL TURISMO -FONTUR-**.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528, **DVG INGENIERÍA S.A.S.** identificada con NIT 900.666.120-9 y **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** identificada con NIT 901.007.373-2, por la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en los términos de la presente Resolución, las siguientes sanciones:

4.1. A DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528 una multa de **CIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$100.055.670.00)** equivalentes a **DOS MIL OCHOCIENTAS DIEZ UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (2.810 UVT)**.

4.2. A DVG INGENIERÍA S.A.S., identificada con NIT 900.666.120-9 una multa de **DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$287.170.455.00)** equivalentes a **OCHO MIL SESENTA Y CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (8.065 UVT)**.

4.3. A PROTECO INGENIERÍA S.A.S. identificada con NIT 901.007.373-2 una multa de **CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$137.443.020.00)** equivalentes a **TRES MIL OCHOCIENTAS SESENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (3.860 UVT)**.

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

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

ARTÍCULO QUINTO: DECLARAR que **EDER ZABALETA ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.236.747, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por cuanto colaboró y ejecutó la infracción a lo dispuesto en artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEXTO: IMPONER a **EDER ZABALETA ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.236.747, responsable de ejecutar y colaborar con la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, una multa de **DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$16.735.290.00)** equivalentes a **CUATROCIENTAS SETENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (470 UVT)**.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del Expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 107

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución.

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

ARTÍCULO SÉPTIMO: ARCHIVAR en favor de AVINCO S.A.S. identificada con NIT 800.210.894-0 y JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.243.023, la investigación por haber supuestamente incurrido en violación a lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO OCTAVO: ORDENAR a los sancionados, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación de los siguientes textos, según corresponda:

"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, DVG INGENIERÍA S.A.S, PROTECO INGENIERÍA S.A.S. y EDER ZABALETA ROJAS informan que:

Mediante Resolución No. **73323** de 2020 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, DVG INGENIERÍA S.A.S y PROTECO INGENIERÍA S.A.S., por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así como EDER ZABALETA ROJAS, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado y ejecutado las infracción a lo dispuesto en artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

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

Las publicaciones deberán realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

ARTÍCULO NOVENO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528, DVG INGENIERÍA S.A.S, identificada con NIT 900.666.120-9, PROTECO INGENIERÍA S.A.S. identificada con NIT 901.007.373-2, EDER ZABALETA ROJAS, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.236.747, AVINCO S.A.S. identificada con NIT 800.210.894-0 y JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.243.023, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO DÉCIMO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución, una vez en firme, al INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS- y al FONDO NACIONAL DE TURISMO -FONTUR-, con el fin de que dichas entidades adviertan la dinámica anticompetitiva aquí descrita, la cual está afectando las contrataciones públicas, y tomen las medidas que estimen necesarias para contrarrestar las mismas.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Una vez en firme la presente decisión, COMPULSAR copias de la misma a la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN y a la PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN para los fines de sus competencias.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Una vez en firme la presente decisión, COMPULSAR copias de la misma a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia con el fin de

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 108

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

que evalúe si existe mérito para iniciar una averiguación preliminar contra **AVINCO S.A.S.** identificada con NIT 800.210.894-0 y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.243.023, por haber presuntamente incurrido en las infracciones que se sancionan en el presente acto administrativo.

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los (**18 NOV 2020**)

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARÍA

ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: T Posada/A García
Revisó/Aprobó: A Pérez

NOTIFICAR

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ

Cédula de Ciudadanía No. 79.647.528

PROTECO INGENIERÍA S.A.S.

NIT 901.007.373-2

Apoderado

JUAN DE JESÚS GALVIS GARCÍA

C.C. 13.259.517

T.P. 29.435 del C.S.J.

abogadojgalvis@hotmail.com

Calle 26 No. 13 A – 97, Oficina 501, Edificio Bulevar del Tequendama
Bogotá, Colombia

EDER ZABALETA ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 73.236.747

DVG INGENIERÍA S.A.S

NIT 900.666.120-9

Apoderado

OLIVIER ORTEGA RICO

C.C. 1.015.397.977

T.P. 198.582 del C.S.J.

Calle 92 No. 15-48, Oficina 301, Bogotá
o.ortega@jimenezortega.com

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 79.243.023

AVINCO S.A.S.

NIT 800.210.894-0

Apoderado

CARLOS HERNAN VARGAS ALVAREZ

JSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 109

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

C.C. 19.372.372
T.P. 266.581 del C.S.J.
carlosvargasabogado@gmail.com

COMUNICAR

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
NIT 800.152.783-2
Diagonal 22 B No. 52 - 01 (Ciudad Salitre)
Bogotá, Colombia

CONTRALORÍA GENERAL DE LA NACIÓN
NIT 899.999.067-2
Carrera 69 No. 44 - 35
Bogotá, Colombia

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
NIT 899.999.119-7
Carrera 5 No. 15-80
Bogotá, Colombia

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-
NIT 800.215.807-2
njudiciales@invias.gov.co
Calle 25G No. 73B-90
Bogotá, Colombia

FONDO NACIONAL DE TURISMO -FONTUR-
NIT 900.649.119-9
contactenos@fontur.com.co
Calle 28 No. 13a - 24, Piso 6, Edificio Museo del Parque
Bogotá, Colombia

**DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**
NIT 800.176.089-2
Carrera 13 No. 27-00, Piso 10.
Bogotá D.C.

Bogotá D.C., 15/02/2021 El Acto Administrativo Número 73323 de fecha 18/11/2020
es primera copia y quedó ejecutoriado para EDER ZABALETA ROJAS el día 05/02/2021


SECRETARIO AD-HOC

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC



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

RESOLUCIÓN **73323** DE 2020

(18 NOV 2020)

Radicación: 17-401804

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 39055 del 23 de agosto de 2019³ (en adelante "Resolución No. 39055 de 2019" o "Resolución de Apertura de Investigación"), la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, DVG INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "DVG") y **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "PROTECO") para determinar si incurrieron en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en el curso de los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, LP-DO-SMF-027-2018, SA-MC-DO-SMF-021-2017 y SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** (en adelante "INVÍAS") y del proceso No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONDO NACIONAL DEL TURISMO** (en adelante "FONTUR").

Así mismo, formuló pliego de cargos contra **EDER ZABALETA ROJAS** para establecer si incurrió en la responsabilidad administrativa establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva imputada a los agentes de mercado mencionados en el párrafo anterior en el marco de los procesos de selección señalados.

Finalmente, formuló pliego de cargos contra **AVINCO S.A.S.** (en adelante "AVINCO") y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** para establecer si incurrieron en la responsabilidad administrativa establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva imputada a los agentes de mercado señalados anteriormente en el marco de los procesos de selección Nos. **LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-021-2017, LP-DO-SMF-027-2018, SA-MC-DO-SMF-027-2017** adelantados por el **INVÍAS**, así como en el proceso de selección No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONTUR**.

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

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Folio 353 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020 "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"	HOJA N° 2
SEGUNDO: La actuación administrativa inició como consecuencia del escrito con radicado No. 17-401804-0 del 1 de diciembre de 2017⁴, en el que JUAN JOSÉ OYUELA SOLER, Director de Contratación (E) del INVÍAS, trasladó a la Superintendencia de Industria y Comercio una solicitud del 16 de noviembre de 2017, en la que JAVIER ROA SALAZAR puso en conocimiento posibles prácticas restrictivas de la competencia que aparentemente ocurrieron en el proceso de selección abreviada de menor cuantía No. SA-MC-DO-SMF-027-2017 adelantado por el INVÍAS. En la solicitud en mención, JAVIER ROA SALAZAR pidió el rechazo de las propuestas que presentaron DVG y el CONSORCIO FLUVIAL LETICIA, integrado por PROTECO y AVINCO, en el proceso de selección pública anotado, toda vez que DVG y PROTECO "<i>son propiedad del señor [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]</i>" y, en consecuencia, "<i>ambas propuestas están claramente relacionadas en contubernio para concursar en un mismo proceso con una falta total de transparencia en los procesos licitatorios</i>". Con base en la queja presentada, mediante memorando interno con radicado No. 17-401804-12 del 29 de octubre de 2018⁵, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ordenó la apertura de una averiguación preliminar, con el fin de establecer la existencia de evidencia que ameritara iniciar una investigación para determinar la presencia de prácticas restrictivas de la libre competencia económica en el asunto puesto en conocimiento por el INVÍAS el 1 de diciembre de 2017. En tal virtud, y culminada la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura profirió la anteriormente mencionada Resolución No. 39055 de 2019, por medio de la cual ordenó la apertura de una investigación y formuló pliego de cargos contra DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), DVG y PROTECO por la presunta violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, al haber participado en diferentes procesos de selección adelantados por el INVÍAS y el FONTUR como si se tratara de verdaderos competidores cuando, en realidad, actuaron de manera coordinada. TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y corrido el término para solicitar y aportar pruebas⁶, EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG)⁷, DVG⁸, AVINCO⁹, PROTECO¹⁰, DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)¹¹ y JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS (representante legal de AVINCO para la época de los hechos)¹² presentaron sus respectivos descargos con los cuales aportaron y solicitaron las pruebas que pretendían hacer valer en la actuación administrativa. En comunicación con radicado No. 17-401804-65-2 del 24 de septiembre de 2019¹³, EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG presentaron un ofrecimiento de garantías en los términos del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, con el fin de dar por terminada anticipadamente la actuación administrativa. Sin embargo, por comunicación con radicado No. 17-401804-72 del 2 de octubre de	

⁴ Folio 1 del cuaderno público No. 1 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuándo se habla de "Expediente" se hace referencia al radicado No. 17-401804.

⁵ Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

⁶ Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012.

⁷ Folio 458 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

⁸ Ibidem.

⁹ Folio 505 del cuaderno publico No. 2 del Expediente.

¹⁰ Folio 510 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

¹¹ Folio 529 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹² Folio 535 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹³ Folio 458 del cuaderno público No. del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

2019¹⁴, el Superintendente de Industria y Comercio rechazó el ofrecimiento de garantías efectuado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG**.

A su vez, mediante Resolución No. 62519 del 13 de noviembre de 2019¹⁵, la Delegatura decidió sobre las solicitudes de revocatoria directa y nulidades formuladas en los memoriales de descargos de los investigados, ordenó practicar algunas pruebas solicitadas y rechazó otras. Así mismo, decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa.

A través de la Resolución No. 959 del 21 de enero de 2020¹⁶, se resolvió un recurso de reposición interpuesto por **PROTECO** y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**)¹⁷ contra la decisión de negar algunas solicitudes de nulidad y rechazar la práctica de algunas pruebas.

Finalmente, la Resolución No. 3687 del 7 de febrero de 2020¹⁸ realizó una corrección formal de la Resolución de Apertura de Investigación, relacionada con un error de transcripción en el número de uno de los procesos de selección imputados a los investigados **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos), y se cerró la etapa probatoria.

CUARTO: Que el 21 de agosto de 2020, una vez culminada la etapa probatoria y agotado el trámite previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con los resultados de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")¹⁹, en el cual recomendó:

- Declarar administrativamente responsables y sancionar a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** por considerar demostrado que incurrieron en la conducta descrita como prohibición general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.
- Declarar administrativamente responsables y sancionar a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) por considerar demostrado que incurrieron en las conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con la conducta anticompetitiva cometida por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO**.

A continuación, se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan las recomendaciones de la Delegatura:

En primer lugar, se describió la relación existente entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG**. Así, se dejó en evidencia que esta empresa fue constituida mediante documento privado el 29 de junio de 2013 por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, **EDER ZABALETA ROJAS** y **JANIO CARDONA AGUIRRE**. El socio mayoritario era **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, con una participación accionaria correspondiente al 98%.

Posteriormente, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **JANIO CARDONA AGUIRRE** cedieron la totalidad de sus acciones en **DVG** a favor de **EDER ZABALETA**

¹⁴ Folio 575 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹⁵ Folio 582 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹⁶ Folio 694 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

¹⁷ Folio 649 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹⁸ Folio 790 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

¹⁹ 17-401804-137 del Expediente.

RESOLUCIÓN (**733.23**) DE 2020

HOJA Nº 4

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ROJAS (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **LEYDY YINED DÍAZ GARCÍA** (hija de la expareja sentimental de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**). Sin embargo, y pese a la cesión de acciones, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** siguió vinculado a **DVG** como Director de Obra para algunos de los contratos producto de los procesos de selección de los cuales dicha sociedad fue adjudicataria.

En segundo lugar, la Delegatura dejó en evidencia la relación existente entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **PROTECO**. Al respecto, se manifestó que esta compañía es una sociedad que se dedica a las mismas actividades que desarrolla **DVG**. Fue constituida mediante documento privado del 2 de septiembre de 2016, por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, como único accionista. Aunque **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) afirmó no haber tenido ningún vínculo con **PROTECO**, la Delegatura presentó algunos elementos de prueba que demostrarían lo contrario, incluyendo evidencia de cómo se realizaban pagos a su favor por concepto de "nómina".

En tercer lugar, se presentó el material probatorio que permitió concluir a la Delegatura que **DVG** y **PROTECO** estaban sujetas al control común de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y que, de hecho, fueron dos vehículos constituidos por su controlante para participar, aparentando independencia, en diferentes procesos de contratación pública. Como prueba del control ejercido por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre las dos compañías, la Delegatura resaltó los siguientes elementos:

- Respecto a **PROTECO**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** era su único accionista y ejercía total control sobre su desarrollo en el mercado.
- Respecto de **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), con posterioridad a la cesión de sus acciones en dicha compañía: (i) seguía disponiendo de sus recursos; (ii) ejercía control disciplinario sobre sus empleados; (iii) mantenía una oficina física en las instalaciones de **DVG**; (iv) **DVG** y **PROTECO** funcionaban como una unidad económica, pues compartían personal de trabajo, hacían seguimiento conjunto de los procesos de selección, se apalancaban para el desarrollo de sus actividades y **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) recibía pagos por parte de **PROTECO**; y (v) **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** decidía sobre los procesos de selección a los que **DVG** y **PROTECO** se presentarían.

En cuarto lugar, la Delegatura acreditó la coordinación entre **DVG** y **PROTECO** en todas las etapas relevantes de los procesos de selección analizados. Lo anterior fue respaldado por elementos de prueba que, según el Informe Motivado, dieron cuenta de (i) la realización conjunta de gestiones para conformar estructuras plurales que permitieron la participación de **PROTECO** en los procesos; (ii) la elección conjunta de los procesos a los que se presentarían; (iii) la determinación conjunta de la forma en que participarían -de manera individual o través de estructuras plurales-; (iii) la gestión común de requisitos habilitantes; (iv) la elaboración coordinada de las ofertas económicas; (v) la subsanación de ofertas de manera conjunta; (vi) el intercambio de información sensible en las propuestas, esto es, la forma en que presentarían oferta -de manera individual o través de estructuras plurales- y (vii) la ejecución coordinada de los contratos.

El Informe Motivado resaltó que en cinco (5) de los seis (6) procesos de selección investigados las sociedades controladas por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) participaron mediante la conformación de un consorcio con **AVINCO**. En cuatro (4) de esos procesos el consorcio fue conformado por **PROTECO**. En el quinto de esos procesos el proponente consorciado fue **DVG**. Dichos consorcios hacían parte de la coordinación entre los involucrados.

El Informe Motivado sostuvo que el comportamiento investigado consistió en que agentes sometidos a un control competitivo común concurren a procesos de selección en aparente competencia aunque, en realidad, actuaron coordinadamente para incrementar su probabilidad de resultar adjudicatarios. Ese comportamiento para la Delegatura resultó idóneo para limitar la libre competencia

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

y, por lo tanto, configuró una violación a la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En quinto lugar, el Informe Motivado describió que la estrategia adelantada por los investigados consistió en la utilización de propuestas complementarias con el fin de que DVG y PROTECO incrementaran su probabilidad de obtener el mayor puntaje de calificación en 3 de los 4 métodos de evaluación de las propuestas de conformidad con las reglas establecidas para los procesos de selección investigados. La implementación de esa estrategia fue posible porque los investigados contaban con elementos de juicio que les permitían determinar, con un razonable grado de aproximación, ciertos aspectos fundamentales acerca de la dinámica de competencia en los procesos. Sobre esa base, desarrollaban hipótesis para identificar la oferta más favorable a sus intereses

Finalmente, para la Delegatura, se encontró corroborada la circunstancia consistente en que AVINCO y JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS (representante legal de AVINCO para la época de los hechos) conocieron la coordinación anticompetitiva entre las empresas controladas por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y contribuyeron a esa dinámica, participando como miembros de diferentes consorcios con PROTECO y DVG en algunos de los procesos de selección investigados.

QUINTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes, dentro del término establecido para tal fin, manifestaron sus observaciones al mismo, y cuyos argumentos se resumen a continuación²⁰:

5.1. Observaciones comunes presentadas por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y PROTECO

- El recaudo de pruebas practicado por la Delegatura en la etapa de averiguación preliminar conllevó a una grave afectación del derecho de inviolabilidad de la correspondencia, establecido en el artículo 15 de la Constitución Política. Lo anterior, pues la diligencia en donde se interceptaron, registraron e inspeccionaron computadores y teléfonos móviles que almacenaban información personal, no estuvo precedida de autorización judicial.
- No es cierto, como lo manifestó la Delegatura, que las solicitudes de nulidad de las pruebas recaudadas durante la averiguación preliminar estuvieran basadas en supuestos. Por el contrario, dichas solicitudes se basaron en causales taxativas de nulidad (artículo 133 de Código general del Proceso) y que gozan de fundamento constitucional.
- Además de ilegales, por recaudarse sin apego a la ley, las pruebas obtenidas en la visita administrativa en los domicilios sociales de DVG y PROTECO no guardaban la pertinencia y la conducencia requeridas para demostrar los hechos analizados por esta Entidad.
- La información obtenida de los computadores de los investigados, con relación a los procesos contractuales con el Estado, era información que podía ser obtenida por cualquier persona ingresando a la página del Sistema Electrónico para la Contratación Pública (en adelante "SECOP").
- DVG y PROTECO son empresas legalmente constituidas, con el derecho de participar en los procesos de contratación convocados por las entidades estatales, y no fueron creadas para ser manejadas y/o direccionadas por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO).

²⁰ Tal y como será desarrollado en el considerando NOVENO de la presente Resolución, este Despacho no acogerá la recomendación de la Delegatura de sancionar a JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS (representante legal de AVINCO para la época de los hechos) ni a AVINCO, por encontrar que frente a estos últimos se realizó una indebida imputación de cargos. Por este motivo, y por sustracción de materia, no se presentarán a continuación las observaciones al Informe Motivado radicadas por estos investigados, pues las mismas no serán objeto de pronunciamiento por parte de esta Entidad.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 6

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **DVG** fue constituida por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), con el objetivo de beneficiarla con su experiencia en el sector de la construcción por un término de tres años, de acuerdo al Decreto 1082 de 2015. Posteriormente cedió su participación social, *"sin que interese para los efectos de este proceso"* a quién ni a qué título se realizó dicha cesión.
- Posterior a su salida de **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) constituyó **PROTECO**, empresa a la cual también beneficia con su experiencia personal en obras de ingeniería civil.
- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) continuó su labor profesional como Director de Obras civiles en diferentes empresas, entre ellas **DVG** y **PROTECO**, manteniendo siempre relaciones de amistad y cuasi parentesco con el personal de más de diez (10) empresas del sector, a quienes les suministra asesoría, información, colaboración y muchas veces dinero en mutuo, vínculos que son legales, a pesar del reproche de la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Contrario a lo afirmado por la Delegatura, la coordinación de propuestas en los procesos de selección analizados era imposible, pues existía un procedimiento para definir el método de evaluación de las ofertas económicas, basado en la Tasa Representativa del Mercado ("TRM") vigente para el día de la adjudicación del contrato, que correspondía a un componente aleatorio que impedía que los proponentes, así fueran controlados y coordinados por una sola persona, direccionaran o manejaran el proceso de selección.
- En los procesos de selección analizados por esta Entidad podían tener interés, no solo **PROTECO** y **DVG**, sino cualquier otra empresa asesorada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), quien sería contratado inmediatamente como director de obras del respectivo contrato si alguna de esas empresas resultaba adjudicataria.
- En Colombia hay más de diez (10) empresas de ingeniería que actualmente tienen relaciones contractuales con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), existiendo lazos de amistad y hasta de parentesco entre ellos.
- El hecho que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) utilizara las oficinas de empresas conocidas en diferentes ciudades del país, quienes temporalmente le cedían espacios, equipos, personal, vehículos, le pagaban pasajes aéreos, honorarios profesionales, le prestaban dinero, etc., no implica que todas estas estén controladas por él o que coordinen su participación en procesos contractuales.
- *"En correos electrónicos y mensajes de WhatsApp es corriente que entre amigos se traten de "senador" o de "esclavo" o de "patrón", sin que deba entenderse en el sentido literal de los términos como lo entendió la Delegatura" pues "es correspondencia privada entre "parceros"."*
- El procedimiento de evaluación de las propuestas económicas vigente en el **INVÍAS** para el momento de los hechos impedía el manejo de los procesos contractuales, toda vez que la evaluación de las ofertas económicas se hacía al azar y *"nadie, absolutamente nadie, puede predecirlo a fin de manejarlo"*.
- La Delegatura rechazó las pruebas solicitadas por los investigados que permitían evidenciar la imposibilidad de coordinar el comportamiento y predecir el resultado de los procesos, tales como la solicitud de oficios al **INVÍAS** para que aportara las copias de los pliegos de condiciones de los procesos objeto de investigación, así como la práctica de los testimonios de quienes integraron los comités de evaluación de las propuestas allegadas a tales procesos.

5.2. Observaciones comunes presentadas por EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 7

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- El Informe Motivado no hizo referencia a los elementos de tasación de la multa que la Delegatura recomendó imponer a los investigados, lo que representó un defecto de dicho documento. Esto toda vez que el mismo debió brindar al Superintendente de Industria y Comercio la totalidad de los elementos para la toma de su decisión final.
- Al no haberse hecho mención a las pruebas que podían ser utilizadas por el Superintendente de Industria y Comercio para tasar la multa a imponer, este último estaría impedido para llevar a cabo dicho ejercicio, so pena de incurrir en una violación al principio de legalidad y vulnerar el derecho de defensa y contradicción de los investigados.
- El Informe Motivado agotó de manera rápida y superficial los argumentos expuestos con relación a la ilegalidad de las pruebas obtenidas durante las visitas administrativas. No se tuvo en cuenta que en el presente caso era necesario la existencia de una orden judicial previa, máxime cuando los equipos y correos electrónicos solicitados, aunque tenían en parte información relacionada con la actividad económica de los investigados, eran de naturaleza personal.
- Las actas de las visitas administrativas adelantadas en la presente actuación evidenciaron la amenaza, disfrazada de advertencia, hecha a los investigados de que la negativa a permitir el acceso a sus equipos y correos electrónicos personales acarrearían una excesiva sanción económica.
- La Corte Constitucional en sentencia C-165 de 2019 condicionó las visitas administrativas a la necesidad de contar con sentencia judicial previa.
- El Superintendente de Industria y Comercio, al momento de tomar la decisión en el presente caso, no puede tener en cuenta los elementos de prueba que fueron recabados de manera ilegal.
- Nunca se probó la relación real de control entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG**, ni los supuestos acuerdos u órdenes que se dieron en virtud de dicha situación de control.
- La conclusión de esta Entidad respecto a la existencia de conductas complejas y objetivas, se basó en indicios, sospechas, conclusiones silogísticas, reglas de la sana crítica, y en general, en el criterio subjetivo del ente investigador.
- Lo que se probó en el presente caso fueron circunstancias que no constituyen una conducta que se subsuma en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ni en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, tales como: (i) la relación comercial, personal y de amistad existente entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**); (ii) la relación comercial entre **DVG** y **PROTECO**; y (iii) la relación profesional entre **DVG** y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**).
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta la existencia de múltiples mercados diferentes en el marco de las contrataciones públicas. Así, el análisis de la contratación pública de bienes de características uniformes debe ser diferente al de procesos de obras públicas, por lo que se requiere de un análisis específico para las condiciones particulares de cada mercado.
- Las relaciones y tratativas precontractuales reprochadas constituían el normal actuar en un mercado en que los competidores son bastantes limitados.
- Es normal que los participantes busquen maximizar utilidades presentándose de manera independiente a los procesos de selección. Sin embargo, en los casos en que no cumplen con los requisitos, es igualmente común que celebren acuerdos de colaboración (consorcios y uniones temporales) con otras empresas.

SECRETARIO AD-HOC

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 8

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Los precios de las ofertas de **DVG** o de los proponentes plurales de los que participó, emanaron de los estudios previos de la entidad contratante, y no de la coordinación o la orden recibida por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**).
- El método de calificación que otorgaba el puntaje a las propuestas económicas en los procesos investigados era totalmente aleatorio e impredecible, por lo que no era posible considerar como prueba de una conducta anticompetitiva la existencia de una hoja de cálculo realizada por los investigados.
- Se presentó un evidente error de hecho y de derecho en la valoración de las pruebas realizada por el Informe Motivado.
- El hecho de que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) estuviera presente en las instalaciones de **PROTECO** durante la visita administrativa a dicha empresa y respondiera algunas preguntas de los funcionarios que la practicaron, no es prueba de que dicho investigado tuviera un vínculo con la compañía en cuestión.
- Las respuestas dadas por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) a los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio durante la visita administrativa a **PROTECO** fueron consecuencia de la relación comercial y personal de dicho investigado con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**).
- Las pruebas de que el revisor fiscal de **DVG** enviaba a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) los Estados Financieros de **PROTECO**, evidenciaron una situación normal en los procesos de conformación de consorcios para la presentación de propuestas económicas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio insistió en la existencia de un vínculo entre **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **PROTECO**, por la simple presencia de un mensaje de texto enviado de manera automática por una entidad financiera, sin tener en cuenta que existieron diferentes elementos de prueba (libros de contabilidad y testimonios) que demostraron que en realidad no existía dicho vínculo laboral.
- Nunca se negó la estrecha relación entre **PROTECO**, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**). Sin embargo, la existencia de un nivel de confianza entre los investigados en lo relativo a las obligaciones dinerarias no podía ser un indicio de control y mucho menos de una conducta anticompetitiva.
- No es cierto que la situación de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en **DVG** no haya cambiado con posterioridad a la cesión de sus acciones en dicha compañía.
- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), como Directo de Obra para algunos proyectos puntuales de **DVG**, podía realizar solicitudes e impartir instrucciones al personal de la empresa, tanto de obra como administrativo.
- El Director de Obra era el encargado de que las obras se cumplieran a cabalidad, por lo que las actuaciones de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) respecto de la notificación de que el personal adscrito a la obra (técnico o administrativo) no estuviese haciendo bien su trabajo, resultaban normales.
- De conocerse el mercado, se habría podido evidenciar que un Director de Obra nunca está 100% en el sitio de la obra, lo que quiere decir que es común que el mismo cuente con un espacio de trabajo en las oficinas de la empresa a la cual le presta el servicio para desarrollar sus funciones.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- El reprochar que una contadora trabaje para dos empresas evidencia la parcialidad con que la Superintendencia de Industria y Comercio valoró las pruebas dentro del Expediente. Además, quedó probado que la información manejada por esta funcionaria era información común en procesos de selección como los investigados.
- El Informe Motivado basó su conclusión en "sospechas" de la Delegatura, sin tener en cuenta que esto se presenta como una falta clara de motivación.
- Los préstamos entre las empresas investigadas se realizaron en el marco de relaciones de confianza, lo cual es legal a la luz del ordenamiento nacional.
- La Delegatura nunca probó la participación coordinada de varios agentes, así como tampoco el supuesto control que aduce, y se basó exclusivamente en conjeturas y conceptos subjetivos.
- El conocimiento que tenían los investigados del mercado les permitía hacer, como máximo, estimaciones o adivinanzas razonables, con fundamento en las cuales estructuraban sus propuestas económicas. Sin embargo, esto no constituyó una ventaja competitiva, pues las empresas investigadas no contaban con más información ni estaban en mejor posición que otros competidores.
- No se tuvo en cuenta que las hipótesis y ejercicios de predicción hechos por los investigados fueron la única manera de tomar decisiones razonables respecto de las propuestas económicas a presentar en los procesos de selección investigados.

SEXTO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 21 de octubre de 2020 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia²¹, el cual recomendó por unanimidad sancionar a las personas indicadas en la parte resolutive de la presente Resolución.

SÉPTIMO: Que, habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, el Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

7.1. Competencia funcional

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

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011²² señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica".

²¹ Acta No. 84 del Consejo Asesor de Competencia del 21 de octubre de 2020.

²² Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 10

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

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

Finalmente, conforme con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibidem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

7.2. De la libre competencia económica y las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación estatal

El ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente. En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

"Artículo 88. La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

"Artículo 333. La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.

La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.

El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.

La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De la lectura de las normas antes citadas, es claro que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo²³. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de

²³ Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos²⁴.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009 al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica²⁵. En relación con la eficiencia económica obtenida en un marco de competencia real, existe evidencia empírica que ilustra cómo en países con importantes niveles de competencia, las tasas de crecimiento en su ingreso *per cápita* son más altas respecto de países con niveles de competencia bajos²⁶.

En efecto, la sana rivalidad y competencia entre empresas deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren²⁷. Un estudio que analizó el periodo comprendido entre 1990 y 2007 confirmó dicho postulado, al establecer que los consumidores latinoamericanos pagaron al menos US\$35 billones de dólares extra debido a los acuerdos de precios surgidos de carteles internacionales, cifra que pudo haber sido mayor si el impacto creado por carteles domésticos hubiera también sido calculado²⁸.

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido²⁹. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo³⁰.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, **en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia**, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades³¹, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos:

(i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia;

²⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

²⁵ El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

²⁶ Consejo Privado de Competitividad: 'Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia'. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, 'Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?' (2008) 4

²⁷ Frederic Jenny, 'Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence' (2006) 29 World Competition, 109

²⁸ John Connor, 'Latin American Cartel Control' (2008) <<http://ssrn.com/abstract=1156401>>

²⁹ OCDE, 'Lineamientos Para Combatir La Colusión Entre Oferentes en Licitaciones Públicas' (2009) 1 <www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf> consultada 20 febrero 2019, Despina Pachnou, 'Detecting and Preventing Bid Rigging: Views From The OECD' (2018) 6 <<https://transparency.hu/wp-content/uploads/2018/10/Despina-Pachnou-DETECTING-AND-PREVENTING.pdf>> consultada 5 marzo 2019

³⁰ Ibidem.

³¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 12

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos;
- (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes;
- (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; y
- (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Ahora bien, la Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada oferente³²; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo³³; y (vi) presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad las mismas hacen parte de una conducta coordinada entre los proponentes, encaminada a falsear la libre competencia dentro del proceso de selección. En este último esquema, por lo general, hay dos o más ofertas que, a pesar de ser presentadas por oferentes que se hacen pasar por competidores autónomos e independientes, en realidad no compiten entre ellas, pues su elaboración y presentación obedecen a una táctica acordada y coordinada previamente, la cual resulta favorecida, en muchas ocasiones, por la existencia de un mismo grupo de interés económico, existencia de situaciones de subordinación entre los oferentes o la existencia de vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente.

Bajo el anterior contexto, este Despacho pasará a analizar el caso concreto con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas, en el siguiente orden: primero, habrá un examen de los elementos de hecho y de las pruebas recaudadas tendientes a demostrar si existió la infracción a la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y acto seguido se procederá a analizar la eventual infracción al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Para tal fin, esta Superintendencia a lo largo de la presente Resolución se apoyará en los medios probatorios obtenidos y aportados por los investigados durante las diferentes etapas de la actuación administrativa, incluyendo las recopiladas durante las visitas administrativas practicadas por la Delegatura con fundamento en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 y el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, este último en concordancia con el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, los cuales confieren a esta Superintendencia la función de practicar pruebas de inspección, testimonios y exhibición de libros y papeles del comerciante, así como la función de iniciar e instruir averiguaciones preliminares e investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

7.3. Marco normativo

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, así como las normas jurídicas que a continuación se describen, procederá este Despacho a establecer si los investigados incurrieron en las conductas respecto de las cuales se les formuló pliego de cargos.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, confirmada mediante Resolución No. 20639 del 27 de abril de 2015.

³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 del 28 de junio de 2012, confirmada mediante Resolución No. 53979 del 14 de septiembre de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"Artículo 1. 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.

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En tanto que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, señala:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

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

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

7.4. De la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general)

Esta Entidad³⁴ y la propia Corte Constitucional —en Sentencia C-032 de 2017 en la que declaró la exequibilidad del artículo 1 de la Ley 155 de 1959— han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: (i) la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia; y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

En este caso la imputación formulada en la Resolución de Apertura de Investigación corresponde a la segunda conducta, esto es, la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia.

Es relevante anotar que, tal y como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe "ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece", constituido por el régimen general de la competencia y, también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos.

Bajo este contexto, a continuación se analizará si se acreditó el comportamiento objeto de investigación y si dicho comportamiento se enmarca en la conducta imputada.

En estos términos, para la Superintendencia de Industria y Comercio está plenamente acreditado, luego de un detallado estudio del material probatorio recaudado, que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, toda vez que implementaron una práctica anticompetitiva en una serie de procesos de selección adelantados por el **INVÍAS** y **FONTUR**, en los que participaron aparentando ser competidores independientes y autónomos, cuando en realidad sus actuaciones estuvieron coordinadas en cada una de sus etapas. Dicha coordinación pudo materializarse dada la existencia

³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 14

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de un número de circunstancias que facilitaron esta práctica anticompetitiva, a saber: la existencia de vínculos de amistad entre los investigados, que estos últimos se encontraban sujetos a una misma situación de control desde el punto de vista competitivo, entre otras.

Para llegar a la anterior conclusión, este Despacho estructuró el análisis de la conducta de la siguiente manera: Primero, se enfocó en hacer un estudio y delimitación de los mercados afectados por la conducta reprochada. Segundo, estableció la existencia de vínculos pre-existentes de amistad y cercanía entre los investigados. Tercero, se estudiaron las evidencias respecto a la presencia de un control competitivo ejercido por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre de **DVG** y **PROTECO**. Cuarto, se analizó un número de elementos probatorios que dieron cuenta de la existencia de conductas adicionales que facilitaron aún más la política de coordinación que los investigados aplicaron en el mercado. Quinto, se estudiaron las pruebas respecto a la coordinación que tuvo lugar puntualmente en los seis (6) procesos de selección investigados. Y, finalmente, se estudió la idoneidad de la conducta para restringir la libre competencia económica y su impacto en el mercado.

7.4.1. Sobre la definición del mercado

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre la definición del mercado en los casos de prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública. Al respecto, ha indicado que, a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas y que no hacen parte de un sistema anticompetitivo, el mercado es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes.

En este sentido, el mercado que surge en virtud de la interacción de la entidad pública contratante y los proponentes, se caracteriza por al menos satisfacer las siguientes dos (2) condiciones: (i) ser temporal, toda vez que nace con la intención de la entidad contratante y finaliza con la terminación anormal del proceso de selección o con la liquidación del contrato resultante; y (ii) ser excluyente por cuanto una vez adjudicado o definido el proceso de selección contractual, no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo, motivo por el cual se conoce como una competencia "por el mercado" y no "competencia en el mercado".

Al respecto, este Despacho ya ha señalado en anteriores ocasiones³⁵ que el mercado en casos que involucran licitaciones públicas corresponde a cada proceso licitatorio analizado. Lo anterior, toda vez que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado, sean personas naturales o jurídicas, que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar. A modo de ejemplo, en la Resolución No. 40875 de 2013, esta Superintendencia indicó:

"Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección".

Adicionalmente, en la Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017, esta Superintendencia señaló:

"(...) a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues el mercado es el resultado de la interacción entre

³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 54338 del 15 de octubre de 2019, 12156 del 7 de mayo de 2019, 1728 del 29 de enero de 2019, entre muchas otras.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

*la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes"*³⁶.

Esta posición, según la cual en casos que involucren procesos de contratación pública el mercado es el proceso contractual mismo, no es propia o exclusiva de la Autoridad de Libre Competencia en Colombia, sino que corresponde con los pronunciamientos de otras agencias de competencia a nivel mundial. Así, en decisión No. 10-D-05 del 27 de enero de 2010, relativa a las prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, la autoridad francesa señaló:

*"De manera constante, cada mercado público que pasa por un procedimiento de solicitud de ofertas constituye un mercado pertinente. Tal mercado es el resultado de la confrontación entre la demanda de quien necesita la obra y de las propuestas hechas por los candidatos que responden a dicha solicitud"*³⁷ (Traducción libre. Subraya y negrilla fuera de texto original).

En el mismo sentido se refirió el Tribunal De Defensa De La Libre Competencia de Chile, quien estableció en la Sentencia No. 112/2011 del 22 de junio de 2011, que en los casos de colusión en licitaciones públicas el mercado es determinado por cada concurso específico en el cual se presentó la conducta investigada. Puntualmente señaló lo siguiente:

"(...) a juicio de este Tribunal, en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada de éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso (...). Dadas las características del proceso de licitación especificada anteriormente, es posible señalar que el mercado relevante corresponde a un concurso específico, que se produce en un momento dado del tiempo y que permite asignar espectro para las distintas localidades objeto del concurso.

(...)

*[E]ste Tribunal comparte el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicas (OCDE) (...) en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto"*³⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De esta forma, y de acuerdo con lo indicado anteriormente, este Despacho concluye que en el presente caso los mercados afectados por la práctica anticompetitiva desplegada son seis (6), que corresponden a los procesos de selección bajo investigación. Cinco (5) de ellos realizados por parte del INVÍAS y uno por parte del FONTUR. A continuación se presentará una descripción de cada uno de ellos, incluyendo su objeto, el mecanismo de selección, el presupuesto oficial de la entidad contratante, entre otras características.

³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 19890 de 2017 y 4604 de 2018.

³⁷ Autoridad de la Competencia de Francia, Decisión No. 10-D-05 del 27 de enero de 2010 relativa a las prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, Para 45. Pg. 9. Disponible en: <http://www.autoritedelaconcurrence.fr/pdf/avis/10d05.pdf>

³⁸ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC), SENTENCIA No. 112/2011, del 22 de junio de 2011, caso "Radios", celebración de acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones a radiofusión sonora de frecuencia modulada. Pg. 34. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20120111/asocfile/20120111215127/tdlc1.pdf>

RESOLUCIÓN (733.23) DE 2020 "Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"	HOJA N° 16
7.4.1.1. Licitación pública No. LP-DO-SMF-028-2017³⁹ El proceso de Licitación Pública No. LP-DO-SMF-028-2017 del INVÍAS tenía como objeto el "mantenimiento del río Truandó. Cuenca del Río Atrato en el municipio de Riosucio. Departamento del Chocó". El plazo del contrato era de cuatro (4) meses y el valor del presupuesto oficial era \$1.610.331.715. El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el SECOP el 7 de abril de 2017 con un cronograma de actividades hasta el 14 de junio de 2017, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación. Los criterios de ponderación en la licitación en mención incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 80 puntos por factor de calidad y 20 puntos por implementación del programa "vinculación madres cabeza de familia y/o víctimas", para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética, teniendo en cuenta la TRM del día de la realización de la audiencia⁴⁰. Once (11) proponentes participaron en la licitación, de los cuales ocho (8) fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, el CONSORCIO FLUVIAL, conformado por PROTECO y AVINCO, y representado legalmente por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$1.541.044.178, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 4635 del 22 de junio de 2017. Por su parte, DVG obtuvo el puesto número 3 en la evaluación de las propuestas. 7.4.1.2. Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017⁴¹ El proceso de Selección Abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 del INVÍAS tenía como objeto el "mantenimiento y rehabilitación de los muelles de carga y de pasajeros de San José del Guaviare, departamento de Guaviare". El plazo del contrato era de tres (3) meses y el valor del presupuesto oficial era \$483.278.443. El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el SECOP el 11 de julio de 2017 con un cronograma de actividades hasta el 6 de septiembre de 2017, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación. Los criterios de ponderación incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 80 puntos por factor de calidad y 20 puntos por implementación del programa "vinculación madres cabeza de familia y/o víctimas" para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética alta, teniendo en cuenta la TRM del día de la realización de la audiencia⁴². Nueve (9) proponentes participaron en la convocatoria, de los cuales cinco (5) fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, DVG obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$464.786.073, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 7065 del 13 de septiembre de 2017. ³⁹ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :Inspección al SECOP LP-DO-SMF-028-2017AA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28364481 ⁴⁰ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor. ⁴¹ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :Inspección al SECOP SA-MC-DO-SMF-021-2017AA_PROCESO_17-11-6797600_124002002_31243604. ⁴² Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor.	

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Por su parte, el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**, conformado por **PROTECO** y **AVINCO**, y representado legalmente por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) obtuvo el puesto número 3 en la evaluación de las propuestas.

7.4.1.3. Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-027-2017⁴³

El proceso de Selección Abreviada No. **SA-MC-DO-SMF-027-2017** del **INVÍAS** tenía como objeto el "*mantenimiento, administración, organización y operación del muelle de Victoria Regia Leticia, Amazonas*". El plazo del contrato era hasta el 31 de diciembre de 2017 y el valor del presupuesto oficial era \$328.570.957.

El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el **SECOP** el 28 de septiembre de 2017 con un cronograma de actividades hasta el 21 de noviembre de 2017, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación.

Los criterios de ponderación incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 80 puntos por factor de calidad y 20 puntos por implementación del programa "*vinculación madres cabeza de familia y/o víctimas*" para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética alta, teniendo en cuenta la **TRM** del día de la realización de la audiencia⁴⁴.

Siete (7) proponentes participaron en la convocatoria, de los cuales cinco (5) fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, **DVG** obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$322.800.031, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 9186 del 27 de noviembre de 2017.

Por su parte, el **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**, conformado por **PROTECO** y **AVINCO**, y representado legalmente por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) obtuvo el puesto número 4 en la evaluación de las propuestas.

7.4.1.4. Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-007-2018⁴⁵

El proceso de Selección Abreviada No. **SA-MC-DO-SMF-007-2018** del **INVÍAS** tenía como objeto la "*construcción del muelle fluvial de Piñuña Negro, Departamento de Putumayo*". El plazo del contrato era de tres (3) meses y el valor del presupuesto oficial era \$655.767.137.

El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el **SECOP** el 14 de marzo de 2018 con un cronograma de actividades hasta el 16 de mayo de 2018, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación.

Los criterios de ponderación incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional y 100 puntos por factor de calidad, para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió al menor valor, teniendo en cuenta la **TRM** del día de la realización de la audiencia⁴⁶.

⁴³ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :*Inspección al SECOP\SA-MC-DO-SMF-027-2017\PCD_PROCESO_17-11-7111268_124002002_34271778*.

⁴⁴ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor.

⁴⁵ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :*Inspección al SECOP\SA-MC-DO-SMF-007-2018\3. PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO*.

⁴⁶ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020 *Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia*	HOJA N° 18
Cinco (5) proponentes participaron en la convocatoria, de los cuales todos fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, PROTECO obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$620.131.496, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 3135 del 21 de mayo de 2018. Por su parte, DVG obtuvo el puesto número 5 en la evaluación de las propuestas. 7.4.1.5. Licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018⁴⁷ El proceso de Licitación Pública No. LP-DO-SMF-027-2018 del INVÍAS tenía como objeto la <i>"construcción del muelle de pie de Pató, municipio de Alto Baudó, Departamento del Chocó"</i>. El pazo del contrato era hasta el 31 de diciembre de 2018 y el valor del presupuesto oficial era \$862.630.212. El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto en el SECOP el 11 de julio de 2018 con un cronograma de actividades hasta el 21 de septiembre de 2018, fecha en la cual se surtió la audiencia de adjudicación. Los criterios de ponderación en la licitación en mención incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 90 puntos por factor de calidad e implementación del Programa Gerencia Proyectos y 10 puntos por vinculación de trabajadores con discapacidad en la planta de personal, para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética, teniendo en cuenta la TRM del día de la realización de la audiencia⁴⁸. Seis (6) proponentes participaron en la licitación, de los cuales la totalidad fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, el CONSORCIO FLUVIAL, conformado por PROTECO y AVINCO, y representado legalmente por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), obtuvo el mayor puntaje, resultando adjudicatario por un valor total de \$783.159.325, de acuerdo con lo dispuesto en la Resolución No. 6261 del 1 de octubre de 2018. Por su parte, DVG obtuvo el puesto número 5 en la evaluación de las propuestas. 7.4.1.6. Proceso de selección de contratista No. FNTIA-043-2018⁴⁹ El Proceso de selección de contratista No. FNTIA-043-2018 del FONTUR tenía como objeto la <i>"construcción de un embarcadero turístico en el área de La Salvajina, vereda San Martín, municipio de Morales, Departamento del Cauca"</i>. El valor del presupuesto oficial era \$829.157.577 y el plazo de ejecución era de nueve (9) meses. El Aviso de Convocatoria Pública fue dispuesto al público el 11 de septiembre de 2018 con un cronograma de actividades hasta el 30 de octubre de 2018, fecha en la cual se seleccionó el contratista. Los criterios de ponderación incluían 800 puntos por valor de la propuesta, 100 puntos por apoyo a la industria nacional, 80 puntos por factor de calidad y 20 puntos por implementación del programa <i>"vinculación madres cabeza de familia y/o víctimas"</i> para un total de 1.000 puntos. Por su parte, el	
⁴⁷ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. : <i>Inspección al SECOP LP-DO-SMF-027-2018\ Pliego de Condiciones definitivo.</i>	
⁴⁸ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y el menor valor.	
⁴⁹ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. : <i>Inspección al SECOP FNTIA-043-2018\ DP_PROCESO_18-4-8435716_101101025_47679467.</i>	

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

mecanismo de evaluación para asignación de puntajes a la oferta económica correspondió a la media aritmética, teniendo en cuenta la TRM del día de la realización de la audiencia⁵⁰.

Trece (13) proponentes participaron en la convocatoria, de los cuales cinco (5) fueron habilitados y evaluadas sus propuestas económicas. Uno de ellos fue rechazado en la revisión de la oferta económica pues la misma incurrió en causal de rechazo establecida en el numeral 4.2 del pliego de condiciones definitivo.

De los agentes investigados en la presente actuación administrativa, DVG, mediante un consorcio conformado con AVINCO llamado **CONSORCIO EMBARCADERO**, y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), de forma independiente como persona natural, enviaron propuestas. En ambos casos, estas resultaron rechazadas por verificación financiera y capacidad residual de contratación. Adicionalmente, el **CONSORCIO EMBARCADERO** tampoco cumplió con la verificación técnica.

Finalmente, **LUIS FERNANDO MESA BALLESTEROS** resultó seleccionado para la ejecución del contrato por un valor de \$809.547.959.

En conclusión, en el presente caso, los mercados que se vieron afectados por la conducta investigada corresponden a los procesos de selección No. LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, SA-MC-DO-SMF-021-2017, LP-DO-SMF-027-2018 y SA-MC-DO-SMF-007-2018 adelantados por el INVÍAS y el proceso de selección No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR.

7.4.2. De las relaciones existentes entre los agentes de mercado investigados

Este Despacho dio cuenta de múltiples elementos de prueba, obrantes en el Expediente que muestran la existencia de una relación previa entre los agentes de mercado investigados. Como se expone a continuación, se encontró suficiente soporte probatorio de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) fue el accionista fundador de **PROTECO** y **DVG** y que, a pesar de haber cedido su participación accionaria en esta última, mantuvo una estrecha relación con sus nuevos accionistas.

Debe aclararse que si bien dichas relaciones previas no son censurables *per se* en virtud del régimen de libre competencia en Colombia, en el presente caso ostentan una gran relevancia, pues se encontró que las mismas fueron un elemento facilitador y fundamental para la coordinación de los investigados en los diferentes procesos de selección investigados, conducta que sí se advierte violatoria de las normas de libre competencia. Lo anterior, en el entendido que el comportamiento de dos empresas que participan por separado en el marco de un proceso de selección, debe ser el de competidores independientes, que actúan en el mercado en cumplimiento de los principios que promueve el régimen de libre competencia en Colombia⁵¹.

Por este motivo, a continuación se presentan los hallazgos de esta Superintendencia respecto a las relaciones pre-existentes entre los investigados.

7.4.2.1. De la constitución de DVG por parte de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y la posterior cesión de sus acciones

DVG INGENIERÍA S.A.S. es una sociedad constituida a través de documento privado del 29 de junio de 2013, inscrita el 10 de octubre del mismo año⁵² ante la Cámara de Comercio del Amazonas. Por decisión unánime de la Asamblea de Accionistas del 27 de septiembre de 2017, la cual consta en el

⁵⁰ Otros métodos de evaluación posibles eran la media aritmética alta, la media geométrica con el presupuesto oficial y la media aritmética baja.

⁵¹ Ley 1340 de 2009. Artículo 3.

⁵² Folio 320 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. *CONSTITUCION DVG INGENIERIA SAS.*

RESOLUCIÓN (2013323) DE 2020

HOJA Nº 20

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Acta No. 9 de dicho órgano corporativo⁵³, se aprobó el cambio de domicilio social a la ciudad de Bogotá.

De acuerdo al documento de constitución⁵⁴, el objeto social de la compañía incluía, entre otros:

"1. Ejecutar obras relacionadas con el campo de la arquitectura, la ingeniería civil, las comunicaciones, tales como: la construcción y/o remodelación de edificaciones, unidades de vivienda, obras urbanísticas, restauración arquitectónica, obras hidráulicas, obras sanitarias, pilotajes, vías, obras de espacio público, obras de control de emergencias, reforzamiento estructural, obras de geotecnia, obras de estabilización y similares; construcción y/o mantenimiento de puentes peatonales, vehiculares y férreos, construcción de acueductos, alcantarillados, plantas de tratamiento, sistemas sépticos y todas las obras y actividades relacionadas con la conducción, canalización de aguas lluvia, negras y potable, en general cualquier clase de obra civil (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Dicho objeto social se mantenía en los mismos términos para el año 2019⁵⁵. Adicionalmente, la composición accionaria de la sociedad DVG se dividía, al momento de su constitución, de la siguiente manera:

Tabla No. 1. Composición accionaria inicial DVG

NOMBRE DEL SOCIO	CUOTA	CAPITAL	PORCENTAJE
DANIEL VELASCO GONZALEZ	9.800,00	\$98.000.000,00	98,00%
EDER ZABALETA ROJAS	100,00	\$1.000.000,00	1,00%
JANIO CARDONA AGUIRRE	100,00	\$1.000.000,00	1,00%

Fuente: Copia exacta del documento de constitución de DVG. Folio 192 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

Debe mencionarse que, no obstante haber sido constituida por 3 accionistas, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) era el controlante de la sociedad, pues contaba con el 98% de las acciones que componían el capital social⁵⁶. De hecho, de lo manifestado por el investigado ante esta Entidad en su declaración del 5 de diciembre de 2019, puede constatarse que la creación de la mencionada empresa fue decisión de él, con el fin de proteger la experiencia que había adquirido en el campo de la construcción a través del tiempo.

"Delegatura: Ingeniero. Pues nos contaba usted que ¿desde cuándo se dedica a contratar con entidades públicas?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Con entidades públicas estoy contratando desde el año 2002.

Delegatura: ¿Y cómo lo ha venido haciendo desde esa época?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Hasta el 2014 lo venía haciendo como persona natural.

Delegatura: ¿Y luego del 2014?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Eh, creé una empresa que se llama **DVG INGENIERIA S.A.S.** amparado en el Decreto 1082, dónde podía cederle mi experiencia por tres años a una nueva empresa SAS.

⁵³ Folio 320 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. ACTA 9 CAMBIO DE DOMICILIO DVG INGENIERIA.

⁵⁴ Folio 192 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

⁵⁵ Folio 343 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

⁵⁶ Código de Comercio de Colombia. "Artículo 261 (artículo subrogado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995): Presunciones de subordinación. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos: 1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de los subordinadas de éstas. Para tal efecto, no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto (...)"

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Delegatura: ¿Fue usted fundador de la sociedad DVG?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Sí señora, como lo acabo de manifestar, fui fundador de la sociedad **DVG INGENIERIA S.A.S.**

Delegatura: ¿Y nos puede comentar qué lo motivo a fundar esa sociedad?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Eh, en primera instancia tuve un profesor, un ingeniero que ya falleció, que él me decía muy coloquialmente que si yo llegara a fallecer, por x o y motivo, porque yo mantengo en la selva ejecutando las obras, que la experiencia que yo había adquirido durante 19 años se perdería. Que lo mejor era crear una empresa para después, si yo llego a fallecer, la experiencia quede en ella⁵⁷.

Por su parte, la participación de los otros dos accionistas correspondió a la necesidad de contar, por un lado, con un accionista capitalista, y por el otro, con una persona que se encargara de adelantar los trámites documentales de las propuestas para los procesos de selección en la ciudad de Bogotá, mientras **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) adelantaba sus funciones en otras regiones del país. En palabras del mismo **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, **JANIO CARDONA AGUIRRE**, titular del 1% de las acciones, "era un socio capitalista"⁵⁸. Por su parte, respecto a las funciones de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** manifestó:

"Delegatura: Bueno, entonces ya constituyeron **DVG**, está usted con el 98%, [**EDER ZABALETA ROJAS**] con el 1 y **JANIO** con el 1. Nos dice que **JANIO** era el socio capitalista y que no conocía de obras de ingeniería ¿es cierto esto?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Correcto, sí señora.

Delegatura: ¿y cuál es la función de [**EDER ZABALETA ROJAS**] en esta sociedad?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Como les informé anteriormente, yo mantengo viajando, mantengo en la selva, entonces había asuntos que atender acá en la ciudad de Bogotá ¿sí? Y él era el encargado de atender esos asuntos.

Delegatura: Ingeniero Velasco puede indicarle por favor, de forma más puntual, ¿a qué asuntos hace referencia de los cuales estaba encargada [**EDER ZABALETA ROJAS**] mientras usted ejercía su labor en un sitio diferente a la ciudad capital?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Si señor, como no. Los asuntos era elaborar propuestas, presentarlas ¿sí? A veces por teléfono inclusive las armábamos, es decir, yo estaba en la selva o un sitio alejado, Putumayo, Chocó, eh, debido a mi experiencia casi todas las obras que he ejecutado han sido en las selvas de Colombia. Caucana, Chocoana, Nariñense, Putumayo, Amazonas, Caquetá, Guaviare, Guainía. Como yo mantengo por allá por esos sitios todo el tiempo, aún todavía, entonces en esa época, en la época de **DVG** salió una licitación, entonces hablábamos por teléfono "no, hay que hacer así, presentamos así" y él la presentaba, porque obviamente yo no podía venir.

Delegatura: Señor Velasco volviendo al punto anterior, vamos a ser un poco más puntual en las funciones del señor [**EDER ZABALETA ROJAS**]. Usted nos indica que él armaba propuestas. Puede indicarnos puntualmente ¿cuál era la labor de él a la hora de elaborar una propuesta para presentarse a un proceso de licitación pública?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Es decir, elaborar los formatos que las entidades públicas presentan en los pliegos de condiciones. Elaborábamos juntos, como te digo por teléfono, el presupuesto y se presentaba.

⁵⁷ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 5:55.

⁵⁸ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 7:40.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (173323) DE 2020

HOJA Nº 22

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Delegatura: Usted dice, 'elaborábamos juntos el presupuesto por teléfono' ¿Era usted el que daba las instrucciones respecto a cuál es el presupuesto que iba a presentar DVG en las propuestas?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Como ustedes saben, [EDER ZABALETA ROJAS] no es ingeniero civil ¿sí? El ingeniero civil soy yo. Entonces como les manifesté anteriormente, yo estaba en la selva, entonces por ejemplo me decía 've, hay que...este es el presupuesto', entonces lo mirábamos 'no, hay que bajarle a este precio, a este precio también hay que bajarle, a este no mucho'. Esa era la forma en que, en esa época, se elaboraban las propuestas de DVG.

Delegatura: Señor Velasco, para tener mayor claridad respecto de la respuesta que usted acaba de dar y teniendo en cuenta que usted nos indica que el señor [EDER ZABALETA ROJAS] no es ingeniero, ¿la persona que daba las directrices de 'hay que bajarle a este ítem, hay que subirle o a estos costos', era directamente usted?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Sí señor, le estoy diciendo, en la época de DVG, cuando se conformó, sí señor⁵⁹.

Nótese entonces que las labores de los accionistas fundadores de DVG estuvieron divididas desde un inicio de la siguiente manera: (i) **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) era el accionista mayoritario, titular del 98% de las acciones, quien contaba con la experiencia para presentarse a los procesos de selección de las diferentes entidades públicas y quien, a pesar de estar constantemente viajando por diferentes regiones, era el que tomaba la decisión sobre el contenido de las ofertas económicas a presentar en cada proceso; (ii) **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), cuya participación se centraba en ser una colaboración para **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** en la elaboración de las propuestas, específicamente en diligenciar los formatos y presentar las ofertas; y (iii) **JANIO CARDONA AGUIRRE** quien era un accionista netamente capitalista.

Ahora bien, consta en el Expediente que, tres años después de la constitución de la sociedad, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) decidió ceder su participación accionaria en DVG. Como puede evidenciarse en el Acta No. 7 de la reunión de la Asamblea de Accionistas de la compañía⁶⁰, de fecha 23 de noviembre de 2016, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** cedió la totalidad de sus acciones en favor de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) y **LEYDI YINED DIAZ GARCÍA**. De igual forma, **JANIO CARDONA AGUIRRE** cedió la totalidad de sus acciones en favor de **EDER ZABALETA ROJAS**. En este sentido, la composición accionaria de DVG quedó conformada de la siguiente manera:

Tabla No. 2. Composición accionaria DVG posterior a la cesión de acciones

NOMBRE DEL SOCIO	CUOTA	VALOR CUOTA	CAPITAL	PORCENTAJE
EDER ZABALETA ROJAS	30.000	\$10.000,00	\$300.000.000,00	50%
LEYDI YINED DIAZ GARCIA	30.000	\$10.000,00	\$300.000.000,00	50%
TOTALES	60.000		\$600.000.000,00	100%

Fuente: Copia exacta del Libro de Actas de DVG, Acta No. 7. Folio 320 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. REMISION ACTA 7 DVG INGENIERIA.

De lo anterior, dos puntos llaman la atención de este Despacho por encontrarse relevantes para el análisis que posteriormente se hará sobre el comportamiento de los investigados en los procesos que conforman el mercado afectado, según lo dicho anteriormente. En primer lugar, que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) tomó la decisión de ceder su participación en DVG en favor de personas con quienes mantenía relaciones personales y familiares de tiempo atrás. Así, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) es una persona con la que tenía una relación de amistad desde el año 2000. Lo anterior fue precisado en los

⁵⁹ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 10:48.

⁶⁰ Folio 320 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. REMISION ACTA 7 DVG INGENIERIA.

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

siguientes términos en la declaración del 5 de diciembre de 2019 que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** rindió ante esta Entidad:

"DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Inicialmente **DVG INGENIERIA S.A.S.** fue conformada, como te digo, debido a mi experiencia como persona natural en un 98% por **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]**, un 1% por **JANIO CARDONA AGUIRRE** y otro 1% por **[EDER ZABALETA ROJAS]**.

Delegatura: ¿Y por qué usted decidió conformar **DVG** con ellos? ¿Quiénes son ellos?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Don **JANIO CARDONA AGUIRRE** es una persona, un socio mío, con el que yo trabajaba en el Valle del Cauca, y era un socio capitalista. Con **[EDER ZABALETA ROJAS]**, es una persona con la cual yo tengo contacto, relación, desde el año 2000, y la idea era, pues, presentarnos a procesos, conformar la empresa para presentarnos a procesos. Y ese fue el motivo⁶¹.

(...)

"Delegatura: Me decía usted que conocía al señor **[EDER ZABALETA ROJAS]** desde el año 2000. ¿Por qué lo conoce desde esa época?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: Desde el año 2000 lo conozco porque él trabajaba con una empresa, una fundación, a la cual yo le hacía interventoría cuando trabajaba en el Amazonas.

Delegatura: Y antes de constituir la sociedad ¿Usted trabajaba con el señor **[EDER ZABALETA ROJAS]**?

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: De... Muchísimo tiempo después de conocernos... estamos hablando de cerca de 13 años ¿sí?... hemos estado, siempre hemos estado en constante comunicación ¿sí? Desafortunadamente nunca pudimos trabajar, porque no se prestaba la... no había oportunidades en ese momento⁶².

Al respecto, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) manifestó lo siguiente en su declaración del 5 de diciembre de 2019:

"Delegatura: Señor Zabaleta, indíqueme por favor si tenía usted algún tipo de relación con los socios fundadores de **DVG** previo a la creación de esta sociedad. Ya sea laboral, familiar...en general.

EDER ZABALETA ROJAS: Bueno, sí existió, o existe, una relación de una amistad de hace mucho tiempo con el Ingeniero **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]**. Nos conocíamos de hace mucho tiempo. Y entonces él necesitaba pues los temas que, el casi permanecía viajando en la ejecución de las obras cuando el desarrollaba sus actividades como persona natural, él está por fuera entonces conmigo hay una total confianza para poder desarrollar esas actividades y en ese orden de ideas fue que decidimos organizarnos como socios en **DVG**⁶³.

A su vez, el apoderado de **PROTECO** y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en el marco de la presente actuación administrativa, manifestó lo siguiente en la audiencia del 21 de febrero de 2020, la cual se llevó a cabo según lo definido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012:

"Apoderado **PROTECO y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ:** (...) Entonces, se le dice en los cargos que **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]** y **PROTECO** presuntamente incurrieron en prácticas restrictivas, no hubo ninguna práctica restrictiva, el hecho de que se colaboren, repito, son amigos...es más... **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]** le permitió una transfusión**

⁶¹ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 7:40.

⁶² Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 9:34.

⁶³ Folio 666 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P2 Min. 11:04.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 24

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

de su propia sangre al aquí presente [EDER ZABALETA ROJAS] en un momento de angustia por problemas de salud. Le ha dado hasta sangre. Cómo no le va a permitir su trabajador que le lleve y le radique cartas, o la radique una propuesta, mensajería. O cómo no le va a permitir una oficina en sus oficinas. O cómo no le va a permitir un computador, si lo ha sentado en la mesa con su familia a desayunar, ha permanecido en la costa porque el aquí presente [EDER ZABALETA ROJAS], que por cierto le dice a [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ] 'compadre' por ser costeño, y lo ha sentado en su mesa con su familia en pijama inclusive, ha viajado al exterior en vacaciones con ellos. Son amigos (...)»⁶⁴.

Como puede observarse de las anteriores declaraciones, no fue casualidad que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) hubiera decidido constituir la sociedad **DVG** en compañía de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), ni mucho menos que al momento de vender sus acciones en dicha empresa hubiera decidido cederle un gran porcentaje de las mismas. Por el contrario, esto se debió a la estrecha relación de amistad existente entre estas personas por más de una década.

Por su parte, con relación a **LEYDI YINED DIAZ GARCIA**, se encuentra probado que las acciones en **DVG** que le fueron cedidas correspondió únicamente a que era la hija de la ex pareja de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), quien decidió tener un gesto de amabilidad con ella. Así lo manifestó este último ante esta Entidad:

"Delegatura: ¿Y por qué entra LEYDI YINED a la cesión de acciones?"

***DANIEL VELASCO GONZÁLEZ:** LEYDI YINED es la hija de la persona que me dio dos hijos durante 18 años ¿sí? Yo quería dejarle a ella algo... Ella está estudiando ingeniería ambiental ¿sí? Yo quería dejarle algo a ella para que ella más adelante pueda ejercer su carrera ¿sí? Motivo por el cual yo le cedí a ella, a título gratuito, mis acciones»⁶⁵.*

En segundo lugar, llama la atención que con posterioridad a la cesión de la totalidad de sus acciones, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) siguió vinculado con **DVG**. Por un lado, cómo lo manifestaron algunos de los investigados, siguió ejerciendo como Director de Obra en diferentes oportunidades.

"Delegatura: ¿Y en la actualidad entonces cuál es su vinculación con DVG?"

***DANIEL VELASCO GONZÁLEZ:** Debido a mi experiencia, que muy pocas personas en el país la tienen, en la construcción de muelles, de obras de dragado, obras de protección y túneles, yo me desempeño para **DVG** como Director de Obra, Director de Operación y Mantenimiento en los túneles que estamos en este momento, o que está **DVG** en este momento ejecutando y que ha ejecutado»⁶⁶.*

Lo anterior fue igualmente ratificado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**):

"Delegatura: Correcto. ¿Posterior, señor Zabaleta, a que usted adquiriera el 50% de las acciones, igual que la señora LEYDI YINED, el Ingeniero [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ] tuvo algún tipo de vínculo con la sociedad DVG?"

***EDER ZABALETA ROJAS:** Posterior a la cesión, sí efectivamente él ha sido el Director, como lo he manifestado siempre, ha sido el Director en algunos proyectos en donde la zona de influencia, digamos, están por fuera del, digamos, de las cercanías aquí a Bogotá. Son zonas, digamos, complejas, entonces partimos de que sigamos utilizando la experiencia como tal que*

⁶⁴ Folio 817 del cuaderno público No. 4 del Expediente. Min. 16:10.

⁶⁵ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 18:00.

⁶⁶ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 15:52.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

él tiene en la zona, pues cumple como Director de Obra y simplemente le establecemos esa directriz⁶⁷.

Por otro lado, se encontraron elementos de prueba, que serán desarrollados posteriormente en la presente Resolución, que dan cuenta de que a pesar de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) cedió la totalidad de sus acciones en **DVG**, seguía ejerciendo una fuerte influencia en el desarrollo competitivo de la misma en los diferentes mercados.

En este orden de ideas, encuentra probado este Despacho que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) mantiene una estrecha relación de tiempo atrás con **DVG**, pues no solo fue el accionista fundador y controlante de dicha empresa por un lapso de tres años, sino que con posterioridad a su retiro de la misma siguió vinculado, ejerciendo labores de Director de Obra y, como será desarrollado más adelante, influyendo directamente en el comportamiento competitivo de la empresa.

7.4.2.2. De la constitución de PROTECO por parte de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y su relación con funcionarios de DVG

Paralelamente a la cesión de sus acciones en **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) constituyó, por medio de documento privado del 2 de septiembre de 2016, inscrito el 9 de septiembre del mismo año ante la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad **PROTECO**⁶⁸. Dicha compañía, de acuerdo a su certificado de existencia y representación legal⁶⁹, registró como su actividad principal la "Construcción de carreteras y vías de ferrocarriles", actividades similares a las desarrolladas por **DVG**.

Tal y como consta en el certificado de composición accionaria allegado por **PROTECO** en el curso de la licitación pública No. **LP-DO-SMF-028-2017** del **INVÍAS**, como parte de la propuesta económica presentada por el **CONSORCIO FLUVIAL**, dicha empresa contaba con un único accionista, esto es, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**):

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

⁶⁷ Folio 666 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P2 Min. 23:50.

⁶⁸ Folio 336 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

⁶⁹ Ibidem.

RESOLUCIÓN (23323) DE 2020

HOJA N° 26

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No.1. Certificado participación accionaria PROTECO



CERTIFICADO DE PARTICIPACION ACCIONARIA
PERSONA JURIDICA

Bogotá D.C., 11 de mayo de 2017.

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
Carrera 59 No. 26-60 - CAN
Bogotá, D.C.

Objeto : MANTENIMIENTO DEL RIO TRIUNFO, CUENCA DEL RIO
ATRAÍTO EN EL MUNICIPIO DE MOSQUERA, DEPARTAMENTO
DEL CHOQUA

REFERENCIA : Proceso de Selección No. LP-DO-SMF-028-2017

Por medio de este documento, los suscritos: **SHIRLEY RAMÍREZ VARGAS**, identificada con la Cédula de Ciudadanía N° **28.688.836** de BUENAVENTURA y Tarjeta Profesional N° **248.935-Y**, actuando en calidad de Contadora Pública y **DIEGO FERNANDO GIL MURCIA**, identificado con la Cédula de Ciudadanía N° **24.380.781**, actuando en calidad de Representante Legal Principal de la Persona Jurídica **PROTECO INGENIERIA SAS**, identificada con el Número de Identificación Tributaria N° **801.607.373-2**, manifestamos bajo la gravedad del juramento y de acuerdo al Documento de Constitución, que la Participación Accionaria de la Empresa es la siguiente:

N°	NOMBRE Y APELLIDO	DOCUMENTO DE IDENTIDAD	POSESIÓN EN PARTICIPACIÓN ACCIONARIA
1	DANIEL VELASCO GONZÁLEZ	C.C. N° 79.047.325 DE BOGOTÁ	100.00%
TOTAL			100.00%

Alentamiento:

DIEGO FERNANDO GIL MURCIA
Representante Legal
PROTECO INGENIERIA SAS
Propietario

SHIRLEY RAMÍREZ VARGAS
Contadora
PROTECO INGENIERIA SAS

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPLP-DO-SMF-028-2017/DA_PROCESO_17-1-171760_124002002_32814275

Sobre la constitución de **PROTECO**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) manifestó lo siguiente a esta Entidad:

"*Delegatura: Bueno, Ingeniero Daniel, ¿y en PROTECO cuáles son sus funciones?*

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ: *PROTECO, tiempo después de haber salido de DVG, eh, se creó PROTECO. Con las mismas condiciones, es decir, yo tenía, tengo, el 100% de las acciones de PROTECO, le suministré mi experiencia, amparado en el Decreto 1082, y mis funciones también son, en las obras que se ha ganado PROTECO, en algunas no en todas, ejecutar las acciones, las actividades de Director de Obra de los proyectos. Casi todos los proyectos de PROTECO están enmarcados en obras fluviales"*⁷⁰.

Respecto a la representación legal de esta sociedad para la época de los hechos, de acuerdo al certificado de existencia y representación legal obrante en el Expediente, la misma era ejercida por **DIEGO FERNANDO GIL MURCIA** (Gerente de **PROTECO** para la época de los hechos) y **LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ** (Suplente del Gerente de **PROTECO** para la época de los hechos).

No obstante, este Despacho encuentra importante mencionar que se encontraron diferentes elementos probatorios que dan cuenta de que existía una relación entre **PROTECO** y algunos funcionarios de DVG, puntualmente con **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), persona que como ya quedó evidenciado, mantenía una estrecha relación de amistad con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y a quien este último le había cedido gran parte de sus acciones en DVG.

Esta situación, que será desarrollada con mayor detenimiento a lo largo del presente acto administrativo, fue fundamental para materializar la coordinación con la que los agentes de mercado

⁷⁰ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-051219P1 Min. 20:50.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 27

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

investigados actuaban para presentar propuestas en los diferentes procesos de selección para la adjudicación de contratos públicos.

Como prueba del vínculo existente entre **PROTECO** y funcionarios de **DVG**, específicamente **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), se encontró el hecho que durante la visita administrativa realizada a **PROTECO** el 30 de octubre de 2018 por miembros de esta Superintendencia, la misma fue atendida por **EDER ZABALETA ROJAS**, quien a pesar de identificarse como representante legal de otra compañía, la atendió y respondió de forma detallada algunas de las preguntas hechas por los miembros de la Delegautra. Lo anterior puede observarse en el Acta de visita administrativa obrante en el Expediente:

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 28

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 2. Acta de visita administrativa PROTECO 30 de octubre de 2018

DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Radicado. 17-401804

DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA
No. 17-401804-00018-0000
Fecha 2018-10-31 11:46:12 Dep. 1005 OPERADOR
Tel. 116 PRACRESTICIÓN Esp. 300 DELEGADA
Adj. 278 EN OFICINA DE VISITA Folio 5

ACTA DE VISITA ADMINISTRATIVA

PROTECO INGENIERÍA S.A.S.

En la ciudad de Bogotá D.C., a las 9:45 a.m. del 30 de octubre de 2018, el Despacho conformado por ÓSCAR IVÁN RAMÍREZ SÁNCHEZ, FLOR MARINA GÓMEZ PORRAS, ELIANA CANCHANO VELÁSQUEZ y CÉSAR ANDRÉS VACCA DEVIA, actuando por comisión del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, conforme oficio radicado 17-401804-14-0, suscrito por el Coordinador del Grupo Elite Contra Colisiones, se trasladó a las instalaciones de la PROTECO INGENIERÍA S.A.S. (en adelante PROTECO), ubicada en la Carrera 47 No. 85-58, oficina 605, Edificio King David, en la mencionada ciudad.

Estando presentes en dicho lugar, fuimos recibidos, a las 9:50 a.m., por el vigilante del Edificio King David, quien manifestó que en la oficina 605 no se encontraba la empresa PROTECO INGENIERÍA SAS, puesto que se habían trasladado a la oficina 401 del mismo edificio. Seguidamente, procedió a llevarnos a la oficina 401.

Siendo las 9:55 a.m. fuimos recibidos por el Señor EDER ZABALETA ROJAS, identificado con la C.C. No. 73.236.747 de la ciudad de Magangué (Bolívar), representante legal de PAVIMENTACIONES MORALES SL -SUCURSAL EN COLOMBIA, a quien se le hizo entrega de la credencial de visita que faculta al Despacho para realizar la respectiva diligencia, y se le explicó sobre el objeto de la presente, previa identificación de las personas que conforman el Despacho. De la misma queda una copia (1 FOLIO) con sello de recibido.

El Señor EDER ZABALETA ROJAS informó que en la oficina 401 funcionan varias empresas, así, PROTECO INGENIERÍA S.A.S., ACUVI CONSTRUCCIÓN S.A.S., PAVIMENTACIONES MORALES SL-SUCURSAL EN COLOMBIA, ERCAPI ADVISOR S.A.S. y VIURBA INGENIERÍA S.A.S. Así mismo, indicó que el representante legal de PROTECO INGENIERÍA S.A.S. es el señor DIEGO FERNANDO GIL MURCIA, quien tiene su domicilio en el municipio de Tutul - Valle del Cauca. Seguidamente explicó que la representante legal suplente es la señora LOURDES MARIA SALCEDO JIMÉNEZ, quien se encuentra en licencia de maternidad. En ese sentido, explicó que no hay otra persona que pueda atender la visita.

El señor EDER ZABALETA ROJAS manifestó que anteriormente la oficina de PROTECO INGENIERÍA S.A.S. y de PAVIMENTACIONES MORALES SL-SUCURSAL EN COLOMBIA estaba ubicada en la carrera 7 B NO. 126-74.

Siendo las 10:04 a.m., se realizó inspección visual en la oficina 605 del Edificio King David, en la cual se constató que está en obras locales.

Posteriormente, siendo las 10:10 a.m. se realizó inspección visual en la oficina 401 en la cual se constató que se encuentra solamente el señor EDER ZABALETA ROJAS, representante legal de PAVIMENTACIONES MORALES SL-SUCURSAL EN COLOMBIA.

Para el recaudo de los documentos electrónicos encontrados (videos y fotografías recolectados en la visita administrativa), se cumplió con el procedimiento forense que garantiza la originalidad, autenticidad e inalterabilidad de la información, así como el enlace de cadena de custodia. Para lograr esto se hace una copia forense usando el software FTK Imager, licenciado para uso de la Superintendencia de Industria y Comercio. Este software ejecuta la función HASH, la cual genera la huella digital de la información recolectada usando los algoritmos MD5 y SHA1. El "HASH" indica la prueba de integridad del documento electrónico con relación al original de donde fue copiado, la relación de la información recolectada con fechas y horas y el dispositivo exacto de donde fue extraída.

La relación de las imágenes forenses de la documentación solicitada y sus correspondientes huellas HASH son las siguientes:

EVIDENCIA INSPECCION OCULAR ANTIGUA OFICINA PROTECO INGENIERIA SAS 605 Y NUEVA OFICINA 401

Fuente: Folios 228 a 231 del cuaderno público No. 2 del Expediente (recuadro rojo fuera de texto original).

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Nótese que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), a pesar de ser informado que la visita administrativa estaba dirigida a obtener información de una empresa con la que, en principio, no tenía ningún tipo de vínculo laboral o contractual, no tuvo inconveniente en atenderla, informando además respecto a la identificación y ubicación de los representantes legales de **PROTECO**.

Pero más llamativo aún es que ese mismo día, miembros de la Delegatura se encontraban adelantando una visita administrativa en las instalaciones de **DVG**, empresa de la cual **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) no solo era representante legal suplente, sino accionista. Sin embargo, y como consta en el Acta de dicha visita, al momento de ser solicitada su presencia, de manera telefónica **EDER ZABALETA ROJAS** manifestó que se encontraba atendiendo una diligencia de la Superintendencia de Industria y Comercio en las instalaciones de otra compañía, que como ya quedó dicho se trataba de **PROTECO**, como puede verse a continuación:

Imagen No. 3. Acta de visita administrativa a DVG el 30 de octubre de 2018

SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

VISITA ADMINISTRATIVA
DVG INGENIERIA S.A.S.

Radicado: 17-401804

En Bogotá, a los 30 días del mes de octubre de 2018 a las 8:49 am, el Despacho conformado por **LINA PAOLA CORREDOR TALEDO** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.032.427.908, **JUAN PABLO BLANCON SALAZAR** identificado con cédula de ciudadanía No. 1.004.899.056, **HOMER RODRIGUEZ POMBO** identificado con la cédula de ciudadanía No. 32.782.005 y **DIEGO ALBERTO CASTIBLANCO BARBOSA** identificado con cédula de ciudadanía No. 80.076.116, actuando por comisión del Coordinador del Grupo de Trabajo Ética contra Colusiones, conforme oficio radicado 17-401804-13 del 29 de octubre de 2018, se trasladó a las instalaciones de **DVG INGENIERIA S.A.S.** (en adelante **DVG**) ubicada en la Carrera 56 No. 45- 28 Barrio la Esmeralda.

A las 9:49 am el Despacho fue recibido por **CARLOS ARRIETA**, quien se comunicó con **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARCÓN**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.533.908 de Bogotá D.C. A las 9:50 am, **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARCÓN** permitió el acceso a las instalaciones de **DVG**, quien se identificó como asistente administrativa de **DVG**.

A las 9:52 am, **EDER ZABALETA** se comunicó con el Despacho por vía telefónica e informó que se encontraba en la otra empresa llamada **PAVIMENTACIONES MORALES**, la cual se encuentra ubicada en la Carrera 47 A No. 95-56 en la ciudad de Bogotá, donde estaba atendiendo una diligencia de la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO. En consideración a dicha situación, **EDER ZABALETA ROJAS** señaló que **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARCÓN** atendería la visita en las instalaciones de **DVG** mientras él se hacía presente.

Fuente: Folio 22 del cuaderno público No. 1 del Expediente (recuadro rojo fuera de texto original).

Para este Despacho no existe una explicación razonable, distinta a la existencia de una relación estrecha entre **PROTECO** y **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), que dé cuenta del por qué este último desatendió sus deberes como administrador de **DVG**, de hacer presencia inmediata en el marco de una visita administrativa a la empresa de la cual fungía como accionista y representante legal suplente, argumentando estar atendiendo una diligencia dirigida contra una empresa con la cual, por el contrario, no tenía vínculo laboral aparentemente.

Adicionalmente, se encontraron pruebas de otras circunstancias que darían cuenta de la existencia de dicha relación entre **PROTECO** y **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), a pesar de que este último se desempeñaba como administrador y accionista de **DVG**. Al respecto, obran en el Expediente algunos medios de prueba que mostrarían que **EDER ZABALETA ROJAS** contaba con información relacionada con **PROTECO**, incluyendo estados financieros de dicha compañía. Incluso, contaba con acceso a correos electrónicos de propiedad de **PROTECO**.

Por ejemplo, el 10 de octubre de 2016, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), mediante correo electrónico enviado a **DVG**, comunicó una dirección de correo electrónico de **PROTECO** y, más llamativo aún, su clave de acceso. Igualmente, en los archivos

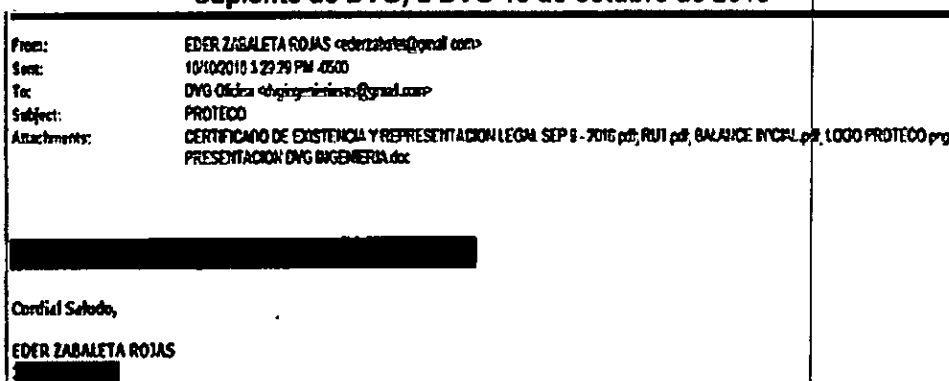
RESOLUCIÓN (0073323) DE 2020

HOJA Nº 30

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

adjuntos remitió un número de documentos, entre los cuales se encontraba el balance inicial de PROTECO con corte a septiembre de 2016, el cual tiene carácter de reservado.

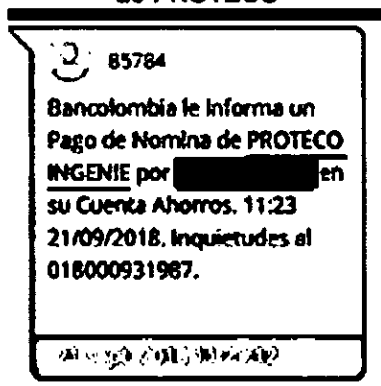
Imagen No. 4. Correo electrónico EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) a DVG 10 de octubre de 2016



Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 02-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-WEBEDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Ralz - Buzón\APM_SUBTREE\Bandeja de entrada\PROTECO.

Adicionalmente, se encontró en el Expediente prueba de consignaciones que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) recibía por parte de PROTECO. Lo anterior se puede observar, por ejemplo, en el mensaje de texto del 21 de septiembre de 2018 en el que se informa el "Pago de Nómina" de PROTECO en favor de EDER ZABALETA ROJAS a su cuenta de ahorros, como se ve a continuación.

Imagen No. 5. Mensaje de Texto enviado al teléfono celular de EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) informando un pago a su favor por parte de PROTECO



Fuente: Folios 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. \App2505\Kuploadsl2017-401804_PN_VS_INVÍAS_6c81393b-d780-4cc4-9b74-51cb4a7c1729\05-CEL_EDERVELASCO_7a3cc105-6a15-4e88-8cd1-c2f34c5824c8.uldr.

En sus observaciones al Informe Motivado, y a lo largo de la actuación administrativa, los investigados han argumentado que dicho pago, a pesar de que fue registrado como pago de "nómina", en realidad correspondía a alguna labor específica elaborada por EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), quien en ningún momento estuvo vinculado laboralmente a PROTECO.

Sin embargo, lo que este Despacho encuentra es que dichos pagos, independientemente de su concepto y analizados de manera conjunta con los demás elementos de prueba, dan cuenta es de la estrecha relación que existía entre PROTECO y EDER ZABALETA ROJAS (accionista y

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

representante legal suplente de DVG), a pesar de que este último era accionista y administrador de una empresa competidora en el mercado.

De esta forma, está probada la relación entre PROTECO y DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, pues este último fue su accionista fundador y controlante. Pero además, quedó probada la existencia de una estrecha relación entre PROTECO y el accionista y representante legal suplente de DVG, EDER ZABALETA ROJAS, situación que si bien en principio no debería ser reprochada, como se verá a lo largo del presente acto administrativo, fue fundamental para la materialización de la coordinación existente entre los investigados en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participaban.

7.4.3. Del control competitivo ejercido por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) sobre PROTECO y DVG

Ahora bien, este Despacho encuentra probado que, como fue sostenido desde la Resolución de Apertura de Investigación, además de existir una estrecha relación entre los gentes de mercado investigados, existió un control desde el punto de vista competitivo por parte de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) sobre PROTECO y DVG para la época de los hechos. Lo anterior será desarrollado en el presente capítulo, no sin antes, para mayor claridad, describir la noción de control competitivo dispuesta por el régimen de la libre competencia económica en Colombia y que ha sido desarrollada por esta Superintendencia en diferentes oportunidades⁷¹.

De esta forma, se recuerda que el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define el control competitivo en los siguientes términos:

"Artículo 45. Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:

(...)

4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

(...)" (Subraya fuera de texto original).

Tal y como se ha expuesto en varias oportunidades por esta Superintendencia⁷², y de conformidad con la norma anteriormente citada, el control competitivo hace referencia a la posibilidad de influir en las decisiones de otro agente económico, que estén relacionadas con la forma en que este último se comporta en el mercado. Ejemplos de lo anterior incluyen, pero no se limitan a, las decisiones que versen sobre: (i) la política empresarial; (ii) la iniciación o terminación de la actividad empresarial; (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa en cuestión; o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Así, la posibilidad de influenciar las anteriores decisiones, entre otras, permite que un agente de mercado pueda controlar el desempeño competitivo de otro. Por este motivo, este Despacho ha reconocido que el elemento esencial de la definición de control es que un agente de mercado tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otro⁷³.

⁷¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 19890 del 24 de abril de 2017, 12156 del 7 de mayo de 2019, 54338 del 15 de octubre de 2019, entre otras.

⁷² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

⁷³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 32

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Ahora bien, lo anterior debe analizarse caso a caso, y dicho análisis debe estar enfocado a la determinación de la relación real entre la empresa controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellos.

De igual forma, la posibilidad de influenciar debe analizarse dependiendo del tipo de mercado en el que compitan las empresas sobre las cuales recaiga el estudio. Así, por ejemplo, en caso de tratarse de procesos de contratación pública, la determinación por parte de un agente o cualquier sujeto sobre las decisiones relativas a la participación en el proceso -es decir, de la entrada o no al mercado-, relacionadas con la presentación de la oferta o la precisión de la estrategia a seguir para competir por la adjudicación y en general, sobre las actuaciones a realizar en el marco del proceso, son a todas luces parte de la influencia en el comportamiento competitivo de la empresa y por tanto, darían cuenta de la existencia de control.

Por otra parte, y de acuerdo a la ley, no es necesario que esta Superintendencia demuestre que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se haya materializado en el pasado, ni que se materializará en un futuro próximo. Por el contrario, la sola posibilidad de influenciar, conforme al numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es suficiente para que exista control competitivo, de acuerdo a las normas del derecho de la competencia en Colombia.

Con base en lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio ha desarrollado el alcance del concepto de control competitivo en diferentes oportunidades, concluyendo que se adquiere control sobre una empresa "cuando se obtiene la posibilidad de ejercer una 'influencia material' sobre su desempeño competitivo, es decir, una influencia que pueda afectar o modificar la manera en que la empresa compite en el mercado"⁷⁴.

Asimismo, y como complemento de lo anterior, este Despacho ha señalado con anterioridad que la capacidad de "afectar o modificar la manera en que una empresa compite en el mercado" hace referencia a la "la posibilidad de influenciar la manera en que determina sus precios, su oferta y demanda, su presencia geográfica, sus niveles de calidad, sus inversiones, sus transacciones ordinarias, su endeudamiento, y cualquier otra variable relevante que afecte la forma en que se desenvuelve en el mercado"⁷⁵.

De esta forma, debe tenerse en cuenta que, en el marco del régimen vigente de protección de la libre competencia económica en Colombia, el concepto de control competitivo debe entenderse, en términos generales, como la posibilidad de influir en las decisiones de una empresa, que se encuentren relacionadas con la forma en que ésta se comporta en el mercado. En ese sentido, el análisis de control debe tener un enfoque que permita determinar la relación real entre controlante y controlada, con independencia del vínculo jurídico o económico que exista entre ellos⁷⁶.

Lo anterior, adicionalmente, se encuentra en línea con las posturas internacionales en la materia. Así, el Reglamento del Consejo (CE) de la Unión Europea No. 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas ("Reglamento Comunitario de Concentraciones"), establece en su artículo 3 (2) lo siguiente:

*"El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa"*⁷⁷ (Subraya fuera de texto original).

⁷⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 32184 del 19 de mayo de 2014.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe Motivado proferido en la investigación tramitada en el expediente No. 11-137432.

⁷⁷ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=ES>

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Ahora bien, este Despacho considera pertinente delimitar la diferencia y la relación existente entre la definición de control en el derecho societario colombiano y en el régimen de libre competencia nacional. Lo anterior dado que, como se ha manifestado en diferentes oportunidades⁷⁸, si bien dichos conceptos en ocasiones pueden coincidir, en realidad son independientes entre sí.

Así, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, contiene la definición de control propia del derecho de sociedades. Según este artículo, para que se configure una situación de control societario, es necesario que el poder de decisión de una sociedad se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual la sociedad controlada se llamará filial, o por intermedio de otras sociedades controladas por la matriz, cuyo caso la sociedad controlada se llamará subsidiaria.

De igual forma, el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, estableció tres (3) escenarios en donde se presume la existencia de control o subordinación societarios.

Ahora bien, este Despacho advierte que la definición de control en el marco del derecho de la competencia en Colombia es independiente de la definición de control societario descrito anteriormente, a tal punto que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 trae una definición propia, aplicable al régimen de protección de la competencia.

En este sentido, el concepto de control en el derecho de la competencia no se equipara con la propiedad de una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, ni con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de una empresa, ni con aparecer vinculados formalmente. Por el contrario, el control en el derecho de la competencia se verifica, según la ley colombiana, cuando una persona natural o jurídica tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.

Por lo anterior, la existencia de control desde el punto de vista del derecho de la competencia no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho de sociedades. Esto bajo el entendido que una empresa puede no tener el control societario de otra, en los términos mencionados de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, más sin embargo tener la posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, obteniendo así control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

Por este motivo, se reitera lo ya manifestado en anteriores ocasiones por parte de esta Superintendencia⁷⁹, respecto a que el control societario es, en la mayoría de los casos, suficiente para concluir la existencia de control competitivo sobre una empresa. Sin embargo, considerando las diferencias conceptuales y legales existentes entre el régimen societario y el de competencia en Colombia, este Despacho reitera que pueden presentarse situaciones en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio verifique la existencia de control competitivo, sin que tal situación haya sido declarada previamente por las empresas involucradas, ni por la Superintendencia de Sociedades⁸⁰.

Finalmente, es también importante mencionar que la existencia de control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, no siempre genera los efectos propios de la subordinación en el derecho societario, como la inscripción de tal situación en el registro mercantil, consolidación de estados financieros, responsabilidad de la matriz en ciertas obligaciones de sus subordinadas, entre otros⁸¹.

⁷⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 30418 de 2014, 5545 de 2014, 32184 de 2014 y 30853 de 2015.

⁷⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.

⁸⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

⁸¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 378982 del 24 de junio de 2014.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 34

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En conclusión, el control en el derecho de la competencia se verificará, según la ley, en los casos en que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos en que, bajo las normas del derecho societario, se configura una situación de control.

Visto lo anterior, este Despacho pasará a presentar los elementos probatorios que reposan en el Expediente y permiten concluir, contrario a lo afirmado por los investigados, que para la época de los hechos sí existía un control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre **PROTECO** y **DVG**.

Así las cosas, con relación a **PROTECO**, dos situaciones evidencian el control competitivo que existía en cabeza de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**). El primero, que esté último era el accionista único de la sociedad, titular del 100% de las acciones que conformaban el capital social de dicha empresa y que le otorgaban los derechos de voto correspondientes para la toma de decisiones dentro de la compañía. Como se mencionó anteriormente, la titularidad de la totalidad de las acciones que componen el capital social de una persona jurídica permite presumir el control en términos societarios⁸², lo que normalmente resulta suficiente para establecer la existencia igualmente de un control competitivo. No obstante, se presenta un segundo elemento, según el cual, como fue manifestado por algunos de los declarantes en el marco de la presente actuación administrativa, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** tomaba todas las decisiones relacionadas con el desempeño competitivo de **DVG** en el mercado, incluyendo la búsqueda de procesos de selección a presentarse, armar las ofertas económicas, decidir el valor de las mismas, etc. Al respecto, se presenta lo manifestado por **LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ** (Suplente del Gerente de **PROTECO** para la época de los hechos) el 6 de diciembre de 2019 ante esta Entidad en representación de **PROTECO**:

"Delegatura: ¿Se dedica **PROTECO** a contratar con entidades públicas?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Sí.

Delegatura: ¿Desde qué año está **PROTECO** en eso?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: **PROTECO** tiene existencia desde el año 2016.

Delegatura: ¿Y desde ese año se dedica a contratar con entidades públicas?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Correcto.

Delegatura: ¿Y quiénes son los competidores habituales de **PROTECO** en esos procesos de selección ante entidades públicas?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Bueno, la verdad yo no podría darle mayor información respecto a eso, porque en cuanto al tema de las licitaciones el encargado es el Ingeniero Daniel Velasco, entonces como tal en temas de la competencia directa no, no tengo.

Delegatura: O sea, usted hoy viene hablando en nombre de **PROTECO** ¿O sea, **PROTECO** no sabe quiénes son sus competidores directos?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Es que no le puedo decir porque yo no soy la encargada de las licitaciones como tal.

(...)

Delegatura: ¿Entonces qué capacidad decisoria tiene usted en los temas de licitaciones públicas en los que se presenta **PROTECO**?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Yo no soy la persona que toma las decisiones en cuanto las licitaciones, sino el socio, que es el Ingeniero Daniel Velasco.

⁸² Código de Comercio. Artículo 261.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Delegatura: Bueno, y entonces ¿cuáles son las funciones de Daniel Velasco en PROTECO? Por favor detállemelas numeraditas.

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Bueno, el Ingeniero Daniel es la persona que se encarga de buscar los procesos licitatorios, arma las licitaciones, bueno todo lo que tiene que ver, las propuestas económicas en cuanto a las licitaciones. Y además es la persona encargada del área operativa para la ejecución de los contratos.

Delegatura: ¿Cómo así el área operativa?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: El área operativa es la que se encarga como tal de la ejecución de las obras ya una vez que han sido asignadas por las entidades⁶³.

Como puede evidenciarse, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) no solo fungía como accionista único de **PROTECO**, sino que era la persona encargada de decidir respecto a la forma de participación de dicha empresa en los diferentes procesos de selección. Teniendo en cuenta que esta era la actividad principal de la compañía, no hay dudas que existía un control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **PROTECO**.

Ahora bien, respecto a **DVG**, este Despacho concuerda con la Delegatura en relación a la existencia de múltiples elementos de prueba que dan cuenta de que esta empresa igualmente se encontraba bajo el control competitivo de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**). En especial, y como se desarrollará a continuación, existen pruebas de que este último (i) decidía respecto de los procesos de selección a los que **DVG** se presentaría; (ii) tenía poder disciplinario sobre los empleados de **DVG**; (iii) disponía unilateralmente de los recursos de la compañía; y (iv) conservaba una oficina permanente en dicha empresa.

- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** decidía respecto de los procesos de selección a los que **DVG** se presentaría y la estrategia a seguir

Se encontraron diferentes elementos de prueba que dan cuenta de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, a pesar de no tener ninguna relación con **DVG** y haber cedido la totalidad de sus acciones en dicha compañía, decidía respecto de los procesos de selección a los que esta empresa se presentaría, la estrategia a seguir y la forma como se comportaría. Esta situación es una clara evidencia de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** influenciaba el desempeño competitivo de **DVG** en el mercado, elemento principal para establecer la existencia de control a la luz del régimen de libre competencia en Colombia.

Así las cosas, se encontró un correo electrónico en el cual **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) daba instrucciones precisamente a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) con relación al proceso de selección No. LP-DO-SMF-027-2018, haciendo énfasis en que **DVG** se presentaría como parte de la estrategia pensada para obtener la adjudicación del contrato. Dicho correo se presenta a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

⁶³ Folio 674 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 4:00.

RESOLUCIÓN (**173323**) DE 2020

HOJA N° 36

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 6. Correo electrónico DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) con relación al proceso de selección No. LP-DO-SMF-027-2018



miércoles 15/08/2018 12:53 a. m.

DANIEL VELASCO GONZALEZ <danielvego@gmail.com>

PILAS PUES

Para EDER ZABALETA ROJAS

Seguimiento.

TENEMOS HASTA LAS 9 AM

PRESUPUESTO OFICIAL \$ 862.630.212

VAMOS CON TRES PROPUESTAS

**DVG INGENIERIA SAS
CONSORCIO FLUVIAL
CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS**

ESTIMAMOS QUE POR LA COMPLEJIDAD DE LA EXPERIENCIA SE PRESENTEN

1. CAS
2. PILCO
3. JULIANA CON OTRO
4. PUENTES
5. MEZA
6. HQ INGENIERIA
7. DVG INGENIERIA SAS
8. CONSORCIO FLUVIAL
9. CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS

URGENTE POR FAVOR

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:
C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEBEDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Ralz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Destacados\PILAS PUES
(recuadros rojos fuera de texto original).

Del anterior medio de prueba debe resaltarse, por un lado, la existencia de expresiones que denotan una clara orden por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**). Así, el asunto del correo electrónico era "*pilas pues*" y finaliza el mismo con la frase "*Urgente Por Favor*". Lo anterior da cuenta de que el correo electrónico en cuestión no se trataba de una sugerencia o propuesta, sino de una clara instrucción al representante legal suplente y accionista de una empresa competidora, lo cual indica la influencia que ostentaba **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **DVG** aún después de haber cedido la totalidad de sus acciones en la misma.

Igualmente, el cuerpo del correo electrónico no deja lugar a dudas que se trató de un lineamiento dado por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) de la forma como se presentaría **DVG** en el proceso de selección en cuestión, de manera coordinada con otros proponentes. Así, la afirmación "*Vamos con tres propuestas*" no se puede entender de ninguna otra forma distinta a que ya se había tomado la decisión de que **DVG** presentaría propuesta económica en el proceso de licitación pública, y que dicha decisión había sido tomada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), quien se encontraba simplemente notificando a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**).

Como se dijo anteriormente, el control sobre una empresa, desde el punto de vista del derecho de la competencia, se establece de acuerdo a la capacidad de influencia que se tiene sobre el desempeño competitivo en el mercado de la misma. De igual forma, se afirmó que la posibilidad de influenciar dicho comportamiento competitivo debe analizarse dependiendo del tipo de mercado en el que compitan las empresas involucradas, y que, puntualmente, en casos de procesos de contratación pública, dicha influencia puede medirse, entre otros, con la capacidad de decidir sobre la participación o no en los respectivos procesos de selección. En este orden de ideas, el hecho que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) decidiera, como quedó probado, respecto a

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

los procesos de selección en los que participaría DVG, pone en evidencia su capacidad de influenciar el comportamiento de dicha empresa en el mercado, manteniendo un control competitivo sobre la misma.

Otro elemento de prueba que da cuenta de la capacidad de influencia que seguía manteniendo DANIEL VELASCO GONZALEZ sobre DVG, aún después de su salida como accionista de dicha compañía, es un correo electrónico del 8 de agosto de 2017, en el que HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (Coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) informaba a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ respecto a los procesos de selección que serían convocados por el INVÍAS, para que decidiera a cuál presentarse.

Imagen No. 7. Correo electrónico de HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (Coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) el 8 de agosto de 2017



martes 08/08/2017 2:45 p. m.

DVG INGENIERÍA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>

PROCESOS PENDIENTES DE APERTURA

Para DANIEL VELASCO GONZALEZ



Mensaje

PROCESOS PENDIENTES.xlsx (40 KB)

Adjunto relación de Licitaciones pendientes de apertura

ANTONIO ZABALETA
Coordinador de Licitaciones

DVG INGENIERÍA S.A.S.

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEBEDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\PM_SUBTREE\Gmail\Enviados\PROCESOS PENDIENTES DE APERTURA.

Como puede evidenciarse, el correo era enviado por un empleado de DVG a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) informando sobre las "Licitaciones pendientes de apertura", con el claro propósito de que este último tomara la decisión sobre cuáles serían una buena opción para presentar oferta. De hecho, a continuación se presenta una imagen del archivo adjunto a este correo electrónico, en el cual se detallaba cada uno de los procesos que podrían ser de interés del controlante de las empresas investigadas.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 38

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 8. Excel "Procesos Pendientes" enviado por HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (Coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) el 8 de agosto de 2017

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J
Número de Proceso	Tipo de Proceso	Estado	Entidad	Objeto	Departamento y Municipio de Ejecución	Cuando	Fecha Apertura	Fecha Cierre	
UP-PR-DO-SIN-044-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA ENRIE - SAN ANDRÉS - LORCA, SECTOR PRO-800 - PAV-080, RUTA 78 TRAMO 7801 DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL CÓRDOBA	Córdoba: Córdoba, Liria	\$2.500.000.000	Fecha de apertura: 09/08/2017	24/08/2017	
UP-PR-DO-050-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA ARIAYANA - SALIDO ENTRE EL PR 80+000 AL PR 87+000 DEPARTAMENTO DE CORDOBA	Córdoba: Salento	\$1.800.195.131	Fecha de apertura: 14/08/2017	20/08/2017	
UP-PR-DO-051-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	MANTENIMIENTO DE LA CARRETERA OMBAYANA - PARRAMA ENTRE EL PR 80+000 AL PR 85+000 DEPARTAMENTO DE CORDOBA	Córdoba: Salento	\$1.222.877.837	Fecha de apertura: 14/08/2017	20/08/2017	
UP-PR-DT-SPA-021-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA RESISTENTE LA CONSTRUCCIÓN DE UNA ESTRUCTURA DE CONTENCIÓN ENTRE EL PR 2+4180 Y EL PR 2+4200 DE LA CARRETERA SAN DE - BUCARAMANGA, RUTA 15A, TRAMO 15A27, EN EL DEPARTAMENTO DE SANTANDER	Santander: Bucaramanga, San de	\$5.000.000.000	Fecha de apertura: 15/08/2017	30/08/2017	
SA-MC-PR-OT-MEX-013-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA POR EL SISTEMA DE BORTO ADOSTABLE EN LAS VÍAS A CARGO DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL RUTA DEL INVÍAS	Boyacá: Villavieja	\$300.000.000	Fecha de apertura: 20/08/2017		
UP-PR-DO-SIN-044-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	ADAPTACIÓN Y ATENCIÓN DE SERVICIOS CRÍTICOS DE LA CARRETERA LANGAZURI - BARRIOSA, ENTRE EL PR 41+0000 Y EL PR 70+8874 DE LA RUTA 82 - TRAMO 8201 DEPARTAMENTO DE SANTANDER	Santander: Carvajal, Langazuri	\$8.300.000.000	Fecha de apertura: 22/08/2017	09/09/2017	

A	B	C	D	E	F	G	H	I	J
Número de Proceso	Tipo de Proceso	Estado	Entidad	Objeto	Departamento y Municipio de Ejecución	Cuando	Fecha Apertura	Fecha Cierre	
SA-MC-DT-ANT-006-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA POR EL SISTEMA DE BORTO ADOSTABLE EN LAS VÍAS A CARGO DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL ANTIOQUIA, DEPARTAMENTO DE ANTIOQUIA	Antioquia: Amagá, Barrios, Chibola, Bolívar, Cebal, Cerezo, Chorro, Concordia, Don María, Elías, La Estrella, La Unión, Puerto Berrío, Sabana, San Juan, San Rafael	\$400.000.000	Fecha de apertura: 11/08/2017		
SA-MC-DT-NAR-005-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA POR EL SISTEMA DE BORTO ADOSTABLE DE CARRETERAS NACIONALES A CARGO DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL NARIÑO	Nariño: Pácora	\$208.000.000	Fecha de apertura: 10/08/2017		
SA-MC-PR-DO-SIN-022-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	MANTENIMIENTO ESTACIÓN FÉRREA PROVINCIA - BARRIO DE SABANA DE TORRES, DEPARTAMENTO DE SANTANDER	Santander: Sabana de Torres	\$257.025.975	Fecha de apertura: 19/08/2017		
SA-DT-CUN-018-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA POR EL SISTEMA DE BORTO ADOSTABLE EN LAS VÍAS A CARGO DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL CUNDINAMARCA DEL INVÍAS, DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA (COP 101-123417 de 2017)	Cundinamarca: Villa de San Diego de Vaca, Zúccaró	\$391.989.302	Fecha de apertura: 09/08/2017		
SA-MC-DT-CAL-009-2017	Licitación Pública	Correr	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS (INVÍAS)	ATENCIÓN OBRAS DE EMERGENCIA POR EL SISTEMA DE BORTO ADOSTABLE, EN LAS VÍAS A CARGO DE LA DIRECCIÓN TERRITORIAL CALDAS	Caldas: Montevieja, Armero, Remolá, Sagu	\$299.999.576	Fecha de apertura: 09/08/2017		

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEBEDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017- 401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEBEDER VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\PROCESOS PENDIENTES DE APERTURA

Como se observa, el cuadro adjunto al correo enviado por funcionarios de DVG a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) discriminaba de manera muy detallada diferentes procesos de selección que serían iniciados por el INVÍAS, poniéndole en conocimiento sobre (i) el número, (ii) el estado, (iii) el objeto, (iv) el lugar de ejecución; (v) la cuantía y (vi) la fecha de apertura del proceso de selección, todos estos elementos necesarios para evaluar la posibilidad de presentarse o no. Para este Despacho, aunque es cierto que mucha de esta información podría ser pública y estar disponible en las diferentes plataformas de contratación pública del Estado, el hecho que funcionarios de DVG estuvieran compartiendo directamente esta información con DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, analizado en conjunto con los demás elementos de prueba, evidencia que se buscaba que este último contara con la información necesaria para decidir si participar o no en los procesos.

Es importante recalcar que los elementos de prueba que obran en el Expediente no deben ser analizados de manera aislada, sino que, por el contrario, de acuerdo a lo establecido en el ordenamiento nacional⁸⁴, los mismos deben ser estudiados y analizados de manera conjunta. Por esta razón, al haber evidenciado inicialmente que existen pruebas de que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) ordenaba a los altos funcionarios de DVG sobre qué procesos de selección participar, hace razonable concluir que cuando empleados de esta última compañía ponían

⁸⁴ Ley 1564 de 2012 -Código General del Proceso. "Artículo 176: *Apresiasión 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 (...)*".

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

en conocimiento de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** información sobre procesos futuros de las diferentes entidades, lo hacían con el propósito de que éste decidiera sobre la viabilidad o no de presentar ofertas económicas. Hecho este que denota claramente la existencia de una influencia, y por tanto un control sobre el comportamiento competitivo de la compañía en los términos del régimen de libre competencia.

Incluso, en las declaraciones rendidas por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) el 30 de octubre de 2018, este último manifestó que consultaba directamente con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** los valores de las propuestas económicas que presentaría en los procesos de selección. Situación que ratifica el hecho de que este último mantenía una fuerte influencia sobre la participación de **DVG** en el mercado y las variables que podían afectar su comportamiento en el mismo. A continuación se transcribe lo afirmado por **EDER ZABALETA ROJAS** ante miembros de la Delegatura:

"Delegatura: Cuando usted tiene dudas, en precios de ítems, o en el valor específico en propuesta económica para participar, teniendo en cuenta la experiencia de [DANIEL VELASCO GONZÁLES] y la cercanía que hay con DVG ¿Usted directamente consulta con él ese tipo de cosas?"

***EDER ZABALETA ROJAS:** Claro que sí. Claro. Absolutamente. Eso es, digamos dentro del marco de la confianza, es decirle hombre yo, él puede...yo le puedo preguntar incluso a él 'venga, tú te vas a presentar' me dijo 'Sí, yo no sé, déjame mirarlo' yo le digo 'no, yo todavía no lo he definido porque los precios no me están dando'. Eso sí....*

***Delegatura:** O sea ¿usted sabe cuándo se va a presentar [DANIEL VELASCO GONZÁLES]?"*

***EDER ZABALETA ROJAS:** Sí. Claro, porque yo tengo que preguntarle. O sea, tengo que preguntarle en el sentido es que 'ven, hay este proceso ¿cumplimos? ¿tú cumples sólo?' me dice sí. O yo estoy cumpliendo sólo, o ninguno de los dos está cumpliendo, unámonos porque aquí no estamos cumpliendo, pero vamos"⁸⁵.*

Dichas declaraciones del accionista y representante legal suplente de **DVG**, dan cuenta de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) era consultado constantemente, y tenía una gran influencia sobre la decisión de a qué procesos se presentaría dicha compañía, cuál estrategia seguiría dentro del proceso, si se presentaría de manera independiente o en conjunto con otros proponentes a través de figuras como el consorcio o la unión temporal y, finalmente, sobre el valor de la oferta a presentar.

Vale la pena mencionar que los investigados han buscado justificar esta situación por la relación de confianza existente entre los proponentes. No obstante, debe dejarse claro que independientemente del contexto en el que dicha influencia exista, lo cierto es que a la luz del régimen de la libre competencia, el simple hecho que las decisiones competitivas de una persona puedan ser influenciadas por otra, determina la existencia de un control competitivo. Incluso, como ya fue reiterado al inicio de este capítulo, no es necesario que esa influencia se materialice en todas las circunstancias. Por esta razón, incluso si en algunos procesos de selección **DVG** no consultó a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre los precios o la forma de participación, de ninguna manera se desmentiría la existencia de un control por parte de este último. Esto toda vez que, como ha quedado ampliamente probado hasta este punto, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sí tenía la capacidad de influenciar en cualquier momento el comportamiento competitivo de **DVG** dentro del mercado, al tener la capacidad de determinar a qué procesos de selección se presentaría y la forma de hacerlo.

- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ tenía poder disciplinario sobre los empleados de DVG**

Se encontraron diferentes medios de prueba que dan cuenta de que, con posterioridad a la cesión de sus acciones en **DVG**, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** seguía manteniendo poder disciplinario sobre

⁸⁵ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELACO/GRABACION/181030_1335-mp3. Min.27:20

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 40

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

los empleados de esta compañía. Esta situación refuerza la conclusión de la existencia de una gran influencia en el comportamiento de la empresa.

Como prueba de lo anterior, se presentó una comunicación a través de correo electrónico, que tuvo lugar el 12 de marzo de 2018, en la que **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) dio respuesta a una solicitud realizada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** consistente en la elaboración de un memorando interno para hacer un llamado de atención al personal administrativo de DVG por incumplimiento del horario laboral. A continuación se presenta el correo electrónico mencionado y el documento adjunto al mismo:

Imagen No. 9. Correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)



lunes 12/03/2018 8:55 a. m.

Maryoli Sanchez <martosaga2@hotmail.com>

MEMORANDO PERSONAL

Para: ING EDER ZABALETA ROJAS; Daniel Velasco



001 Hojario de Entrada.docx (922 KB)

Ing. Daniel y Eder, buenos días

De acuerdo a solicitud del Ing. Daniel Velasco, adjunto remito borrador de memorando para el personal administrativo por incumplimiento en el horario de trabajo.

Quedo atenta a sus observaciones y cambios para pasarlo al personal.

Maryoli

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Imap\MEMORANDO PERSONAL

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 10. Documento adjunto al correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)



Bogotá D.C., 12 de marzo de 2018

MEMORANDO ADMINISTRATIVO No. 1

PARA : PERSONAL ADMINISTRATIVO
DE : EDER ZABALETA ROJAS - Representante Legal
ASUNTO : LLAMADO DE ATENCIÓN

Me dirijo a ustedes con el fin de efectuar un recordatorio en el cumplimiento del horario de trabajo de acuerdo a lo establecido con las directrices de la empresa, el cual es:

Entrada: 08:00 a.m.

Salida: 6 p.m.

Hora de Almuerzo: Una (1) hora entre 12 a y 2 p.m.

El acatamiento de dicha disposición constituye un deber de todo el personal que labora para la empresa, es una obligación fundamental e inexcusable del trabajador de cumplir el horario de trabajo, en caso de incumplimiento del mismo, se aplicarán las sanciones previstas en el Código sustantivo de trabajo.

Debe destacar que el suscrito, con vista a sus atribuciones legales y administrativas, notifica una vez más a cada uno, la responsabilidad que tienen en velar por el cabal y efectivo cumplimiento del horario de trabajo y su puntualidad.

Agradeciendo el cumplimiento inmediato de esta disposición:

Atentamente,

EDER ZABALETA ROJAS
Representante Legal

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Imap]/MEMORANDO PERSONAL

Puede observarse que el documento presentado como un llamado de atención a cumplir una obligación de "todo el personal que labora en la empresa", y no solamente de los empleados vinculados a las obras de las cuales **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** fungía como Director de Obra, como erróneamente lo han manifestado los investigados. Esta situación deja en evidencia que este último tenía una fuerte influencia en el manejo administrativo de la compañía de la cual no era accionista ni administrador desde un tiempo atrás, pues nótese que dicha instrucción fue dada en el 2018, es decir, 2 años después a la cesión de las acciones de DVG en favor de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG).

Lo anterior, analizado en conjunto con los demás elementos de prueba que fueron presentados anteriormente sobre la capacidad que seguía manteniendo **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre la participación de DVG en los procesos de selección, deja aún menos dudas de que esta última seguía respondiendo a un control competitivo por parte del primero.

Un segundo elemento de prueba que fue resaltado en la presente actuación administrativa hace referencia a un correo electrónico del 13 de marzo de 2018 en el cual **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de DVG) solicitó a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) y a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) permiso para ausentarse de su trabajo. A continuación se presenta el mencionado correo:

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 42

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 11. Correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitando autorización



mones 13/05/2018 3:42 p.m.
Maryoli Sanchez: <marlosaga2@hotmail.com>
SOLICITUD DE PERMISO

Para: ING EDER ZABALETA ROZO; Daniel Velasco

Ing Daniel y Eder, buenas tardes

Atentamente me permito solicitar para el día de mañana un permiso para presentarme en la oficina sobre las 10:30 am; lo anterior debido que tengo citación el día de mañana en el colegio de mi hijo menor [REDACTED] de 6:30 a 9:30 a.m.

Quedo atenta a su respuesta.

Maryoli Sanchez

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Imap]/SOLICITUD DE PERMISO

Nótese que, 2 años después de que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) dejara de ser accionista de DVG, los empleados de esta compañía seguían informándole y solicitándole autorizaciones para ausentarse temporalmente de su puesto de trabajo. Esta situación, analizada en conjunto con los demás elementos de prueba, de nuevo reitera la fuerte influencia que existía por parte de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ sobre DVG.

- DANIEL VELASCO GONZÁLEZ disponía unilateralmente de los recursos de DVG

Una de las situaciones que más llamó la atención de esta Superintendencia y que da cuenta del control ejercido por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ sobre DVG, fue que este, a pesar de no ser accionista ni administrador de la mencionada empresa, disponía unilateralmente de sus recursos y realizaba gastos de carácter personal con el dinero de la compañía. Esta capacidad de influenciar y decidir sobre la forma como se disponen los recursos sociales, indiscutiblemente tuvo implicaciones en la forma como DVG se comportaba en el mercado.

Como prueba de lo anterior, en primer lugar se encuentra la declaración rendida ante esta Entidad por MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos) el 30 de octubre de 2018, en la cual manifestó que en el marco de un ejercicio de auditoría realizado a DVG, evidenció ciertas irregularidades respecto a la legalización de gastos que esta empresa hacía en favor de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ. En palabras de la declarante:

"Delegatura: Doctora a mi si me gustaría que, digamos, dentro de la revisión que usted ha hecho, correspondiente al año 2018, con el tema de las legalizaciones pues nos diera como un ejemplo puntual de los gastos que a usted de pronto no le han parecido dentro de la legalización normal.

MARISOL CORTÉS ROZO: ¿De [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]? ¿O en general?

Delegatura: De [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]...en general, o sea algo que usted diga esto no...

MARISOL CORTÉS ROZO: En general, lo que se está diciendo ahorita. Mercados. Mercados grandes dónde, digamos, a mí, pues, por lógica digo por más buena que sea la empresa no me va a dar para pagar desodorantes, shampoos, bueno...una cantidad de cosas que yo digo 'No'. Me dan mi comida, puede que sí, me den mi comida acá, pero ya mis cosas personales no me van a decir 'sí claro, llévate...' y pues obviamente uno mira los valores y dice 'No, no me digas eso, no me digas eso, que tú les vas realmente a dar un shampoo de treinta mil pesos' porque eso no cabe dentro de la lógica. Entonces por ejemplo eso. Ese es ese tema de la lista, yo le llamo la lista del mercado, porque de verdad es una lista de mercado. Entonces

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 12. Informe de auditoría financiera DVG en febrero de 2018 por parte de MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos)

INFORME AUDITORIA FINANCIERA DVG INGENIERIA S.A.S

HALLAZGOS CUENTAS VARIAS POR CONCEPTO DE LEGALIZACIONES

1. Se efectúan legalizaciones de salidas de dinero con gastos personales de los directivos de la Empresa y que no tienen nada que ver con el objeto social de la misma. Ejemplo de ellos son las tirillas de mercado, pago de predial, ropa y restaurantes entre otros.
2. Muchas legalizaciones corresponden a salidas de dinero que en su momento no tenían soporte y/o nombre del beneficiario (puede no ser el destinatario final si no el que retiró el dinero y lo distribuyó en varios conceptos). Es decir solo cambian de tercero.
3. Existe legalización de anticipo por compra de dotación; no existe evidencia en el folder de personal la evidencia de dicha entrega; es decir se afecta la parte laboral al no dejar registro del cumplimiento de la norma.
4. Existen legalizaciones con factura de compra de licor; estos gastos ante la DIAN no son reconocidos como gasto. No tiene relación con el objeto de la Empresa.
5. Se efectúan legalizaciones, distribuyendo el valor de la salida de dinero a préstamos a empleados, anticipos a terceros, entre otros y no queda firma de ese tercero final beneficiario del dinero, para dado el caso descontar de una liquidación en personal de nómina o en factura de proveedores.
6. Faltan consecutivos; se pierde el control de los registros.
7. Se legalizan salidas de dinero con facturas a nombre de Proteco Ingeniería SAS. Llevando al gasto mantenimientos de vehículos que no existen en los activos de DVG Ingeniería SAS.
8. Se legalizan salidas de dinero que en su momento no le efectuaron comprobante de egreso; es decir esto no es legalización.
9. Se legalizan salidas de dinero a nombre de un empleado de la Empresa, registrando reembolsos de caja menor con préstamos de cantidades relevantes a otros empleados, convirtiendo la caja menor en una cuenta sin cuantía determinada y de varios propósitos.
10. No existen visados de elaboración, revisión y registro de las legalizaciones.

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. CD IND Y CIO/AUDITORIA DVG2017/Informe de Auditoría Independiente 2018.P3

De igual forma, se encontró en el Expediente el documento "Auditoría Contabilidad", elaborado por MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos), en el que esta última reitera sus preocupaciones respecto a gastos presentados por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) para legalizar, pero que hacían referencia a conceptos que en nada se relacionaban con el desarrollo económico de la compañía, sino a gastos personales como mercados, bebidas alcohólicas y prendas femeninas:

Imagen No. 13. Documento "Auditoría Contabilidad" realizado por MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos)

				LEGALIZA \$742.143 EN COMPRA DE MERCADO PERSONAL, COMPRA BEBIDAS ALCOHOLICAS \$ 117.330 Y \$245.412, \$959.521 COMPRA DE PRENDAS FEMENINAS \$ 296.630 Y ESTA A NOMBRE DE SANDRA CORTES BOLIVAR	
16 JUNIO	372	DANIEL VELASCO	14.575.067		
17					
				SE LEGALIZAN CON FACTURAS MERCADO FAMILIAR \$759.895, \$ 576.661	SE OBSERVA QUE NORMALMENTE SE LEGALIZA CON GASTOS PERSONALES. ES IMPORTANTE QUE LA PERSONA QUE TIENE EL CARÁCTER DE ACCIONISTA MANEJE UN SALARIO QUE CUBRA SUS GASTOS MENSUALES Y NO REGISTRAR GASTOS QUE NADA TIENEN QUE VER CON EL NEGOCIO
18 JUNIO	373	DANIEL VELASCO	2.052.369		

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. : ICD IND Y CIO. AUDITORIA DVG2017. Archivo AUDITORIA CONTABILIDAD (1) Hoja en Excel denominada "legalizaciones".

Precisamente, en la visita administrativa adelantada por miembros de la Delegatura a las instalaciones de DVG, el 30 de octubre de 2018, se encontraron una serie de documentos, archivados en carpetas

RESOLUCIÓN (*1873323*) DE 2020

HOJA N° 43

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

digo, no debería ser prudente. Eh... digamos que están los muchos almuerzos y muchas cenas que yo digo 'pero a todo momento cenas y almuerzos no'. Puede que yo tenga uno, sí, porque yo puedo reunirme con el regional, con alguien de la comunidad y es algo normal, el problemas es que si yo veo seguido, seguido, seguido, ya...

Delegatura: *Y, digamos, esos almuerzos que son especiales pues deben tener una autorización especial, digamos, voy a tener una cena especial porque es con x persona pues....*

MARISOL CORTÉS ROZO: *Sí, por ejemplo que la gerencia dijera 'Sí, yo lo firmo y yo digo que sí, que eso es una verdad'.*

Delegatura: *Pero esos no...*

MARISOL CORTÉS ROZO: *No los he visto los vistos buenos, digamos, como tal. Entonces, digamos, ya uno ve y dice 'uy' pues son restaurantes... porque si uno ve la tirilla a veces uno dice 'sí, pues es el almuerzo normal', o es que le cobraron el almuerzo de la semana todos los 7 días, y eso sí, bien, es un restaurante pequeñito de pueblito, es verdad. Pero cuando uno ve de repente una factura de cosas que uno dice cómo no, esto es un restaurante ya de categoría. Entonces un dice no, pero sí se ve seguido eso, uno dice no y les digo eso no es descontable. Eso no se lo van a asumir nunca. Entonces por ejemplo como ese tema. O como por ejemplo el tema de lo que les decía de pronto detalles de cosas como decir 'me compré un par de zapatos de 500 mil pesos' y yo digo que pena. Yo no le voy a dar dotación de 500 pesos a una persona. Con 500 pesos le compro dotación por le menos a 10 personas....*

Delegatura: *Y en el caso puntual. Ejemplo...por ejemplo ¿quién? ¿En dónde ha visto eso? ¿Con legalización de qué gastos?*

MARISOL CORTÉS ROZO: *Con la legalización, por ejemplo, de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]. Digamos que es donde más se ve, así, ese tipo de cosas. En el caso de los otros ingenieros, lo que uno ve es eso, que a veces digo bueno, pero digamos que están dentro de lo...⁸⁶.*

Efectivamente, se encontró que lo manifestado por la declarante quedó expresamente establecido en el informe de auditoría que presentó a DVG, el cual obra en el Expediente y del que se transcribe a continuación el extracto relevante relacionado con los hallazgos por conceptos de legalizaciones:

ESPACIO EN BLANCO

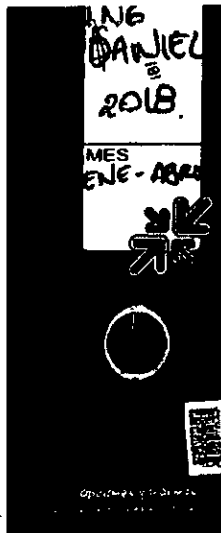
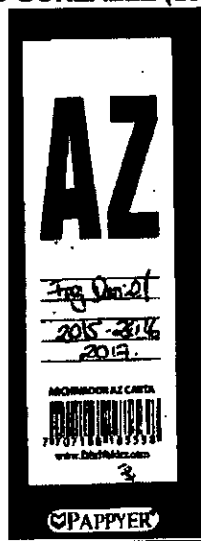
⁸⁶ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 02-DEC_MARISOL_CORTES Min. 41:03.

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

denominadas "Ing Daniel", con facturas para legalización a nombre de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**.

Imagen No. 14. "AZ" con facturas a legalizar de los años 2015 a 2018 por parte de DVG en favor de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO)



Fuente: Folios 177 y 181 del cuaderno público No. 1 del Expediente

Como se verá a continuación, algunas de las facturas para legalizar que se encontraban en estas carpetas correspondían a compras por concepto de mercado, prendas de vestir masculinas y femeninas y hasta pagos a conjuntos vallenatos que coinciden con lo manifestado por **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos). Incluso, muchas de las facturas a legalizar hacen referencia a compras realizadas por **SANDRA MARCELA CORTÉS BOLIVAR**, pareja sentimental de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** y quien no tenía relación alguna con DVG⁸⁷.

⁸⁷ Folio 659 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 29:33

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

STF GROUP S.A.
NIT. 805003626-4
ZONAS GRANDES CONTRIBUYENTES
Recor. 000276 Diciembre 1 del 2016
Referencia de IVA
IVA-REGIMEN COMUN
STUDIO F UNICENTRO CALI 3
CRA 100 5 189 C.C. UNICENTRO
LCR. 405 - 405A
Telefono: 4853405 - 4853408
CALI-MALLE

FACTURA DE VENTA
7231-6408

Fecha : 2018/4/13 Hora: 13:05:22
Documento : 7231-FV1-00045-03
TPV : C22301
Vendedor : 0744 PABLO MERIANDEZ DANIEL
Cliente :
R.I.C.C. :
Direccion:
Telefono :

Refer.	Col	TA	Description	CA	P.Unit
5158630	006	N	BLUSA ESCOTE	1	\$104,925
5158636	006	N	BLUSA CUELLO	1	\$89,925
5122778	011	06	ENTERIZO CUB	1	\$172,425
5158659	401	XS	BLUSA STF CO	1	\$57,424
5157916	005	S	BLUSA MANGA	1	\$104,925
5158636	001	XS	BLUSA T SIDA	1	\$24,900

Total Unidades		6
[INFORMACION TRIBUTARIA]		
Vir. Bruto.....		\$225,546
Dcto Por Ltras.....		\$151,158
Dcto Promocion (P)...		80
Vta Gravada. (B).....		\$174,369
IVA		\$93,136
Exp. consumo bolso Cont. O		80
TOTAL		\$364,524
EFECTIVO		\$300,000
CAMBIO		\$35,476

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

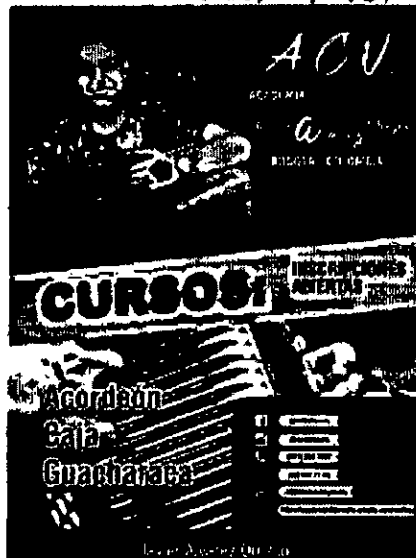
SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**ES 173323**) DE 2020

HOJA N° 48

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

RECIBO DE CAJA MENOR	
17/09/2018 REV. 000-02	
Fecha:	21 de 2018
Por:	Javier Alvarado Orozco 1330.000
Con:	Ingente Velasco
Valor en letras: Trecentos Ochoenta Mil	
Presos:	7/09
Adm:	[Firma]
Aplicado:	[Firma]
1065642187	



Fuente: Folios 178 a 190 del cuaderno público No. 1 del Expediente y 103 a 132 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

Por último, obran en el Expediente documentos denominados "auxiliares de contabilidad" de DVG⁸⁸. Estos documentos contables corroboran lo manifestado anteriormente respecto a que los recursos de la compañía se empleaban en ocasiones para asumir gastos personales de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) que no guardaban relación alguna con el objeto social de **DVG**. Como ejemplo de lo anterior, se evidencian rubros de la contabilidad denominados "53055002 - Otros costos y gastos no deducibles Ing Daniel". Dentro de estos, se encuentran, a modo de referencia, el pago de un plan vacacional a Punta Cana para **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, el cual se registró el 15 de diciembre de 2016 por concepto "PLAN PUNTA CANA" pagado a la agencia de viajes "PISTA TOURS LIMITADA". Igualmente, se evidencia el pago de la póliza de la moto de propiedad de **SANDRA MARCELA CORTÉS BOLIVAR**, pareja sentimental de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**.

De esta forma, este Despacho encuentra plenamente probado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, a pesar de no ser accionista, administrador, ni tener ningún tipo de relación laboral con **DVG**, hacía uso unilateralmente de los recursos de dicha compañía, ejerciendo influencia directa en la disponibilidad de unos de los elementos cruciales para el desempeño competitivo de la compañía en el mercado.

⁸⁸ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 2017-401804/DATOS/REQUERIM SD/auxiliares.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** mantenía una oficina permanente en las instalaciones de DVG

Por último, no puede pasarse por alto que se encontró evidencia que da cuenta de que aún después de haber cedido la totalidad de sus acciones en DVG, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** siguió teniendo una oficina permanente en las instalaciones de la compañía. Así lo afirmó **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) en sus declaraciones del 30 de octubre de 2018:

"Delegatura: Yo tengo una duda. Cuando estábamos haciendo la inspección ocular, nos estaba mostrando que la oficina que está acá al fondo, la de la ventana, esa oficina es de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]."

EDER ZABALETA ROJAS: Sí, correcto.

Delegatura: ¿Sí? ¿Por qué [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ] está ubicado acá?

EDER ZABALETA ROJAS: Porque él, de hecho, el que, lo, lo, porque digamos como la...la oficina está cerca aquí del INVÍAS, entonces él prefiere que le, que le, que le rentemos un espacio aquí o que le cedamos un espacio aquí.

Delegatura: ¿Y ustedes le ceden acá el espacio?

EDER ZABALETA ROJAS: Sí, Claro. Claro, claro que sí. Es que **PROTECO** como está un poco más allá, entonces siempre le es un poco más complejo.

(...)

Delegatura: Él tiene acá esa oficina y usted me dice que le ceden el espacio.

EDER ZABALETA ROJAS: Sí.

Delegatura: ¿A título de que le ceden el espacio? ¿Él tiene un contrato de arrendamiento o algo así?

EDER ZABALETA ROJAS: No. No existe nada de eso.

Delegatura: ¿Simplemente le prestaron el espacio?

EDER ZABALETA ROJAS: Sí, si le prestó el espacio, sí. Es que ni siquiera está aquí, él viene aquí el día que hay comités, porque de resto está por fuera⁸⁹.

Esta situación, analizada de manera conjunta con los demás elementos probatorios, es una prueba más para este Despacho de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) mantenía una influencia directa sobre DVG, pues a pesar de no ser accionista ni administrador de dicha compañía, no solo tomaba decisiones respecto a los procesos de selección en lo que la misma iba a participar, tenía poder disciplinario sobre sus empleados, hacía usos de sus recursos unilateralmente, sino que además, contaba con una oficina permanente en sus instalaciones.

De esta forma, y según lo establecido hasta este punto, no le cabe duda al Despacho que además de los vínculos previos existentes entre los investigados, existía entre ellos una relación de subordinación desde el punto de vista competitivo, pues como quedó ampliamente probado, DVG y **PROTECO** respondían a un control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, quien mantenía una influencia directa sobre el comportamiento de las mismas en el mercado. Esta situación, como se verá más adelante, fue fundamental para la materialización de la coordinación entre los agentes de mercado investigados en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participaban.

⁸⁹ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 52:30

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 50

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

7.4.4. De la existencia de conductas que facilitaron la coordinación de los investigados para la presentación de ofertas en procesos de selección y la ejecución de contratos estatales

En este capítulo, y previo a analizar de manera puntual el comportamiento de los imputados en los seis (6) procesos de selección objeto de investigación, se presentarán una serie de conductas que fueron evidenciadas a lo largo de la investigación administrativa, y que, en criterio de este Despacho, facilitaron aún más la coordinación entre los investigados en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participaron y que fueron objeto de análisis por parte de esta Entidad.

En efecto, se encontró probado que: (i) ambas empresas compartían personal de trabajo a la hora de elaborar sus propuestas y/o de ejecutar los contratos en los que resultaban adjudicatarios; (ii) funcionarios de DVG y PROTECO hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban seleccionados; y (iii) se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades. Todas estas circunstancias, que evidentemente guardan relación con la existencia de una relación previa de amistad y cercanía entre los accionistas y administradores de DVG y PROTECO, así como con el hecho que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ ejercía una influencia sobre el comportamiento competitivo de DVG y PROTECO, decidiendo, por ejemplo, sobre los procesos de contratación en los que participarían ambas compañías, facilitaron la coordinación que llevaron a cabo en los diferentes procesos de selección en los que participaron.

- Los agentes de mercado investigados compartían personal de trabajo

Uno de los elementos que se encontró probado y que evidentemente facilitaba la coordinación entre los investigados en su participación en los diferentes procesos de selección y la ejecución de los contratos adjudicados, está relacionado con que se valían del trabajo de un mismo número de personas que los asistían en labores operativas, financieras, contables y administrativas. Como se verá a continuación, se trataba de funcionarios que tenían alta injerencia en el desarrollo de las actividades tanto en DVG como en PROTECO, lo cual, facilitaba la coordinación entre los mismos. A continuación se presenta la lista de las personas que prestaban servicios en ambas empresas.

ESPACIO EN BLANCO

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA CONGIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Tabla No. 3. Lista de personas que prestan servicios a DVG y PROTECO

Empleado	Cargo/función desempeñada en DVG	Cargo/función desempeñada en PROTECO
Adalberto Javier Gámez Vera	Ejecución de obras como "Residente de Obra" ⁹⁰ .	Ingeniero encargado de la ejecución de obras en el Contrato No. 976 del 24 de julio de 2018 del INVÍAS ⁹¹ .
Carlos Hernando Oramas Leudo	Consultor especialista naval ⁹² .	Consultor especialista naval ⁹³ .
Aldrin Arias Rodríguez	Revisor Fiscal de enero de 2016 a octubre de 2018 ⁹⁴ .	Presta su colaboración en la elaboración de Estados Financieros para renovación de registro mercantil en Cámara de Comercio ⁹⁵ .
Diego César Balanta Riascos	Contador público para los años 2014 a 2017 ⁹⁶ .	Contador público 2017 ⁹⁷ .
Marisol Cortés Roza	Contadora pública en la actualidad ⁹⁸ .	Contadora pública en la actualidad ⁹⁹ .
Heriberto Antonio Zabaleta Menco	Coordinador de licitaciones ¹⁰⁰ .	Colabora en trámites administrativo, como la suscripción y presentación de documentos para la renovación de matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio ¹⁰¹ .
Eliana Marcela Hurtado Sánchez	Empleada de la compañía ¹⁰² .	Colabora en ocasiones con la presentación de las ofertas económicas. Presentó la propuesta del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO en la licitación pública No. LP-DO-SNF-028-2017 adelantada por el INVÍAS ¹⁰³ .

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

⁹⁰ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 7:03

⁹¹ Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 01-PC_MARISOL-CORTES.ad1/Usuario: C:\Users\Usuario\Downloads\CONTRATOS VIGENTES 2018 (1).xlsx

⁹² Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335.mp3. Min. 43:15.

⁹³ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335.mp3. Min. 43:15.

⁹⁴ Folio 192 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

⁹⁵ Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEBEDER-VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\ic.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER-VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE/[imap]/ESTADOS FINANCIEROS DEFINITIVOS PROTECO - REPORTADO PARA RENOVACION CAMARA DE COMERCIO 20018.

⁹⁶ Folios 135, 136, 142, 152, 153, 154, 161 y 162 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

⁹⁷ Folios 329 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

⁹⁸ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 35:36

⁹⁹ Folio 680 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-091219. Min. 37:42

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 52

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Como puede evidenciarse, existe un considerable número de personas que prestaban sus servicios de manera conjunta tanto a **PROTECO** como a **DVG** en lo relacionado con la elaboración y presentación de las propuestas económicas, la ejecución de los contratos, e, incluso, en aspectos netamente administrativos de ambas empresas.

Dada la naturaleza de las actividades desarrolladas por las personas anteriormente mencionadas, las cuales, se repite, están relacionadas con la elaboración de las propuestas y ejecución de los contratos adjudicados, es posible concluir que se trataba de uno de los elementos principales que facilitaron la coordinación entre los investigados en su desarrollo competitivo en los diferentes mercados.

De hecho, es importante resaltar lo mencionado por la Delegatura en el Informe Motivado respecto a que se encontró probado que, incluso, los altos dirigentes de las compañías prestaban labores para ambas empresas. Así, se encontraron correos electrónicos que dan cuenta de ocasiones en las que altos funcionarios de **DVG** solicitaban la expedición de pólizas de seriedad de la oferta para la participación de **PROTECO** y de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en procesos de contratación en los que **DVG** participaría igualmente como proponente. A modo de ejemplo, a continuación se presenta un correo electrónico del 4 de abril de 2017, en el cual **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) remite documentación de **PROTECO** para la obtención de la póliza:

Imagen No. 16. Correo electrónico 4 de abril de 2017 en el que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) solicita la expedición de pólizas de seriedad de la oferta en favor de PROTECO



mailto:04/04/2017 4:47 p. m.

DVG INGENIERÍA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>

SOLICITUD POLIZA DE SERIEDAD

Para: **Adrián González, Asesor Comercial Jairo Paz Suarez**

Este mensaje se ha respondido o reenviado.

 01. C.C. IL PROTECO.pdf (437 KB)

 07. SLA PROTECO 31-03-2017.pdf (2 MB)

 15. SLA PROTECO.pdf (608 KB)

 PLEGO DE ECONOMIAONES DEFINITIVO.pdf (2 MB)

Buenas tardes Maria Eugenia,

Adjunto documentación para que por favor nos colabore con la siguiente póliza de seriedad.

DVG INGENIERIA S.A.S.

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG1 del Expediente. 02-WEBEDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\jc.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEBEDER_VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\SOLICITUD POLIZA DE SERIEDAD

El anterior correo electrónico evidencia que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), a pesar de haber afirmado a lo largo de la actuación administrativa no tener ningún vínculo laboral con **PROTECO**, adelantaba conductas que propiciaban la coordinación con dicha empresa en la obtención de los documentos que esta última requería para su participación en los procesos de selección.

Igualmente, se encontró evidencia de que funcionarios de **DVG** colaboraban a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** para que obtuviera una póliza de seriedad de la oferta para su participación como persona natural, en un proceso de selección en el cual **DVG** también presentaría oferta, lo cual evidentemente

100 Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 15:38.

101 Folio 327 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

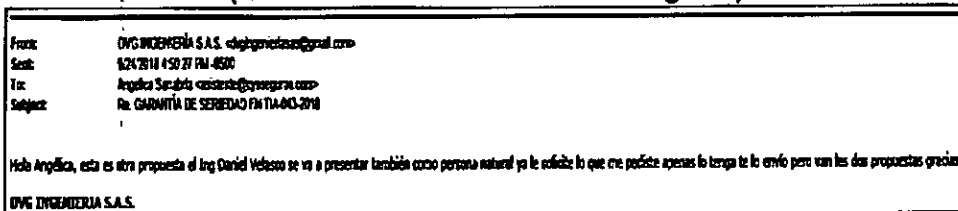
102 Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 2017-401804/DATOS/REQUERIMSD/auxiliares/ExportExcel2017.xlsx

103 Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOP/LP-DO-SMF-028-2017/DA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28790430.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

facilitaba la coordinación entre dos agentes de mercado que participarían como competidores en un proceso de selección.

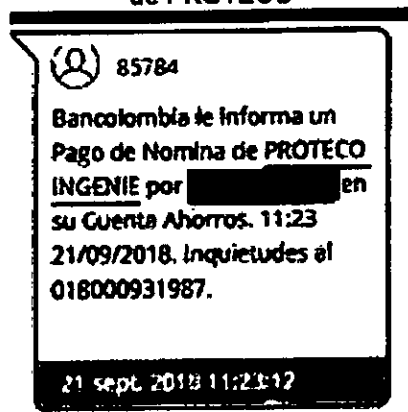
Imagen No. 17. Respuesta dada por HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) a ANGÉLICA SANABRIA OVIEDO (funcionaria del intermediario de seguros)



Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-WEB-EDER VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Rafz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\Re: GARANTÍA DE SERIEDAD FN TIA-043-2018

Lo anterior deja en evidencia que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** se valían del trabajo de un mismo número de personas que elaboraban sus propuestas para participar en los diferentes procesos de selección y ejecutaban los contratos adjudicados, situación que se presenta como idónea para la implementación de una estrategia de coordinación entre estos agentes. De hecho, en el Expediente se encuentra prueba de que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) en ocasiones recibía pagos por parte de **PROTECO**. Esto se acredita con un mensaje de texto en el cual consta una transferencia de [REDACTED] por concepto de "pago de nómina":

Imagen No. 18. Mensaje de Texto enviado al teléfono celular de EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) informando un pago a su favor por parte de PROTECO



Fuente: Folios 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. \\App2505V\uploads\2017-401804_PN_VS_INVIAS_6c81393b-d780-4cc4-9b74-51cb4a7c1729\05-CEL_EDERVELASCO_7e3cc105-6a15-4e88-8cd1-c2f34c5824c8.utdr

Como lo manifestó la Delegatura en su Informe Motivado, más allá de la imprecisión que pudiera presentar o no dicho mensaje respecto al concepto del pago (pues los investigados alegaron a lo largo de la actuación administrativa que el mismo no correspondía a un pago por concepto de nómina), lo relevante es que el mismo demuestra una conducta facilitadora para la existencia de una coordinación entre **DVG** y **PROTECO**.

Lo expuesto hasta este punto se presenta como prueba de la presencia de una situación que facilitaba la coordinación entre los agentes de mercado investigados en el desarrollo y comportamiento de los mismos en el mercado.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 54

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Funcionarios de DVG y PROTECO hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban adjudicatarios

Por otro lado, se encontraron elementos de prueba que darian cuenta de que empleados de DVG y PROTECO hacían un seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban adjudicatarios, lo cual se muestra como otro elemento facilitador para la coordinación de las empresas investigadas en su participación en el mercado.

Como ejemplo de lo anterior, se encontró información recaudada en el marco de la actuación administrativa en el computador de MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos) que da cuenta del seguimiento conjunto que dicha funcionaria realizaba sobre los contratos vigentes suscritos por DVG y PROTECO.

Imagen No. 19. Cuadro de seguimiento contratos vigentes DVG y PROTECO

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K
1	DVG PRESIDENTA SAS										
2	PROTECO INGENIERIA SAS										
3	PROYECTOS PROPIOS Y CON PARTICIPACIONES										
4											
5	CONTRATO	OBJETO	CLIENTE	FECHA	VALOR TOTAL	IMP. IVA	IMP. IVA	PLAZO	COSTO PRESUPUESTA	CONSORCIO	ANTICIPO
6	65	MANTENIMIENTO VIAL LA ZONA POTURUNGO, PERALCADA LA PLATA, CENTRO YMBUNCO, PUERTO LECHEZARON LA TIGRA, PUERTO ASES	DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO	20 DICIEMBRE DE 2017	434.387.922	436.380.000		2 MESES Y 4 MESES PARA LIQUIDACION	JOYA QUEBRADONAS \$ 90.200.400, PERALCADA LA PLATA \$ 80.955.000, CRISTO YARUNO \$ 52.854.000, PUERTO LECHEZARON LATAWGA \$ 48.000.000, PUERTO ASES \$ 51.000.000	CONSORCIO DVG	
7	73	REVISION, ACTUALIZACION Y ESTUDIOS Y ENTRENOS MUEJLE Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN EL MUNICIPIO LA TOLA EN NAHORO	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS	10/04/2008	138.778.720	204.000.000	54.000.000	4 MESES		20 ABILLO DVG PRESIDENTA SAS	MANEJO 20 75 A ANTICIPO
8	84	CONSTRUCCION MUEJLE FLUMIAL DE PIRUÑA	DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO	30 DE MAYO DE 2018	620.111.096	633.422.042	4.000.000	3 MESES	\$ 633.422.042 INCLUYE: ADMONICION, IMPREVISTOS 35%, UTILIDAD DEL 10% ES DECIR 44,10%	PROTECO SAS	MANEJO 20 75 A ANTICIPO
9	93	MANTENIMIENTO MUEJLE LA ESPERANZA PTO ASES	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS	20 DE ABRIL DE 2018	92.702.000	42.670.000	8.100.000	4 MESES	COSTO PERSONAL \$ 36.300.000, FACTOR 2,8 \$ 25.000, OTROS COSTOS DIRECTOS \$ 10.000.000, TOTAL PROYECTO \$ 93.300.000	PROTECO SAS	
10	1.048	MANEJO Y MANTENIMIENTO CARRETERA	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS	1 DE ABRIL DE 2008	4.000.000.000	4.000.000.000	40.000.000	HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2018	COSTO MATERIALES \$ 3.000.000.000, MANEJO 20, 75 A ANTICIPO	CONSORCIO FLUVIAL	MANEJO 20 75 A ANTICIPO
11	1.052	MANTENIMIENTO Y VIGILANCIA DE LOS TUBOS DEL CONECTOR DE BUELA-BUELAVENTURA	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS	2018	1.700.000.000	1.511.330.000	267.000.000	HASTA EL 31 DE DICIEMBRE DE 2018	COSTO PERSONAL \$ 500.000.000, FACTOR 2,8 \$ 1.400.000.000, OTROS COSTOS \$ 400.000.000, PROVISION ALTAZAS \$ 100.000.000	CONSORCIO FLUVIAL	MANEJO 20 75 A ANTICIPO
12	1.200	CONSTRUCCION DE OBRAS PROTECCION DEL MUNICIPIO DE SANTA BARBARA EN	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS - INVÍAS	2018	264.000.000	1.000.000.000	200.000.000	1 MESES	COSTO BASICO OBRA \$ 250.000.000, 10% 25.000.000	LA PROYECTA LA AGUAS COC, LA OBRA LA DESARROLLARA DVG SAS	MANEJO 20 75 A ANTICIPO
13	TOTALES				7.572.555.795	6.514.052.750	626.500.000				

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 01-PC_ MARISOL-CORTES.ad1/Usuario:C:\Users\Usuario\Downloads\CONTRATOS VIGENTES 2018 (1).xlsx (recuadro rojo fuera de texto original)

Por su parte, se encontró en el informe de auditoría presentado por MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos) y que obra en el Expediente, una relación de los consorcios en los cuales participaba DVG con el fin de hacerles seguimiento. No obstante, lo que resulta llamativo es que en el mismo documento se incluyó el seguimiento a la ejecución del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO, que resultó adjudicatario de la licitación LP-DO-SMF-028-2017 adelantada por el INVÍAS. En el documento se relacionaron los siguientes aspectos del consorcio en cuestión: (i) duración del contrato; (ii) monto inicial de contrato; (iii) amortización del anticipo; (iv) ampliaciones del contrato; (v) entidad financiera utilizada para el manejo del anticipo; (vi) las facturas elaboradas; (vii) participación en el consorcio —en el cual DVG no participa y, por el contrario, la participación mayoritaria fue de PROTECO— y (viii) el seguimiento en cuanto a la resolución de facturación. A continuación, una imagen que da cuenta del seguimiento al que se hace alusión.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE CONA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 20. Cuadro de seguimiento de seguimiento CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO

DVG INGENIERIA SAS REVISION CONSORCIOS									
CONSORCIO	FECHA CREACION	DURACION	OBJETO	CLIENTE	VALOR	PARTICIPACION	FACTURAS ELABORADAS		
						CONSORCIADO	%	NUMERO	VALORES
CONSORCIO FLUVIAL	2017		MANTENIMIENTO DEL RIO TRIUNFO-CUENCA DEL RIO ATRATO EN EL MUNICIPIO DE ROSUCO DPTO DEL CHOCO	INVIAS	1.541.044.178	PROTECO	95	1	29.726.500
	SE FIRMO 4 DE JULIO 2017	4 MESES				AVINCO	5		217.232
									5.045.300
INFORMACION GENERAL									
EL VALOR LLEVA INCLUIDO IVA									
EL IVA ES DE 19% SOBRE EL 5% UTILIDAD	NT 901.094.050	NT 901.094.050-1	SE PIDIO AMPLIACION A FEBRERO DE 2018	SE PIDIO VALOR \$ 98.732.520 POR AMPLIACION	MANEJO ANTICIPO POR \$305.972.880 EN FOLIO 18/762005124431 DE LA 1 A LA 50	RESOLUCION FACTURA 18/762005124431 DE LA 1 A LA 50			
AMORTIZACION ANTICIPO 20%									

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente ICD IND Y CIO. AUDITORIA DVG2017. Archivo "AUDITORIA CONTABILIDAD (1)" Hoja en Excel denominada "consorcios".

Como puede observarse, **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos), una de las personas que prestaba sus servicios tanto a **DVG** como a **PROTECO**, hacía seguimiento a la vez, en un mismo documento con el nombre "**DVG INGENIERIA S.A.S. Revisión Consorcios**", a los contratos adjudicados a ambas compañías. De este hecho se advierte la coordinación entre ambas empresas en su comportamiento en el mercado.

- **DVG y PROTECO se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades**

Otro elemento adicional que se presenta como facilitador de un actuar coordinado entre **DVG** y **PROTECO** en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participan radica en que, según las pruebas que obran en el Expediente, ambas empresas se apalancaban financieramente a la hora de ejecutar los contratos adjudicados. Esta situación evidencia vínculos de cercanía entre ambas empresas que pueden ser idóneos para estructurar una conducta coordinada entre dos agentes económicos competidores en los diferentes mercados en los que participan.

Como prueba de lo anterior, se encontraron, por un lado, los registros de un número de préstamos que fueron otorgados por **DVG** a **PROTECO** para los años 2017 y 2018, los cuales fueron utilizados para cubrir gastos propios de la ejecución de contratos adjudicados a **PROTECO**. Lo anterior se observó en el documento "**DVG INGENIERIA S.A.S. Libro auxiliar entre 01/01/2018 y el 30/10/2018**", en el cual se registraron préstamos a favor de **PROTECO** con el fin que esta empresa pudiera cubrir los siguientes gastos: (i) pago de nómina (sueldos, seguridad social, viáticos, primas, cesantías); (ii) pagos de pólizas; (iii) gastos de licitaciones; (iv) anticipos para desarrollo de obras; (v) pago de impuestos y seguros (renta y SOAT); (vi) préstamos a empleados vinculados a **PROTECO**; (vii) anticipo para vehículos, y (viii) gastos de caja menor¹⁰⁴.

Por otro lado, se encontró que **PROTECO** igualmente realizaba "préstamos" en favor de **DVG**¹⁰⁵. Esto fue confirmado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), quien en declaraciones rendidas ante funcionarios de esta Superintendencia, sostuvo que entre ambas compañías efectivamente se realizaban préstamos mutuos para "**fortalecerse**", como se evidencia a continuación:

¹⁰⁴ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2018. Doc. Núm. (DIS) ce 1106.

¹⁰⁵ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2017. Doc. Núm. (DIS) rc 47; (DIS) RC 64; (DIS) RC 65; (DIS) RC 66. Y Folio 272 del cuaderno reservado DVG No 1, :2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2018. Doc. Núm. (DIS) rc 101 y (DIS) rc 77

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 56

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

***Delegatura:** ¿Se les debe dinero a **PROTECO** o ellos le deben dinero a...?

EDER ZABALETA ROJAS: Bueno, a ver, como en algunas ocasiones se...buscamos, digamos manera de, de, de fortalecemos, eh, a veces hay momentos aquí de iliquidez, y nosotros les prestamos el dinero, como también ocurre en la parte contraria. DVG tiene inconvenientes de iliquidez y ellos nos prestan. Porque nosotros hasta este año, perdóneme que te interrumpa, hasta este año pudimos obtener nuestro primer crédito con una entidad financiera. Porque no teníamos experiencia crediticia, porque éramos una S.A.S., porque los socios no tenían la suficiente fortaleza como para amparar una operación, entonces hasta ese año pudimos (...).

Delegatura: Pero haber, o sea, generalmente ¿DVG le presta a **PROTECO** o viceversa?

EDER ZABALETA ROJAS: Viceversa.

Delegatura: ¿Y qué rentabilidad o qué intereses o cómo pactan esos préstamos?

EDER ZABALETA ROJAS: Como son mutuo, haber, como son mutuo, nosotros no tenemos ningún inconveniente, simplemente como, a veces eh...de hecho en estos momentos el **INVÍAS** se tardó, lleva ya casi 90 días sin pagamos, entonces **PROTECO** tiene, digamos, le preguntamos si tiene algún remanente (...) yo le digo présteme esto para cubrir una obligación y yo hago eso (...)¹⁰⁶.

Obsérvese que los préstamos entre **PROTECO** y **DVG** se hacían en el marco de la relación de cercanía y amistad entre competidores que fue probada por esta Superintendencia, que permitirían facilitar una coordinación ilegal entre estos, al punto que incluso los préstamos que se realizaban eran acordados sin ningún tipo de intereses o beneficios para el prestamista. De hecho, y como lo resaltó la Delegatura en su Informe Motivado, se pudo establecer que los pagos realizados por **PROTECO** a **DVG** para el año 2017 superaban el valor realmente adeudado¹⁰⁷.

Adicionalmente, **LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ** (suplente del Gerente de **PROTECO** para la época de los hechos) declaró que entre **DVG** y **PROTECO** existía un "apalancamiento financiero" que incluso se materializaba en la realización de préstamos "interbancarios" para poder ejecutar las obras, tal y como se observa a continuación:

"(...)

Delegatura: Bueno, pero, exactamente ¿cuáles son las empresas o terceros de los que estamos hablando?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Eh bueno, puede ser... DVG puede ser una de las empresas con las que hacemos apalancamiento financiero porque igual entre empresas se hacen préstamos, se hacen las devoluciones, eh sí, la verdad es que es como la que tengo más presente, por decirlo así.

Delegatura: ¿A qué se refiere cuando habla de "apalancamiento financiero"?

LOURDES MARIA SALCEDO JIMENEZ: Bueno, no es eh extraño que para el tema de la ejecución de las obras siempre a veces el tema de los anticipos no alcanza o las obras tienen necesidades extras, entonces lo que se pueden hacer es préstamos interbancarios eh entre las empresas, que luego se legalizan contablemente, o se hacen la devolución a las empresas que nos hagan los préstamos"¹⁰⁸.

¹⁰⁶ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1153.mp3. Min. 1:03:23

¹⁰⁷ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :2017-401804DATOSVREQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2017.

¹⁰⁸ Folio 674 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 17:15.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Finalmente, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), al rendir declaración durante la etapa preliminar, admitió que **PROTECO** y **DVG** se apoyan en la ejecución de los contratos derivados de los procesos de los cuales han resultado adjudicatarias.

"Delegatura: Una duda ¿**PROTECO** ha sido subcontratado por **DVG** o **DVG** por **PROTECO**?

EDER ZABALETA ROJAS: En ambos sentidos, sí claro.

Delegatura: Los dos se subcontratan

EDER ZABALETA ROJAS: Sí, sí nos hemos subcontratado

Delegatura: ¿Y para qué se subcontratan?

EDER ZABALETA ROJAS: A ver. Hay cosas que nosotros no tenemos presencia en la zona o no conocemos la zona. El Ingeniero [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**] las tiene. Lo contrato como Director o hago un acuerdo con él y él, con la experiencia que tiene **PROTECO**... digamos, no es ni siquiera como un tipo de subcontratación, es que yo le digo 'mira, yo asumo esto, usted es mi Director, funge como Director, y yo le voy a girar la plata' Entonces pueda ser que le digo 'venga, eh, hágame aquí este tramo de vía' por decir alguna cosa. Entonces me ejecuta una parte"¹⁰⁹.

Es importante recalcar el hecho que, según las declaraciones de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), **DVG** presentaba ofertas económicas en procesos de selección para la adjudicación de contratos, en cuyo lugar de ejecución dicha empresa no tenía ninguna experiencia. No obstante, se desprende de la declaración previamente transcrita, que a pesar de esto **DVG** se presentaba a dichos procesos, pues de resultar adjudicatario solicitaría colaboración de **PROTECO** en la ejecución de la obra en el marco de la relación de coordinación existente entre estas compañías.

En conclusión, para este Despacho no queda duda de que como consecuencia de la existencia de una relación previa entre los investigados, y que los mismos se encontraban vinculados por una situación de control común desde el punto de vista competitivo, se presentaron un número de circunstancias que facilitaron la existencia de una estrategia de coordinación inaceptable entre agentes de mercado que actúan en calidad de competidores en los diferentes procesos de selección.

Ahora bien, como se explicará en el siguiente capítulo, no solo se logró demostrar la existencia de elementos facilitadores de un actuar coordinado entre los investigados, sino que efectivamente dicha coordinación se materializó de manera puntual en los procesos de selección objeto de investigación por parte de esta Superintendencia.

7.4.5. De la coordinación entre los investigados para la presentación de ofertas económicas en cinco (5) procesos de selección del INVÍAS y uno (1) del FONTUR

De manera preliminar, debe reiterarse que para la Superintendencia de Industria y Comercio la existencia de relaciones previas entre empresas competidoras, así como el hecho que dos agentes económicos que participen en un mismo mercado o proceso de selección estén sujetos a una misma situación de control competitivo, son situaciones que no son sancionables por sí mismas. Por el contrario, lo que es reprochable es que dichas empresas participen en el mercado o proceso de selección de manera coordinada, eliminando la competencia entre sí y reemplazándola por una conducta colusoria, afectando los principios de la libre competencia económica.

En este orden de ideas, nótese que no existiría impedimento alguno en que dos empresas sujetas a una misma situación de control competitivo participen simultáneamente en un proceso de selección y presenten ofertas económicas independientes con el objetivo de resultar adjudicatarias de un contrato.

¹⁰⁹ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC_EDER-VELASCO/GRABACION/181030_1335. Min. 21:54.

RESOLUCIÓN (**273323**) DE 2020

HOJA N° 58

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Sin embargo, de ser así, su comportamiento deberá ser el de dos competidores, sancionable bajo el régimen de libre competencia en caso de encontrarse que correspondió a una conducta que tenía por objeto o efecto la coordinación o colusión en el marco del proceso de selección.

En otras palabras, se espera que cuando dos o más empresas participen por separado en procesos de selección para la adjudicación de un contrato estatal, su comportamiento sea el de dos competidores independientes, pues, se reitera, el hecho que respondan a un mismo controlante, no excluye, per se, la posibilidad y obligación de que actúen con independencia y mantengan confidencialidad en la toma de sus decisiones respecto a su comportamiento en el mercado.

Esta situación ha sido reconocida a nivel internacional, como puede observarse en la sentencia del 19 de mayo de 2009 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en el caso C-538 de 2007, la cual estableció que:

"31. Procede señalar, a este respecto, que los grupos de sociedades pueden tener formas y objetivos diferentes, y no excluyen necesariamente que las empresas controladas gocen de cierta autonomía en el ejercicio de su política comercial y de sus actividades económicas, en particular en el ámbito de la participación en licitaciones públicas. Por lo demás, según ha manifestado la Comisión en sus observaciones escritas, las relaciones entre empresas de un mismo grupo pueden estar reguladas por disposiciones particulares, por ejemplo de naturaleza contractual, capaces de garantizar tanto la independencia como la confidencialidad a la hora de elaborar ofertas que vayan a presentar simultáneamente las empresas en cuestión en el marco de una misma licitación.

32. En este contexto, la cuestión de si la relación de control controvertida ha influido en el contenido respectivo de las ofertas presentadas por las empresas de que se trata en el marco de un mismo procedimiento de adjudicación pública exige un examen y una apreciación de los hechos que corresponde efectuar a las entidades adjudicadoras. La constatación de tal influencia, sin importar su forma, es suficiente para excluir a dichas empresas del procedimiento en cuestión. Por el contrario, la mera constatación de una relación de control entre las empresas de que se trata, debido a la propiedad o al número de derechos de voto que se pueden ejercitar durante las juntas generales ordinarias, sin verificar si tal relación ha tenido una incidencia concreta sobre su comportamiento respectivo en el marco de dicho procedimiento, no basta para que la entidad adjudicadora pueda excluir automáticamente a dichas empresas del procedimiento de adjudicación de contratos". (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así las cosas, lo reprochable a la luz del régimen de la libre competencia es que dos o más empresas, estén o no sujetas a una misma situación de control, concurren a procesos de selección haciéndose pasar por competidores, cuando en realidad su participación se encuentra coordinada. Esta situación, abiertamente contraria a los principios de libre concurrencia que gobiernan los mercados, y en especial los relacionados con la contratación estatal, debe ser sancionada por esta Superintendencia pues en el momento en que las empresas deciden participar en un proceso competitivo para la adjudicación de un contrato, adquieren inmediatamente el carácter de competidores, debiendo actuar como tales, por lo que cualquier comportamiento coordinado, encaminado a suprimir la competencia que debe existir entre ellos, se presenta como idóneo para afectar el bien jurídico tutelado por la norma, y por tanto debe ser sancionado.

Esta posición ha encontrado eco en diferentes autoridades a nivel internacional. Es el caso de Tribunal Administrativo Especializado de México, quien al momento de resolver un "Recurso de Amparo" promovido en el marco de un proceso por posibles conductas anticompetitivas manifestó:

"Así, este Tribunal Colegiado considera que en ese caso de licitaciones en las cuales conforme a la ley no existe prohibición de presentar posturas por separado de empresas que forman parte de un mismo grupo de interés económico y ello acontezca, no debe atenderse al concepto de grupo de interés económico para determinar si se está en los supuesto del artículo 9, fracción IV, de la abrogada Ley Federal de Competencia Económica, sino que debe atenderse con independencia de ese concepto, a las conductas desplegadas y a la

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

corroboración de la existencia de pactos colusorios entre los agentes para entender vulnerado los principios de la licitación (...).

Con base en lo anterior, en la hipótesis de que la legislación no prohíba que partes de un grupo de interés económico presenten posturas por separado en un procedimiento de licitación, lo relevante no es si forman parte de ese grupo, ya que evidentemente, en principio al pertenecer a éste no son competidores entre sí; no obstante, para el efecto de las licitaciones conforme al marco normativo, debe atenderse sólo a si esa relación influye en el resultado de la misma, acorde con los principios que deben regir esos procedimientos (...).

En efecto, al presentar posturas por separado, significa que deben tener un comportamiento para efectos de la licitación de forma individual, acatando los principios que rigen las licitaciones, con independencia de si buscan un objetivo común¹¹⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En igual sentido, la Comisión Federal de Competencia Económica de México (COFECE), afirmó lo siguiente al momento de resolver sobre el mismo proceso:

"(...) Desde el punto de vista del proceso licitatorio y de la autoridad convocante, el hecho de que dos agentes económicos presenten posturas por separado, implica que éstas son independientes y si no lo son derivadas de que existe una coordinación en la determinación de las posturas, dicho hecho es contrario a los principios de la licitación y, en su caso de la legislación de competencia (...)"¹¹¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por su parte, la Comisión de Competencia de India (Competition Commission of India), en una decisión del año 2017 sostuvo:

"129. Por lo tanto, el argumento de la existencia un mismo agente económico, como el presentado por GIL y ABCIL, no es procedente y el mismo es rechazado. La Comisión da cuenta que dichas empresas son entidades independientes que participaron individualmente y de manera separada en los procesos de selección. Cuando dos o más empresas de un mismo grupo deciden presentar de manera separada ofertas en un mismo proceso de selección, han decidido, conscientemente, mostrarse ante la entidad contratante como tomadores de decisiones diferentes y opciones independientes dentro el proceso. Ellas tendrán, bajo estas circunstancias, que cumplir con lo establecido en la ley, en letra y en espíritu. Cualquier argumento de dichas empresas encaminado a que decidieron presentar ofertas de manera separada pero cuyos valores económicos fueron decididos por una misma persona, lo que es desconocido para la entidad contratante, no puede ser usado para escapar de lo establecido en la ley (...)"¹¹² (Subraya y negrilla fuera de texto original).

¹¹⁰ Segundo Tribunal Colegiado de Circuito en Materia Administrativa Especializado en Competencia Económica, Radiodifusión y Telecomunicaciones de México. Decisión correspondiente a la sesión del veinticinco (25) de abril de 2019. Proceso RA 84/2018.

¹¹¹ Comisión Federal de Competencia Económica, México. Resolución emitida por el Pleno de la Comisión el treinta (30) de enero de 2020. caso Productos Galeno, S de R.L y otro. Expediente DE-020-2014

¹¹² Comisión de Competencia de India (Competition Commission of India). Decisión del cinco (5) de octubre de 2017. Caso: Ref.C.No. 03 de 2013. Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio. Texto original en inglés: "129. Thus, the plea of single economic entity as urged by GIL and ABCIL does not hold and the same is accordingly, rejected. The Commission notes that these two companies are separate legal entities and that they participated in these tenders individually and separately. Where two or more entities of the same group decide to separately submit bids in the same tender, they have consciously decided to represent themselves to the procurer that they are independent decision making centers and independent options for procurement. They will, under such circumstances, have to comply with the provisions of the Act in letter and spirit. Any argument by such entities to the effect that they decided to submit separate bids but the prices were decided by the same person, which fact is not known to the procurer, cannot be used to escape the provisions of law (...)"

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 60

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Así, la existencia de relaciones previas o de una situación de control, solo deben ser analizados para identificar si los mismos propiciaron o facilitaron la coordinación entre los agentes involucrados, sin perder nunca de vista que es esto último lo reprochable a la luz del ordenamiento nacional, y no la mera existencia de vínculos económicos, labores, corporativos, personales, o de cualquier otra índole, entre los involucrados.

Lo anterior ha sido igualmente manifestado en anteriores oportunidades por esta Superintendencia, quien ha insistido en que lo sancionable desde el punto de vista del derecho de la competencia es la existencia de un comportamiento sistemáticamente coordinado y mancomunado entre los participantes a un proceso de selección, el cual debe ser considerado como una práctica restrictiva de la competencia. Así, en la Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017 de la Superintendencia de Industria y Comercio se afirmó que:

"Es oportuno aclarar en este punto que lo que configura la conducta restrictiva no es el solo hecho de que la estructura de las empresas como parte de un mismo grupo se haya mantenido oculto, -que en todo caso es un hecho indicador de la consciencia de ilegalidad de la conducta- sino que su comportamiento haya sido sistemáticamente coordinado y mancomunado y que su participación en cada uno de los procesos contractuales haya sido concebido para simular competencia, con el objetivo de generar ventajas competitivas, cuando en realidad el móvil de su participación era el mismo. En efecto, y en gracia de discusión, aun en el evento en que la existencia del grupo y del control estuviera formalmente registrada y publicitada, ello no sería suficiente para desestimar la configuración de la conducta, pues incluso en esa hipótesis la actuación coordinada y dependiente constituiría una práctica restrictiva de la competencia" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En el caso concreto, y como ha sido desarrollado hasta este punto en la presente Resolución, este Despacho dio cuenta que entre los agentes de mercado investigados existían ciertas situaciones particulares, como la existencia de relaciones previas, una situación de subordinación competitiva y la presencia de otros elementos adicionales, que se presentaron como idóneos para facilitar la existencia de un actuar coordinado. En esta línea, a continuación se presentarán las pruebas que evidenciaron que, en el marco de lo anterior, los investigados efectivamente coordinaron su participación en un número de procesos de selección en los que participaron como competidores.

Así, a continuación este Despacho presenta las pruebas que dan cuenta de que en cinco (5) procesos de selección específicos adelantados por el INVÍAS y uno (1) del FONTUR, los investigados actuaron de manera coordinada con el objeto de falsear la competencia, en desmedro de los intereses de los demás competidores, pero especialmente de la Entidad contratante.

Como quedó establecido en el Informe Motivado, lo anterior se evidenció gracias a la presencia de pruebas directas sobre dicha coordinación, así como con el análisis de otra serie de elementos probatorios que, de conformidad con el precedente de la Superintendencia de Industria y Comercio¹¹³, se presentan como indicios suficientes que demuestran el comportamiento coordinado entre proponentes en el marco de procesos de selección.

Como se verá a continuación, quedó acreditado que la coordinación entre los investigados tuvo lugar en todas las etapas relevantes de los procesos de selección analizados. Es decir, la misma se concretó desde las gestiones previas para la elección de los procesos a los que se presentarían, determinar la forma de participación y conformar estructuras plurales que permitieran la presentación de los investigados en los procesos, la gestión común de requisitos habilitantes, hasta la elaboración coordinada de las ofertas económicas, la subsanación de ofertas de manera conjunta y la ejecución coordinada de los contratos adjudicados.

Sin embargo, previo a analizar de manera puntual cada uno de los seis (6) procesos de contratación investigados, este Despacho pondrá de presente una situación que tuvo lugar de manera común en cuatro (4) de ellos, y que es una prueba de la coordinación que existió entre los investigados en cada

¹¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 91235 de 2014, 1728 de 2019 y 3150 de 2019.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

uno de los procesos de selección en los que participaron. Esto se refiere al hecho que **PROTECO** se presentó en los mencionados procesos a través de consorcios que eran conformados junto con la empresa **AVINCO**, pero cuya estructuración era gestionada, en cualquier caso, por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), a pesar de que **DVG** participaría de manera independiente en los mismos procesos. De manera ilustrativa, se presenta a continuación una tabla con los procesos mencionados:

Tabla No. 4. Procesos de selección en los que PROTECO participó a través de consorcios conformados con AVINCO

ENTIDAD CONTRATANTE	PROCESO DE SELECCIÓN	INVESTIGADOS QUE PRESENTARON OFERTA
INVÍAS	LP-DO-SMF-028-2017	CONSORCIO FLUVIAL integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	SA-MC-DO-SMF-021-2017	CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE , integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	SA-MC-DO-SMF-027-2017	CONSORCIO FLUVIAL LETICIA integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 95%- AVINCO 5%).
INVÍAS	LP-DO-SMF-027-2018	CONSORCIO FLUVIAL integrado por PROTECO y AVINCO (PROTECO 80%- AVINCO 20%).

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Como se pasará a evidenciar, la estructuración de los consorcios por medio de los cuales **PROTECO** participó en los procesos de selección mencionados, se enmarcó en la estrategia de coordinación entre los investigados. Así, obran elementos probatorios en el Expediente que dan cuenta cómo, a pesar de que los consorcios en cuatro (4) procesos fueron conformados por **PROTECO** y **AVINCO**, fue **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) la persona encargada de adelantar las gestiones para su conformación. Esto, a pesar de que en dichos procesos **DVG** presentó propuesta como oferente independiente.

Al respecto, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) confesó en sus declaraciones ante esta Superintendencia que prestaba su colaboración a **PROTECO** para conseguir un aliado con quien pudiera conformar un consorcio y participar en un determinado proceso de selección. Vale la pena reiterar que en dicho proceso también se presentaría **DVG** como competidor. Así, en declaración del 5 de diciembre de 2019 manifestó:

"Delegatura: Cuando ustedes se refieren, en el escrito de descargos, que la colaboración que ustedes se prestan entre **DVG** y **PROTECO** tiene como fin 'facilitar la participación de las sociedades **DVG** y **PROTECO** en procesos de contratación pública' ¿A qué hacen referencia a ese tema de facilitación?

EDER ZABALETA ROJAS: A ver, como podría decir...no, no, no te sabría explicar puntualmente, pero digamos facilitar la participación es que si yo eh...digamos, tengo...eh, cumplo solo, pues yo me voy como estoy. Si de pronto él me dice 'venga yo no estoy cumpliendo' y le digo 'ven, yo tengo un amigo que tiene la experiencia' y le digo 'mire, por

RESOLUCIÓN (**073323**) DE 2020

HOJA N° 62

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

favor preséntate con él, o mira a ver, evalúa si sus indicadores te sirven para lo que tu estas buscando'. No sé.

Delegatura: Bueno, acaba de decir 'ven, yo te presento a alguien que puede tener...'. Hablemos de **AVINCO**. ¿Quién es **AVINCO**?

EDER ZABALETA ROJAS: Bueno, **AVINCO** es la empresa, bueno para cuando yo los conocí, eh...es la empresa de eh...un gran amigo, o de bueno, de dos conocidos, dos amigos, y uno de ellos es **ORLANDO POVEDA**. Cuando...eh...yo lo conocí, hace como más de diez años, muchísimo más, y digamos lo conocí y para efectos de varios procesos en los cuales, digamos yo cumplo solo y no tengo, eh, no tengo ninguna necesidad de un tercero, pero de pronto dentro de eso, eh, en el caso **PROTECO**, puntualmente, me ha dicho [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**] me dice 'venga hermano, estoy buscando porque no cumplo solo y quiero participar' entonces uno de los casos eso fue **AVINCO** que es un amigo, cercano, en el cual yo le dije 'mire, hay una opción de...por favor...' y lo presenté con el Ingeniero [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**]. Eso ha sido uno de los, digamos, de las opciones que hemos manejado"¹¹⁴.

Nótese que el declarante afirmó inequívocamente que en su calidad de accionista y representante legal suplente de **DVG**, le prestaba colaboración activa a **PROTECO** para la consecución de terceros con los cuales este último pudiera conformar consorcios para participar en procesos de selección. Esta actuación es abiertamente contraria al régimen de libre competencia, pues no es aceptable que dos empresas que serán competidoras en un determinado proceso de selección, se presten colaboración mutua para facilitar su participación en dicho proceso como competidores. Por el contrario, esta situación deja en evidencia la forma en que coordinaban su comportamiento en el mercado desde las primeras etapas.

Esta Superintendencia reitera que la participación de una empresa como proponente en un determinado proceso de selección debe ser el resultado de una decisión autónoma e independiente, la cual debe ser tomada previo análisis interno de las condiciones técnicas y económicas exigidas por la Entidad contratante, y la capacidad del posible proponente de cumplirlas. En este sentido, cada oferente, como competidor independiente, es el encargado de adelantar sus propias gestiones para, por ejemplo, estructurar las posibles figuras asociativas que le permitan cumplir las condiciones de cada proceso. Así, no puede ser de ninguna manera aceptable que dos futuros o actuales competidores se colaboren en la estructuración de sus ofertas y en la definición de la estrategia que utilizará cada uno para presentarlas, aparentando independencia pero en realidad poniendo en marcha una coordinación contraria a los principios de la libre competencia.

Las declaraciones de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), que se presentan como una prueba directa de la existencia de coordinación entre los investigados, fueron confirmadas por **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos), quien en declaración del 6 de diciembre de 2019 afirmó que **AVINCO** se presentó en consorcio con **PROTECO** en diferentes procesos de selección toda vez que **EDER ZABALETA ROJAS** se lo había solicitado:

"Delegatura: ¿Usted con quién constituyó esos procesos en los que se presentó al **INVÍAS**?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Eh, el consorcio de la...y pues que está aquí en la referencia se constituyó con **PROTECO**.

Delegatura: ¿Y quién es **PROTECO**? ¿Por qué usted lo eligió como su socio para irse en consorcio?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: A ver, a mí me llamaron, me dijeron que necesitaban un apalancamiento...

Delegatura: ¿Quién lo llamó?

¹¹⁴ Folio 666 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 39:48

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: [EDER ZABALETA ROJAS], que necesitaba...que había una empresa que necesitaba un apalancamiento financiero que **AVINCO** lo tenía, pues nosotros estábamos en una situación ahí como crítica financiera en ese momento, entonces pues él lo sabía y nos tuvo en cuenta para presentarnos en esa licitación. Que si podíamos colaborar en el porcentaje que ellos necesitaban de apalancamiento financiero para completar la propuesta.

Delegatura: O sea ¿[EDER ZABALETA ROJAS] puso en contacto a **AVINCO** y a **PROTECO**?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Sí señora.

Delegatura: ¿Y [EDER ZABALETA ROJAS] de dónde conocía a **PROTECO**? ¿Por qué los puso en contacto?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Se supone que, como es amigo mío, él es amigo de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ], ¿sí? Son amigos.

Delegatura: Entonces [EDER ZABALETA ROJAS] le presentó a **PROTECO** y ¿cómo decide finalmente usted conformar el consorcio con ellos?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Pues dijimos sí, presentémonos. Y ya.

Delegatura: O sea ¿sin conocer a la empresa? ¿Porque estaba [EDER ZABALETA ROJAS] de por medio?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: Sí, porque [EDER ZABALETA ROJAS], digamos que es la persona que yo confío en él. O sea, es de confianza, es de mucha confianza, entre nosotros con [EDER ZABALETA ROJAS]. Entonces, '¿usted lo conoce a él?' 'sí, es mi amigo', a listo entonces presentémonos. Ya.

Delegatura: Señor José Orlando, usted acabó de mencionar un tema de un apalancamiento. ¿Cuál era la empresa que necesitaba el apalancamiento? ¿**AVINCO** o **PROTECO**?

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS: **PROTECO** le faltaba una partecita de parte financiera¹¹⁵.

Como se observa, **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) reiteró que la conformación de los consorcios por medio de los cuales **PROTECO** y **AVINCO** participaron en cuatro (4) de los seis (6) procesos de selección investigados en la presente actuación administrativa, fue gestionada por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), quien en el marco de la coordinación que mantenían las empresas investigadas, le ayudó a buscar un tercero con el que pudiera cumplir los requisitos financieros de los respectivos pliegos de condiciones.

De hecho, existen pruebas en el Expediente que dan cuenta de que la colaboración que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) prestaba a **PROTECO** no se limitaba simplemente a ponerlo en contacto con **AVINCO**, sino que tenía una participación activa en la estructuración y formación de los consorcios que serían constituidos para la presentación de ofertas. Como ejemplo de lo anterior, se encuentra el correo electrónico que remitió **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** el 22 de julio de 2017, en el cual le informaba los porcentajes de participación de las sociedades que integrarían el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**:

¹¹⁵ Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 14:02.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 64

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 21. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 22 de julio de 2017

From: PROTECO INGENIERIA SAS <protecoingenieria@gmail.com>
Sent: 7/22/2017 12:22:55 PM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL
Attachments: CARACTERISTICAS CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE.xlsx; PLIEGO CONDICIONES DEFINITIVO.pdf

EL CONSORCIO SE LLAMARA
CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE
PROTECO INGENIERIA SAS - 95%
AVINCO LTDA - 5%

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 09-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Bandeja de entrada\SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL

Como se observa, DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) compartía información confidencial con EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) de la forma como estaría conformado el consorcio que PROTECO constituiría con AVINCO, con el objetivo de que EDER ZABALETA ROJAS colaborara con el cálculo de la capacidad residual necesaria para presentar la oferta. Dado que dicho ejercicio debe ser realizado de manera previa a tomar la decisión de participar en un proceso de selección, no cabe duda que EDER ZABALETA ROJAS prestaba una colaboración activa en la estructuración inicial del consorcio y en el análisis de su capacidad para participar en el respectivo proceso de selección, lo cual iba más allá de poner en contacto a sus futuros competidores.

De igual forma, existe evidencia de que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) gestionaba los documentos que eran necesarios para la conformación de los consorcios entre PROTECO y AVINCO. Al respecto, se encontró el correo electrónico del 27 de abril de 2017, en el cual EDER ZABALETA ROJAS recibía de parte de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos)¹¹⁶ el acta de la junta de socios de AVINCO por la cual se autorizó la conformación del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO, así como otros documentos necesarios para la presentación de la propuesta. Como quedó visto, estos documentos fueron enviados a EDER ZABALETA ROJAS porque fue la persona que gestionó la conformación del consorcio entre AVINCO y PROTECO:

ESPACIO EN BLANCO

¹¹⁶ Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 18:49.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 22. Correo electrónico de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 27 de abril de 2017

From: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
Sent: 27/26/17 3:04:05 PM -0500
To: DVG Osima <osimad@avincos.com>
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
Attachments: ACTA DE SOCIOS No.152 INVIAS 028-2017.pdf; PARAFISCALES avinco.pdf; RUT AVINCO 2015.pdf; BALANCE GENERAL.pdf; Notas.pdf; PVG.pdf; ANEXO 1A-EXPERIENCIA YR AVINCO.doc; ANEXO 2 - CAPACIDAD TÉCNICA AVINCO.doc; SALDO CONTRATOS EN EJECUCIÓN AVINCO.doc; TP WILSON.pdf; VIGENCIA WILSON AVILA 15-03-2017.pdf; CEDULA ORLANDO.pdf

----- Forwarded message -----
From: DIANA ROCÍO GUARNIZO <guarnid84@gmail.com>
Date: El jue, 27 de abr. de 2017 a las 3:03 p.m.
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>

Te debo:
1. Cámara de Comercio
2. RUP
3. Certificación y dictamen de los estados financieros
El RUP queda en firme hasta el 9 de mayo, pero como la licitación se cierra el 11 yo te lo envío el 10.
Los otros documentos estoy pendiente que me los envíen de Avinco porque no los tengo.

Cordialmente,
Arg. Diana Rocío Guarnizo Orjuela
Especialista en Gestión Integral de Oficinas
Enviado con Gmail Mobile

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: DOCUMENTOS AVINCO (recuadro y subrayas rojo fuera de texto original).

De esta forma, queda en evidencia que los investigados, en virtud de sus relaciones de cercanía existentes y que fue ampliamente expuesta en el presente acto administrativo, se coordinaban desde las primeras etapas de los procesos de selección, al punto que el representante de DVG gestionaba todo lo necesario para que su futuro competidor, PROTECO, pudiera participar en los mismos.

Dicho comportamiento, lejos de ser el esperado entre dos competidores en el mercado, evidencia una clara estrategia de coordinación en la adjudicación del contrato. Lo anterior para este Despacho es una muestra inicial de cómo en cuatro (4) de los seis (6) procesos investigados en la presente actuación administrativa, los investigados coordinaban su comportamiento. No obstante, a continuación se presentarán pruebas adicionales para la totalidad de los procesos de selección investigados, que reforzarán la posición de esta Superintendencia respecto a la comisión de conductas anticompetitivas en los mismos.

- Licitación pública No. LP-DO-SMF-028-2017 adelantada por el INVÍAS

El proceso de selección referido¹¹⁷ tenía como objeto el "mantenimiento del Río Truandó. Cuenca del Río Atrato en el municipio de Riosucio. 10 departamento del Chocó". Su presupuesto oficial ascendía a \$1.610.331.715.

De las pruebas que obran en el Expediente se desprende el comportamiento coordinado entre DVG y PROTECO, facilitado por los elementos anteriormente mencionados, desde el momento en que se estaban estructurando las propuestas que presentaron estas empresas como aparentes competidores e incluso hasta después de la adjudicación del contrato correspondiente.

Así, se evidenció que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitó una póliza de cumplimiento de la oferta en favor de DVG, su competidor, con el fin de que esta compañía

¹¹⁷ Folio 341 del cuaderno público No. 2. Del Expediente :Inspección al SECOP/LP-DO-SMF-028-2017AA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28364481

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 66

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

podiera participar en el proceso. De hecho, llama la atención que la solicitud analizada se realizó mediante una cuenta de correo institucional de **DVG**, a pesar de ser firmada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**.

El correo electrónico analizado tuvo lugar tiempo después de la cesión de las acciones de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** en **DVG**, por lo que el hecho que aún hiciera uso de un correo institucional de esta compañía para la solicitud de documentos en favor de **PROTECO** evidencia la constante coordinación que se mantenía entre estas dos compañías en el desarrollo de sus funciones, así como el ya mencionado control competitivo que seguía manteniendo **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre ambas empresas y que se encontraba ejerciendo con el fin de materializar la coordinación entre los investigados.

Imagen No. 23. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitando póliza en favor de DVG

From:	DVG INGENIERIA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>
Sent:	4/19/2017 4:41:19 PM -0500
To:	"Julioth Gonzalez, Asesor Comercial Javier Paz Suarez" <asesor2001@javierpaz.com>
Subject:	SOLICITUD DE POLIZA URGENTE LP-DO-SMF-028-2017
Attachments:	ANEXO TECNICO.pdf; PREPUESTOS DE CONDICIONES.pdf; PRESUPUESTO OFICIAL.xls; 1 EXPERIENCIA EN OBRAS DVG INGENIERIA SAS DESTRONQUE.xls; 2. CONTRATO N° 1430 DE 2014 - PUERTO ASIS.pdf; 3. CONTRATO N° 1336 DE 2015 - ISCUANDE.pdf; 4. CONTRATO N° 1023 DE 2016 - PUERTO ASIS.pdf
POR MEDIO DEL PRESENTE Y CON EL ANIMO DE IR PRESENTANDO ANTE LAS DIFERENTES COMPAÑIAS EL PROCESO DEL ASUNTO; MUY RESPETUOSAMENTE ME PERMITO HACER ENTREGA DE LOS DOCUMENTOS ADJUNTO.	
ES DE ACLARAR QUE DVG INGENIERIA SAS, CUMPLE CON TODOS Y CADA UNO DE LAS CONDICIONES.	
CORDIALMENTE,	
DANIEL VELASCO GONZALEZ DVG INGENIERIA S.A.S.	

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\jc.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-WEB-EDER_VELASCO\DATOS/dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Ra/z - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/SOLICITUD DE POLIZA URGENTE LP-DO-SMF-028-2017 (recuadro y subrayas rojo fuera de texto original).

En el mismo sentido, el 27 de abril de 2017, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) recibió un correo electrónico de **DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA** (asistente de **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS**, representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos)¹¹⁸. En ese correo electrónico se anexó el acta de la junta de socios de **AVINCO** por la cual se autorizó la conformación del **CONSORCIO FLUVIAL**, integrado por **PROTECO** y **AVINCO**, así como otros documentos necesarios para la presentación de la propuesta. Como quedó visto anteriormente, estos documentos fueron enviados a **EDER ZABALETA ROJAS** porque fue la persona que gestionó la conformación del consorcio entre **AVINCO** y **PROTECO**, a pesar de ser el accionista y representante legal suplente de una empresa que competiría con dicho consorcio por la obtención del contrato a adjudicar.

¹¹⁸ Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 18:49.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 24. Correo electrónico de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 27 de abril de 2017

From: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Sent: 27/2017 3:04:25 PM -0500
To: DVG Oficina <dvgingenieriasas@gmail.com>
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
Attachments: ACTA DE SOCIOS, No 132 INVIAS 028-2017.pdf, PARAFISCALES avinco.pdf, RUT AVINCO 2015.pdf, BALANCE GENERAL.pdf, Notas.pdf, PYO.pdf, ANEXO 1A-EXPERIENCIA KR AVINCO.docx, ANEXO 2 - CAPACIDAD TÉCNICA AVINCO.docx, SALDO CONTRATOS EN EJECUCIÓN AVINCO.docx, TP WILSON.pdf, VIGENCIA WILSON AVILA 15-03-2017.pdf, CEDULA ORLANDO.pdf

----- Forwarded message -----
From: DIANA ROCÍO GUARNIZO <guarnidi84@gmail.com>
Date: El jue, 27 de abr. de 2017 a las 3:03 p.m.
Subject: DOCUMENTOS AVINCO
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>

Te debo:

1. Cámara de Comercio
2. RUP
3. Certificación y dictamen de los estados financieros

El RUP queda en firme hasta el 9 de mayo, pero como la licitación se cierra el 11 yo te lo envío el 10.
Los otros documentos estoy pendiente que me los envíen de Avinco porque no los tengo.

Cordialmente,
Arg. Diana Rocio Guarnizo Orjuela
Especialista en Gerencia Integral de Obra

Enviado con Gmail Mobile

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE[Gmail]/Enviados/Fwd: DOCUMENTOS AVINCO (recuadro y subrayas rojo fuera de texto original).

Los anteriores elementos de prueba dan cuenta de que los investigados que participarían como competidores en el mencionado proceso de selección, en el marco de sus relaciones de cercanía y de subordinación competitiva, se colaboraron mutuamente para la obtención de documentos que los habilitarían para la presentación de ofertas, lo cual culminó con un comportamiento coordinado en el proceso de selección objeto de estudio.

Adicionalmente, se demostró que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) gestionó para este proceso la obtención de la póliza de seriedad de la oferta para el CONSORCIO FLUVIAL, del que hacía parte PROTECO. Sin embargo, lo que llama la atención es que esta gestión la realizó mediante el correo electrónico de 10 de mayo de 2017, en el cual copió a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG), además de que en el texto del documento indicó que la solicitud se presentaba "DE PARTE DEL DOCTOR EDER ZABALETA".

ESPACIO EN BLANCO

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 68

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 25. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitando póliza de seriedad de la oferta de CONSORCIO FLUVIAL, enviado con copia a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG)

From: PROTECO INGENIERIA SAS <protecoingenieria@gmail.com>
Sent: 5/10/2017 12:24:35 AM -0500
To: Angelica Sasabida <casabida@cysseguros.com> EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: SOLICITUD DE GARANTIA SERIEDAD OFERTA
Attachments: 01. DOCUMENTO DE CONFORMACIÓN DE CONSORCIO.pdf; 02. C.C REPRESENTANTE LEGAL PROTECO.pdf; 03. C.C REPRESENTANTE LEGAL AVINCO.pdf; 04. ERI PROTECO INGENIERIA SAS.pdf; 05. ERI AVINCO LTDA.pdf; 06. RUT PROTECO INGENIERIA SAS.pdf; 07. RUT AVINCO LTDA.pdf; 08. ESTADOS FINANCIEROS PROTECO INGENIERIA SAS.pdf; 09. ESTADOS FINANCIEROS AVINCO LTDA.pdf; 10. EXPERIENCIA OBRA PUERTO ARICA.pdf; 11. EXPERIENCIA OBRA PUERTO ASIS.pdf; 12. EXPERIENCIA OBRA SATINGA.pdf; 13. PLIEGO CONDICIONES DEFINITIVO.pdf; 14. ANEXO TECNICO.pdf; 15. ADENDO N° 1.pdf

ANGELICA BUENOS DIAS

DE PARTE DEL DOCTOR EDER ZABALETA, TE REMITO ESTOS DOCUMENTOS PARA LA EXPEDICION DE LA GARANTIA DE SERIEDAD DE OFERTA DEL PROCESO DEL INVÍAS LP-DO-SMF-028-2017 A NOMBRE DEL CONSORCIO FLUVIAL.

CORDIALMENTE,

DANIEL VELASCO GONZALEZ

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/SOLICITUD DE GARANTIA SERIEDAD OFERTA (recuadros rojos fuera de texto original).

Ahora bien, de manera coherente con el esquema de coordinación analizado, se encontró probado que fue ELIANA MARCELA HURTADO SÁNCHEZ, quien para la fecha de los hechos estaba vinculada laboralmente con DVG¹¹⁹, la encargada de entregar la propuesta del CONSORCIO FLUVIAL, conformado por PROTECO y AVINCO. Así se acredita mediante el acta de entrega correspondiente.

Imagen No. 26. Acta de entrega de propuestas en el proceso de licitación pública No. LP-DO-SMF-028-2017 del INVÍAS

MODALIDAD DEL PROCESO: LICITACIÓN PÚBLICA No. LP-DO-SMF-028-2017									
N°	CONTRATANTE	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA	FECHA
1	Consortio Pilcos	4	1	1	1	1	11-05-18	Carlos Alberto Sanchez	Quinto, Chono
2	Consortio Nias Rumbos	4	1	CO	CO	1	11-05-18	Comito Lizaso	Nativa, Chono
3	Consortio Aca	4	1	1	1	1	11-05-18	Antonio Que Yana	Jose Hinojosa
4	Consortio Rio Seco R.R.	4	1	1	1	1	11-05-18	Don Comito Silva	Jose Hinojosa
5	Consortio Huancabamba	4	1	1	1	1	11-05-18	Faciel Dor	John Dor
6	Consortio Fluvial	4	1	1	1	1	11-05-18	Daniel Velasco G.	Chono, Hurocho
7	DVG Ingeniería SAS	4	1	1	1	1	11-05-18	Eder Zabaleta Rojas	Periberto Zabaleta

Fuente: Folios 341 del cuaderno público No.2 del Expediente: Inspección al SECOPLP-DO-SMF-028-2017\DA_PROCESO_17-1-171760_124002002_28790430 (recuadros rojos fuera de texto original).

Incluso, se demostró que la coordinación entre las empresas investigadas se extendió a la ejecución del contrato derivado del proceso de selección objeto de estudio, pues, entre agosto de 2017 y abril de 2018 —el periodo durante el cual CONSORCIO FLUVIAL ejecutó el contrato adjudicado—, DVG realizó una serie de préstamos al consorcio enunciado con el fin de cubrir gastos operacionales como pagos de nómina, viáticos, compra de tiquetes aéreos, pólizas, caja menor, costos por ejecución de obra, entre otros¹²⁰.

¹¹⁹ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. \2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares.ExportExcel2017.

¹²⁰ Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. \2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares.ExportExcel2017 y ExportExcel2018.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC, HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En conclusión, DVG y PROTECO, esta última mediante **CONSORCIO FLUVIAL**, concurren al proceso de selección estudiado simulando competencia, cuando en realidad su participación fue coordinada a lo largo del proceso e incluso después de la adjudicación del contrato. Como quedó demostrado, las dos empresas investigadas se apoyaron mutuamente para cumplir los requisitos habilitantes y, de esa manera, promover su participación concurrente. También gestionaron conjuntamente la elaboración y entrega de las propuestas y, una vez obtenida la adjudicación, actuaron de manera coordinada para efectos de ejecutar el contrato correspondiente.

Adicionalmente, quedó en evidencia que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** ejerció su capacidad de influencia sobre las empresas bajo su control competitivo, con el objetivo de materializar así la coordinación entre las mismas en el presente proceso de selección.

Para este Despacho, no hay dudas que ese tipo de conductas responden a un claro escenario de coordinación entre agentes de mercado, el cual se presenta como idóneo para vulnerar los principios de libre competencia y concurrencia que rigen los mercados nacionales, especialmente los relacionados con la contratación estatal.

- Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 adelantada por el INVÍAS

El proceso de selección referido¹²¹ tenía como objeto el "mantenimiento y rehabilitación de los muelles de carga y de pasajeros de San José del Guaviare, departamento de Guaviare" y su presupuesto oficial ascendía a \$483.278.443. Como puede apreciarse en la imagen a continuación, en este proceso participaron como proponentes independientes DVG y el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**, integrado por PROTECO y AVINCO.

Imagen No. 27. Participantes en el proceso de selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 adelantada por el INVÍAS

OBJETO: MANTENIMIENTO Y REHABILITACION DE LOS MUELLES DE CARGA Y DE PASAJEROS DE SAN JOSE DEL GUAVIARE, DEPARTAMENTO DE GUAVIARE.		FECHA: 03 DE AGOSTO DE 2017		PROCESO: SA-MC-DO-SMF-021-2017					
Proponente	Porcentaje de participación	Capital social	No. de socios	Forma jurídica	Identificación	Estado	Activo	Activo	Activo
6	CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE		211	SEQUEPO	109388	N/A	OK	N/A	N/A
	PROTECO INGENIERIA SAS	50%							
	AVINCO LTDA	50%							
7	CONSORCIO RIO SAN JOSE		105	ESTADO	2144101231436	N/A	OK	N/A	N/A
	JULIANA HONORATO AMADO	70%							
	RODOLFO ANDRES GOMEZ CARO	30%							
8	DVG INGENIERIA SAS		77	SEQUEPO	104178	N/A	OK	N/A	N/A
	CONSORCIO GUAVIARE								
	TECORY SAS	60%							
9	CONSORCIO GUAVIARE		104	ESTADO	2144101231436	N/A	OK	N/A	N/A
	PRO INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS	60%							
OBSERVACIONES: EL PROponente N° 4 NO PRESENTA GARANTIA DE SERIEDAD Y PRESENTA PROPOSTA TECNICA SIN FOLIO.									
*SE LE CORTA SE INDEFINICIONEN LA OFERTA DE PARTICIPACION EN LA MANEJO DE CARGA Y PASAJEROS DE LOS MUELLES DE CARGA Y PASAJEROS DE SAN JOSE DEL GUAVIARE.									

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPI SA-MC-DO-SMF-021-2017 DA_PROCESO_17-11-6797600_124002002_31990539 (recuadros rojos fuera de texto original).

Sin embargo, también quedó acreditado el comportamiento coordinado entre los investigados, de acuerdo a los elementos probatorios que se pasan a detallar.

En efecto, se encontró el correo electrónico del 22 de julio de 2017, por medio del cual PROTECO remitió a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), tan solo tres

¹²¹ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPI SA-MC-DO-SMF-021-2017 AA_PROCESO_17-11-6797600_124002002_31243604.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 70

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

días después de la publicación del pliego de condiciones definitivo y antes de la fecha en que se había programado la entrega de las propuestas, una comunicación en la cual se indicó al representante legal suplente y accionista de DVG las características financieras con las que se conformaría el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**, integrado por **PROTECO** y **AVINCO**, con el objetivo de que prestara su colaboración con el cálculo de la capacidad residual necesaria para presentar oferta.

Imagen No. 28. Correo electrónico de PROTECO a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 22 de julio de 2017

From: PROTECO INGENIERIA SAS <protecoingenieria@gmail.com>
Sent: 7/22/2017 12:22:55 PM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
Subject: SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL
Attachments: CARACTERISTICAS CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE.xlsx; PLIEGO CONDICIONES DEFINITIVO.pdf

EL CONSORCIO SE LLAMARA

CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE

PROTECO INGENIERIA SAS - 95%
AVINCO LTDA - 5%

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Bandeja de entrada\SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL

Como puede apreciarse en el asunto del correo exhibido, el propósito de la remisión del mensaje era que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) realizara los cálculos para verificar si la estructura plural con la cual iba a presentarse **PROTECO**, su supuesta competidora, cumplía con los requisitos habilitantes indicados en el pliego de condiciones. El correo electrónico contenía como adjunto un documento en *Excel* con un ejercicio matemático para la verificación de los requisitos habilitantes exigidos dentro del pliego de condiciones: experiencia general y específica, capacidad financiera y capacidad residual para la contratación de obras.

Debe llamarse la atención que lo anterior da cuenta del intercambio de información que tuvo lugar entre supuestos competidores, así como la colaboración para que **DVG** determinara si **PROTECO** podía presentarse en un consorcio con **AVINCO**. Para este Despacho no hay duda que se trata de comportamientos que solo hallan explicación en un contexto de coordinación ilegítimo entre empresas que participan como competidores en un mismo proceso de selección.

Adicionalmente, debe reiterarse que, como fue expuesto anteriormente en la presente Resolución, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) fue el encargado de coordinar y gestionar la conformación del consorcio por medio del cual **PROTECO** y **AVINCO** participarían en este proceso, a pesar de que **DVG** también presentaría oferta con el ánimo de resultar adjudicatario. Elemento este que reitera la coordinación entre empresas competidoras en el marco de un proceso de selección, con el ánimo de burlar los principios de la libre competencia.

- Selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-027-2017 adelantada por el INVÍAS

Este proceso de selección¹²² tenía como objeto el "mantenimiento, administración, organización y operación del muelle de Victoria Regia Leticia, Amazonas" y su presupuesto oficial era de \$328.570.957. En esta ocasión también participaron como aparentes competidores **DVG** y un consorcio integrado por **PROTECO** y **AVINCO**.

¹²² Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. :Inspección al SECOP\SA-MC-DO-SMF-027-2017\PCD_PROCESO_17-11-7111268_124002002_34271778.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 29. Participantes en el proceso de selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-027-2017 adelantada por el INVÍAS

SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA No. SA-MC-DO-SMF-027-2017				
OBJETO: "MANTENIMIENTO, ADMINISTRACIÓN, ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DEL MUELLE DE VICTORIA REGIA LETICIA, AMAZONAS"				
FECHA: 10 DE NOVIEMBRE DE 2017.				
1. PROPUESTAS RECIBIDAS				
De acuerdo con la información contenida en el registro del cierre del concurso de méritos realizado el día 23 de octubre de 2017, se tiene que se recibieron propuestas de los siguientes oferentes:				
Nº DE PROPUESTA	PROponente	Integrantes	Puntaje	PAIS DE ORIGEN
1	CONSORCIO MONTAJES CAS INGENIEROS	CARLOS ALBERTO SANCHEZ L.	50	COLOMBIA
		CAS INGENIEROS S.A.S.	50	COLOMBIA
2	CONSORCIO FLUVIAL LETICIA	PROTECO INGENIERIA S.A.S.	95	COLOMBIA
		AVINCO L.T.D.A.	5	COLOMBIA
3	CONSORCIO RIO AMAZONAS	TECHNY S.A.S.	50	COLOMBIA
		HO INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.	50	COLOMBIA
4	UNION TEMPORAL VICTORIA REGIA	FERNANDO JIMENEZ ROA	75	COLOMBIA
		AJULI FERNANDO VELANDIA M.	25	COLOMBIA
5	CONSORCIO VICTORIA REGIA	JULIANA HERRILLO AMADO	95	COLOMBIA
		FIDEL DIAZ RESTREPO	5	COLOMBIA
6	DVG INGENIERIA S.A.S.	N/A		COLOMBIA
7	PILOTAJES Y CONSTRUCCIONES DEL PACIFICO "PILOCO L.T.D.A."	N/A		COLOMBIA

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. : Vnspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_34962821 (recuadros rojos fuera de texto original).

Una vez más, en este proceso quedó acreditado el comportamiento coordinado entre los agentes de mercado investigados, esto es DVG, PROTECO y DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, como se evidencia a continuación.

En efecto, el 20 de noviembre de 2017 a las 12:48 a.m., esto es, muy pocas horas después de que el INVÍAS publicara en el SECOP la respuesta del Comité Evaluador a las observaciones presentadas al informe de evaluación¹²³, EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) recibió un mensaje desde la cuenta de correo electrónico dvgingenieriasas@gmail.com, la cual siguió siendo utilizada por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) incluso después de haber cedido su participación en la compañía. En dicha comunicación, cuyo objeto era "pilas con esto", DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) informó lo siguiente: "MIRA LA CAGADA QUE COMETIÓ ANTONIO [HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos)], PIENSA QUÉ PODEMOS HACER".

ESPACIO EN BLANCO

¹²³ Según el SECOP, la publicación de las respuestas a las observaciones al informe de evaluación se hizo el 20 de noviembre de 2017 a las 7:58 p.m.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 72

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 30. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 20 de noviembre de 2017

From: DVG INGENIERIA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>
Sent: 11/20/2017 12:48:31 AM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: pilas con esto
Attachments: 37. DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35812909.pdf

MIRA LA CAGADA QUE COMETIO ANTONIO, PIENSA QUE PODEMOS HACER

DVG INGENIERIA S.A.S.

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/imap/pilas con esto

Ahora bien, el anterior mensaje venía acompañado de unos adjuntos que dan cuenta del error enunciado en el cuerpo del correo electrónico y que correspondían a un documento encaminado a subsanar un requerimiento hecho al **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA** en el proceso de selección en cuestión, en el cual se pidió presentar la constancia de que el representante legal de **AVINCO** estaba autorizado para obligar a la compañía en el marco del proceso de selección, y el cual había sido radicado ante el **INVIAS** el 1 de noviembre de 2017.

Sin embargo, el error al que se hacía referencia por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) consistía en que el documento de subsanación fue firmado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) como "representante legal de **DVG**", empresa que ni siquiera hacía parte del **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**, y que por el contrario, actuaba dentro del proceso de selección como un competidor independiente. A continuación, se observa la equivocación en comento en el siguiente documento:

ESPACIO EN BLANCO

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL-AD-HOG- HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOG

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 31. Documento suscrito por EDER ZABALETA ROJAS como "representante legal de DVG" para subsanar requerimiento hecho al CONSORCIO FLUVIAL LETICIA



CONSORCIO FLUVIAL LETICIA



Bogotá D.C., 01 de noviembre de 2017.

Señores
INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN
Carrera 58 No. 26-60 - CAN
Bogotá, D.C.

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS
ASUNCIÓN 237904
REFERENCIA 01/11/2017 02:02:32 pm
DEPENDENCIA DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN

REFERENCIA : Proceso de Selección No. SA-MC-DO-SMF-027-2017, cuyo objeto es "MANTENIMIENTO, ADMINISTRACIÓN, ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DEL MUELLE DE VICTORIA REGIA LETICIA, AMAZONAS".

ASUNTO : Solicitud de Subseñalación.

Respetados señores:

Reciben un cordial saludo, por medio de la presente nos permitimos responder a la solicitud de subseñalación del proceso en asunto, realizada a través del alcortante publicado en el SECOP el día 31 de octubre de 2017, en la que la entidad peticionante solicita, con respecto al proponente CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

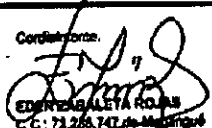
• PROPONENTE No 2 CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

Verificada la propuesta se evidencia que el representante legal del consorcio AVINCO LTDA, tiene obligaciones para con el proceso en asunto, realizando a través del alcortante publicado en el SECOP el día 31 de octubre de 2017, en la que la entidad peticionante solicita, con respecto al proponente CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

Por lo anterior, se adjunta al proponente, allega la documentación antes mencionada, en las condiciones exigidas, en el pliego de condiciones.

En respuesta a su solicitud de subseñalación y en concordancia con lo anteriormente descrito, se adjunta ACTA DE SOCIOS otorgando poder amplio y suficiente al representante legal de AVINCO LTDA para contraer obligaciones a nombre de la misma dentro del proceso de selección SA-MC-DO-SMF-027-2017.

Cordillón:



EDER ZABALETA ROJAS
C.C. 73.266.747 de Manizque
Representante Legal
DVG INGENIERIA S.A.S
Anexo lo enunciado en 2 folios.

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No.2 del Expediente: Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017/DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35244349 (recuadro rojo fuera de texto original).

Como lo mencionó la Delegatura en su Informe Motivado, las pruebas exhibidas hasta este punto acreditan de manera clara y directa la coordinación entre los investigados en el marco del proceso de selección analizado. De un lado, la comunicación por correo electrónico evidencia el trabajo colaborativo entre las dos compañías y su controlante, con el fin de que las mismas participaran en el proceso de manera coordinada. Del otro, el hecho que funcionarios de alguna de las empresas que conformaba el CONSORCIO FLUVIAL LETICIA hubiera incluido, al final del documento para subsanar un requerimiento de la entidad contratante, la firma del representante legal de una empresa competidora en el mismo proceso, da cuenta de la existencia de una coordinación entre los involucrados inaceptable a la luz del régimen de libre competencia.

De hecho, lo anterior se presentó como una prueba tan evidente de la coordinación entre los investigados, que incluso un tercer proponente en el proceso de selección bajo investigación solicitó el rechazo de las propuestas presentadas por DVG y CONSORCIO FLUVIAL LETICIA, con fundamento en el numeral 6.5 del pliego de condiciones¹²⁴. Para sustentar su solicitud, argumentó que

¹²⁴ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017/PCD_PROCESO_17-11-7111268_124002002_34271778. "6.5. RECHAZO DE LAS PROPUESTAS (...) 3) Si se establece que la persona natural, o jurídica, o miembro de proponente plural presentaron más de una propuesta para el mismo módulo, cuando se presente esta situación todas las ofertas que incurran en esta situación serán rechazadas".

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 74

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"están concursando simultánea y conjuntamente el Consorcio Fluvial Leticia (...) como proponente No. 2 y DVG Ingeniería SAS, como proponente No. 6, en la cual el representante legal de DVG Ingeniería SAS, está firmando por el Consorcio Fluvial Leticia". A continuación se presenta la observación referida.

Imagen No. 32. Observación presentada por un tercer proponente solicitando el rechazo de las ofertas de DVG y CONSORCIO FLUVIAL LETICIA

1.1 OBSERVACIONES JURIDICAS.

El señor Javier Roa Sotazar, mediante documento radicado en Inviás con número 222376 de 16 de noviembre de 2017, manifiesta que el proponente No. 2 Consorcio Fluvial Leticia aportó documento de subsanabilidad firmado por el señor Eder Zabaleta Rojas, quien es representante legal de la empresa DVG INGENIERIA S.A.S, empresa que participe igualmente en el presente proceso de selección.

Así mismo indica que se proceda al rechazo de la propuesta No. 2 "Consorcio Fluvial Leticia y No. 6 DVG INGENIERIA S.A.S, en atención a que la empresa DVG y AVINCO son propiedad del señor DANIEL VELASCO GONZALEZ, demostrando que ambas propuestas están claramente relacionadas en un contubernio para concursar en un mismo proceso con una falta total de transparencia.

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017ADA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35993470*

Dado que la solicitud de rechazo presentada no fue acogida y DVG¹²⁵ resultó adjudicataria de este proceso de selección, el 23 de noviembre de 2017 un proponente solicitó al INVÍAS "la revocatoria del acto de adjudicación del proceso No. SA-MC-DO-SMF-027-2017"¹²⁶. El fundamento fue que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) era propietario de PROTECO y de DVG. Esa solicitud, como lo resaltó la Delegatura, fue desestimada por el INVÍAS mediante oficio del 6 de diciembre de 2017, pues la entidad consideró que la solicitud no estaba adecuadamente sustentada y que no era posible encuadrar el comportamiento cuestionado por el proponente en alguna de las causales de rechazo de las propuestas, contenidas en el numeral 6.5 del pliego de condiciones¹²⁷.

Sin embargo, este Despacho reitera que lo relevante de este aspecto, desde el punto de vista del derecho de la competencia, es que la coordinación entre los investigados en relación a su comportamiento en el proceso de selección bajo investigación fue tan evidente, que los mismos proponentes y participantes del proceso buscaron por diferentes medios que las propuestas presentadas por DVG y PROTECO, este último a través del CONSORCIO FLUVIAL LETICIA, fueran rechazadas.

- Selección Abreviada No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 adelantada por el INVÍAS

El proceso tenía como objeto la "[c]onstrucción del muelle fluvial de Piñuña Negro, departamento de Putumayo" y su presupuesto oficial ascendía a \$655.767.137¹²⁸. En este proceso participaron como aparentes competidores DVG y PROTECO. El material probatorio que acredita el comportamiento coordinado entre estas empresas se presenta a continuación.

El 9 de abril de 2018, un día antes del cierre de la convocatoria del proceso de selección analizado, desde la cuenta de correo electrónico consorciofluvialjunin01@gmail.com se envió un correo electrónico a HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de

¹²⁵ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017ADA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_36354365*.

¹²⁶ La Delegatura advirtió en su Informe Motivado que la para la fecha en que fue presentada la solicitud, aún no se había adjudicado el proceso de selección, pero ya se había publicado el orden elegibilidad. Pese a esta circunstancia la solicitud de rechazo de las propuestas de DVG y del CONSORCIO FLUVIAL LETICIA, se denominó por parte de su competidor como "revocatoria del acto de adjudicación".

¹²⁷ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-027-2017ADA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35993470*

¹²⁸ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-007-2018\3. PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO*.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

los hechos) y a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**). Mediante ese mensaje se solicitó a los funcionarios de **DVG** revisar las propuestas económicas que estaban adjuntas al correo, las cuales según el objeto del mensaje correspondían a las propuestas de **DVG** y **PROTECO**, e indicar si el valor allí establecido debía incrementarse o reducirse.

Imagen No. 33. Correo enviado desde CONSORCIO VIAL JUNIN a funcionarios de DVG para revisar propuestas económicas de DVG y PROTECO

From:

CONSORCIO VIAL JUNIN <consorciovialjunin01@gmail.com>

Sent:

4/9/2018 10:57:29 PM -0500

To:

Antonio Zabaleta <chazarza@hotmail.com>; EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>

Subject:

PRESUPUESTOS DVG INGENIERIA SAS Y PROTECO INGENIERIA SAS

Attachments:

PROPUESTA ECONOMICA PROTECO INGENIERIA SAS.xlsx; PROPUESTA ECONOMICA DVG INGENIERIA SAS.xlsx

AMIGOS POR FAVOR REVISAR Y DECIRME EDER SI SE LE SUBE O SE LE BAJA A LAS PROPUESTAS ECONOMICAS

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADO DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/PRESUPUESTOS DVG INGENIERIA SAS Y PROTECO INGENIERIA SAS

Como lo expresó el Informe Motivado, si bien en el texto de los documentos adjuntos al correo electrónico en cuestión se refirió un proceso de selección diferente, identificado con el No. **SA-DO-SMF-008-2018**, es evidente que se trató de un error de transcripción, pues una comparación entre el presupuesto oficial y la descripción de los ítems, unidad y cantidad incluidos en los documentos adjuntos, con los valores y cantidades referidas en el pliego de condiciones del proceso **SA-MC-DO-SMF-007-2018** del **INVÍAS**, evidencia una coincidencia exacta en todos los aspectos. Por lo tanto, para este Despacho tampoco caben dudas de que los proyectos de propuesta económica adjuntos en el correo presentado como prueba correspondían al objeto establecido para el proceso de selección analizado, esto es, la "construcción del muelle fluvial de Piñuña Negro, departamento de Putumayo".

En este orden de ideas, el hecho que se hubieran mandado a los funcionarios de **DVG** las propuestas que serían presentadas por esta compañía y por **PROTECO** en el proceso de selección bajo investigación, es una clara evidencia de que estas dos empresas coordinaban su comportamiento, desde las primeras etapas del proceso.

Por otro lado, se evidenció que el 10 de abril de 2018, un día después de la remisión de los documentos denominados "propuesta económica Proteco Ingeniería SAS.xlsx" y "propuesta económica DVG Ingeniería SAS.xlsx" al correo de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), **DVG** y **PROTECO** se presentaron como proponentes aparentemente independientes en el proceso analizado, tal y como se evidencia a continuación:

Imagen No. 34. Acta de entrega de propuestas en el proceso de licitación pública No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 del INVÍAS

		Instituto Nacional de Vías GESTIÓN CONTRACTUAL METADO DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS		CÓDIGO: ACONT-14	
		VERSIÓN: 3			
		PÁGINA: 1		DE 1	
MODALIDAD DEL PROCESO: Selección Abreviada No. SA-MC-DO-SMF-007-2018					
ORDEN	EMPRESA INTERESADA	FECHA DE RECEPCIÓN	HORA DE RECEPCIÓN	CONDOMINIO, REPRESENTANTE LEGAL	FECHA DE RECEPCIÓN DE LA PROPUESTA
1	Consorcio Muelle Cas	10-4-18	8:31	Carlos Alberto Sánchez L.	Sergio G. Mora Cárdenas
2	Consorcio Piñuña	10-4-18	9:05	Jubana Hernández	Alfonso E. Gue
3	Proteco Ingeniería SAS	10-4-18	9:10	Loredo, Segundo	Mathias A. 1013/43243
4	Pilco Ltd.	10-4-18	9:25	Cesar, Hernando Acosta	Adriana Acosta 80171343
5	DVG Ingeniería SAS	10-4-18	9:45	Eder Zabaleta	Heriberto Zabaleta

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. : Inspección al SECOPISA-MC-DO-SMF-007-2018ACTA DE CIERRE SA-MC-DO-SMF-007-2018 (Subraya rojo fuera de texto original).

Se pudo evidenciar que las propuestas económicas que **DVG** y **PROTECO** presentaron contenían el mismo error de digitalización en la identificación del proceso, pues en ambas se referenció el No. **SA-DO-SMF-008-2018**, como se observa a continuación:

RESOLUCIÓN (273323) DE 2020

HOJA Nº 76

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 35. Propuesta 1C, presentada por DVG en el proceso de licitación pública No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 del INVÍAS

1C

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS SUBDIRECCIÓN MAINTENIMIENTO Y PLANEACIÓN SELECCIÓN ADECUADA N° SA-MC-DO-SMF-007-2018 OBJETO: CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE FLUMINAL DE PÁJARA NEGRAS, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO							
N°	ITEM DE PAQUETE	ESPECIFICACIONES	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
1	1	P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LUMINARIOS Y LOCACIONES VÍA TERRESTRE	TÓN/KM	8,528.00	\$ 0.000.00	\$5,116,800.00
2	2	P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LUMINARIOS Y LOCACIONES VÍA FLUMINAL RIO PUTUMAYO, PÁJARA NEGRAS, PUERTO ASIS	TÓN/KM	1,200.00	\$ 2,000.00	\$2,400,000.00
3	3	P-2	ACARreo DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA TERRESTRE ENTRE LA PUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUMINAL	TÓN/KM	25,000.00	\$ 0.000.00	\$13,507,500.00
4	4	P-2	ACARreo DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA FLUMINAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DISPOSICIÓN (PUERTO ASIS- PÁJARA NEGRAS)	TÓN/KM	3,000.00	\$ 2,800.00	\$8,400,000.00
5	5	P-3	LOCALIZACIÓN, REPLANTEO Y CONTROL TOPOGRÁFICO DE LAS OBRAS	MES	1.00	\$ 8,500,000.00	\$8,500,000.00
6	600-1.1	600-1.2	EXCAVACIONES VARIAS EN CLASIFICACIÓN	M3	70.00	\$ 29,200.00	\$2,044,000.00
7	7	P-4	SUMINISTRO E HINCA DE PILOTE DE ACERO ESTRUCTURAL 17" (INCLUYE CONTROL DE HINCA Y REVISIÓN ESTRUCTURAL)	NL	143.00	\$ 5,100,000.00	\$7,393,000.00
8	8	P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE BARRICA DE ACERO	KG	16,889.00	\$ 2,132,700.00	\$35,999,500.00
9	9	P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE PASARELAS	KG	2,095.00	\$ 6,160,000.00	\$12,900,000.00
10	10	P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE ESTRUCTURAS DE APOYO (ESCALERA)	KG	1,800.00	\$ 6,160,000.00	\$11,088,000.00
11	11	P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE BARRAS Y ARREDORES DE ANCHURA	M	2.00	\$ 1,120,000.00	\$2,240,000.00
12	12	P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE DEFensas EN LLANTA PARA LA BARRICA FLUANTE	NL	12.00	\$ 615,000.00	\$7,380,000.00

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPSA-MC-DO-SMF-007-2018* PROPUESTAS ECONOMICAS SA-MC-DO-SMF-007-2018 (recuadro rojo fuera de texto original).

Imagen No. 36. Propuesta 5C, presentada por PROTECO en el proceso de licitación pública No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 del INVÍAS

5C

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS SUBDIRECCIÓN MAINTENIMIENTO Y PLANEACIÓN SELECCIÓN ADECUADA N° SA-MC-DO-SMF-007-2018 OBJETO: CONSTRUCCIÓN DEL PUENTE FLUMINAL DE PÁJARA NEGRAS, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO							
N°	ITEM DE PAQUETE	ESPECIFICACIONES	DESCRIPCIÓN	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
1	1	P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LUMINARIOS Y LOCACIONES VÍA TERRESTRE	TÓN/KM	8,528.00	\$ 0.000.00	\$4,264,000.00
2	2	P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LUMINARIOS Y LOCACIONES VÍA FLUMINAL RIO PUTUMAYO, PÁJARA NEGRAS, PUERTO ASIS	TÓN/KM	1,200.00	\$ 2,000.00	\$2,400,000.00
3	3	P-2	ACARreo DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA TERRESTRE ENTRE LA PUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUMINAL	TÓN/KM	25,000.00	\$ 0.000.00	\$13,507,500.00
4	4	P-2	ACARreo DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA FLUMINAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DISPOSICIÓN (PUERTO ASIS- PÁJARA NEGRAS)	TÓN/KM	3,000.00	\$ 2,800.00	\$8,400,000.00
5	5	P-3	LOCALIZACIÓN, REPLANTEO Y CONTROL TOPOGRÁFICO DE LAS OBRAS	MES	1.00	\$ 8,500,000.00	\$8,500,000.00
6	600-1.1	600-1.2	EXCAVACIONES VARIAS EN CLASIFICACIÓN	M3	70.00	\$ 29,200.00	\$2,044,000.00
7	7	P-4	SUMINISTRO E HINCA DE PILOTE DE ACERO ESTRUCTURAL 17" (INCLUYE CONTROL DE HINCA Y REVISIÓN ESTRUCTURAL)	NL	143.00	\$ 5,070,000.00	\$7,250,100.00
8	8	P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE BARRICA DE ACERO	KG	16,889.00	\$ 6,160,000.00	\$103,999,500.00
9	9	P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE PASARELAS	KG	2,095.00	\$ 6,160,000.00	\$12,900,000.00
10	10	P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE ESTRUCTURAS DE APOYO (ESCALERA)	KG	1,800.00	\$ 6,160,000.00	\$11,088,000.00

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPSA-MC-DO-SMF-007-2018* PROPUESTAS ECONOMICAS SA-MC-DO-SMF-007-2018 (recuadro rojo fuera de texto original).

Nótese además que tal error de transcripción se encontraba desde los documentos *Excel* que fueron remitidos a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) para su revisión a través del correo electrónico enviado desde la cuenta consorcioivialjunin01@gmail.com.

Debe mencionarse que si bien el formato que el INVÍAS subió al SECOP II para la presentación de la oferta económica contenía el error referido, de las cinco (5) propuestas económicas presentadas, solo las de DVG y PROTECO lo reprodujeron. En consecuencia, los otros tres (3) proponentes advirtieron el error en el formato de la entidad contratante y lo corrigieron, como puede observarse en las siguientes imágenes:

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 37. Propuestas 2C, 3C y 4C, presentada por PILOTAJES Y CONSTRUCCIONES DEL PACIFICO PILCO LTDA., CONSORCIO MUELLES CAS y CONSORCIO PIÑUÑA respectivamente en el proceso de licitación pública No. SA-MC-DO-SMF-007-2018 del INVÍAS

2C

		INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS						
		SUBDIRECCIÓN MARITIMA Y FLUVIAL						
		SELECCIÓN ABREVIADA No. SA-DO-SMF-007-2018						
OBJETO: "CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE FLUVIAL DE PIÑUÑA NEGRO, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO"								
PRESUPUESTO OFICIAL								
N°	ITEM DE PAGO	ESPECIFICACIONES		DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
		GENERAL	PARTICULAR					
1	1		P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VÍA TERRESTRE	TON/KM	8.528,00	\$ 893,00	\$3.074.100,00
2	2		P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VÍA FLUVIAL RÍO PUTUMAYO, PIÑUÑA NEGRO - PUERTO ASÍS	TON/KM	1.200,00	\$ 2.750,00	\$3.300.000,00
3	3		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA TERRESTRE ENTRE LA FUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUVIAL	TON/KM	23.025,00	\$ 800,00	\$18.057.000,00
4	4		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA FLUVIAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DISPOSICIÓN (PUERTO ASÍS-PIÑUÑA NEGRO)	TON/KM	3.500,00	\$ 2.750,00	\$9.625.000,00
5	5		P-3	LOCALIZACIÓN, REPLANTEO Y CONTROL TOPOGRÁFICO DE LAS OBRAS.	MES	1,00	\$ 6.850.899,00	\$6.850.899,00
6	600.11	600.13		EXCAVACIONES VARIAS EN CLASIFICAR	M3	30,00	\$ 20.240,00	\$604.800,00
7	7		P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE PLATE DE ACERO ESTRUCTURAL 12"	ML	145,00	\$ 538.838,00	\$77.131.510,00

3C

		INSTITUTO NACIONAL DE VIAS						
		SUBDIRECCION MARITIMA Y FLUVIAL						
		SELECCIÓN ABREVIADA No. SA-DO-SMF-007-2018						
		OBJETO: "CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE FLUVIAL DE PIÑUÑA NEGRO, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO ETAPA II"						
PRESUPUESTO OFICIAL								
Nº	ITEM DE PAGO	ESPECIFICACIONES		DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
		GENERAL	PARTICULAR					
1	1		P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VÍA TERRESTRE	TON/KM	8.528,00	\$ 800,00	\$5.118.800,00
2	2		P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VÍA FLUVIAL RÍO PUTUMAYO, PIÑUÑA NEGRO - PUERTO ASÍS	TON/KM	1.200,00	\$ 2.800,00	\$3.380.000,00
3	3		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA TERRESTRE ENTRE LA FUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUVIAL	TON/KM	23.025,00	\$ 800,00	\$18.057.000,00
				ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA FLUVIAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DISPOSICIÓN (PUERTO ASÍS-PIÑUÑA NEGRO)	TON/KM	3.500,00	\$ 2.800,00	\$9.800.000,00
				LOCALIZACIÓN, REPLANTEO Y CONTROL TOPOGRÁFICO DE LAS OBRAS.	MES	1,00	\$ 6.850.899,00	\$6.850.899,00
	600.11	600.13		EXCAVACIONES VARIAS EN CLASIFICAR	M3	30,00	\$ 20.240,00	\$604.800,00
	7		P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE PLATE DE ACERO ESTRUCTURAL 12"	ML	145,00	\$ 538.838,00	\$77.131.510,00

4C

		INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS SUBDIRECCIÓN MARITIMA Y FLUVIAL SELECCIÓN ABREVIADA No. SA-DO-SMF-007-2018						
		OBJETO: "CONSTRUCCIÓN DEL MUELLE FLUVIAL DE PIÑUÑA NEGRO, DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO"						
PRESUPUESTO PROPUESTO								
Nº	ITEM DE PAGO	ESPECIFICACIONES		DESCRIPCION	UNIDAD	CANTIDAD	VALOR UNITARIO	VALOR TOTAL
		GENERAL	PARTICULAR					
1	1		P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VÍA TERRESTRE	TON/KM	8.528,00	\$ 800,00	\$5.118.800,00
2	2		P-1	MOVILIZACIÓN Y DESMOVILIZACIÓN DE MAQUINARIA PESADA, EQUIPOS LIVANOS Y LOCACIONES VÍA FLUVIAL RÍO PUTUMAYO, PIÑUÑA NEGRO - PUERTO ASÍS	TON/KM	1.200,00	\$ 2.800,00	\$3.380.000,00
3	3		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA TERRESTRE ENTRE LA FUENTE Y EL SITIO DE EMBARQUE FLUVIAL	TON/KM	23.025,00	\$ 800,00	\$18.057.000,00
4	4		P-2	ACARREO DE ESTRUCTURAS Y MATERIALES VÍA FLUVIAL ENTRE EL PUERTO DE EMBARQUE Y EL SITIO DE DISPOSICIÓN (PUERTO ASÍS-PIÑUÑA NEGRO)	TON/KM	3.500,00	\$ 2.800,00	\$9.800.000,00
5	5		P-3	LOCALIZACIÓN REPLANTEO Y CONTROL TOPOGRÁFICO DE LAS OBRAS.	MES	1,00	\$ 6.850.899,00	\$6.850.899,00
6	600.11	600.13		EXCAVACIONES VARIAS EN CLASIFICAR	M3	30.00	\$ 20.240,00	\$604.800,00
7	7		P-4	SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE PLATE DE ACERO ESTRUCTURAL 12" X 12" (SECCIÓN 4 Y 8) (CANTIDAD 1)	ML	145,00	\$ 538.838,00	\$77.131.510,00

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPI SA-MC-DO-SMF-007-2018 PROPUESTAS ECONOMICAS SA-MC-DO-SMF-007-2018* (recuadro rojo fuera de texto original).

Estas similitudes en los errores de transcripción en dos o más propuestas presentadas por distintos oferentes en un mismo proceso de selección, han sido catalogadas por esta Superintendencia¹²⁹, y por entidades internacionales como la misma Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante "OCDE")¹³⁰, como señales de advertencia que, de presentarse, sirven para

¹²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 1728 de 2019.

¹³⁰ OCDE, "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", página 14.

RESOLUCIÓN (85 73323) DE 2020

HOJA N° 78

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

detectar una posible conducta colusoria¹³¹. En este sentido, dichas similitudes configuran pruebas indiciarias¹³², que analizadas a luz de los demás elementos probatorios obrantes en el Expediente, permiten dar cuenta la existencia de un comportamiento coordinado entre los proponentes.

En definitiva, los elementos de prueba expuestos dan cuenta de que DVG y PROTECO coordinaron su comportamiento, incluso para la elaboración de sus propuestas económicas, que fueron confiadas a la revisión de las mismas personas. Este comportamiento, por supuesto, es inconsistente con un escenario de verdadera competencia, pues corresponde con una dinámica de coordinación entre competidores, sancionable a la luz del régimen de libre competencia en Colombia.

- Licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018 adelantada por el INVÍAS

El proceso de selección tenía como objeto la "construcción del muelle de pie de Pató, municipio de Alto Baudó, Departamento del Chocó" y su presupuesto oficial ascendía a \$862.630.212¹³³. En relación con este proceso existen pruebas que acreditan directamente la participación coordinada de los investigados, como se verá a continuación.

El 15 de agosto de 2018 a las 12:53 a.m., DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) remitió a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) un mensaje por correo electrónico en el que expresamente le indicó que "VAMOS CON TRES PROPUESTAS", evidentemente haciendo referencia a la forma como se presentarían coordinadamente en el proceso de licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018 adelantado por el INVÍAS. Así, las propuestas que serían presentadas coordinadamente, según el correo de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, serían las del CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO, DVG y el CONSORCIO OBRAS HIDRÁULICAS.

Imagen No. 38. Correo electrónico enviado por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 15 de agosto de 2018

From: DANIEL VELASCO GONZALEZ <danielvelasco@gmail.com>
Sent: 8/15/2018 12:53:23 AM -0500
To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabaleta@gmail.com>
Subject: PILAS PUES

TENEMOS HASTA LAS 9 AM
PRESUPUESTO OFICIAL \$ 862.630.212
VAMOS CON TRES PROPUESTAS
DVG INGENIERIA SAS
CONSORCIO FLUVIAL
CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS
ESTIMAMOS QUE POR LA COMPLEJIDAD DE LA EXPERIENCIA SE PRESENTEN:
1. CAS
2. PILCO
3. JULIANA CON OTRO
4. PUENTES
5. MEZA
6. HQ INGENIERIA
7. DVG INGENIERIA SAS
8. CONSORCIO FLUVIAL
9. CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS
URGENTE POR FAVOR

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADO DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\03-WEB-EDER_VELASCO\DATOS\ederzabaleta@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Destacados\PILAS PUES

El mensaje recién presentado incluía una instrucción para que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) adelantara ciertas gestiones necesarias para promover la

¹³¹ Superintendencia de Industria y Comercio, "Gula Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", páginas 10 a 12.

¹³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3150 de 2019.

¹³³ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPLP-DO-SMF-027-2018 Pliego de Condiciones definitivo.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

participación concurrente y coordinada de los investigados. Expresiones como "TENEMOS HASTA LAS 9 AM" y "VAMOS CON TRES PROPUESTAS" no dejan dudas de la forma como los investigados se encontraban coordinando su participación en el proceso de selección analizado desde antes de la presentación de las ofertas.

En especial, lo anterior deja en evidencia que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) se encontraba ejerciendo efectivamente su capacidad de influencia sobre las empresas controladas, con el fin de materializar la coordinación entre ellas en el marco de un proceso de selección.

Adicionalmente, se demostró, con fundamento en el listado de recepción de propuestas económicas que efectivamente los investigados se presentaron en el proceso de licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018 del INVÍAS de la forma como había sido indicada por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG).

Imagen No. 39. Listado de recepción de propuestas en el proceso de licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018 del INVÍAS

	Instituto Nacional de Vías GESTIÓN CONTRACTUAL LISTADO DE RECEPCIÓN DE PROPUESTAS		CÓDIGO VERSIÓN PÁGINA		ACORTES-14 3 1 DE 1		
	MODALIDAD DEL PROCESO: <u>Licitación Pública</u>					No. <u>LP-DO-SM-027-208</u>	
	EMPRESA PROPONENTE		FECHA DE RECEPCIÓN	HORA DE RECEPCIÓN	PERSONA QUE ENTREGÓ LA PROPUESTA	MONTO DE LA PROPUESTA MONTO DE LA PROPUESTA EN LETRAS	OBSERVACIONES
1.	Consorcio alto amado	1	8:08:13 P.M.	Juan Carlos Silva	98.081.218		
2.	Autovía para Puntas	1	8:08:18 P.M.	Rafaela María Puentes	98.081.218		
3.	Consorcio alto amado	1	8:08:24 P.M.	Diego Fernando Mesa	98.081.218		
4.	Autovía ingeniería SAS	1	8:08:25 P.M.	Edy Zambala Rojas	98.081.218		
5.	Consorcio fluvial	1	8:08:46 P.M.	Daniel Velasco Gonzalez	98.081.218		
6.	Consorcio obras hidráulicas	1	8:08:57 P.M.	Edy Zambala Rojas	98.081.218		
7.	Consorcio alto amado	1	8:08:57 P.M.	Edy Zambala Rojas	98.081.218		
8.	Consorcio alto amado	1	8:08:58 P.M.	Edy Zambala Rojas	98.081.218		

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPLP-DO-SMF-027-2018 image 2018-08-21-085157 (recuadro rojo fuera de texto original).

Puede observarse además que las propuestas del **CONSORCIO FLUVIAL**, integrado por **PROTECO** y **AVINCO**, y del **CONSORCIO OBRAS HIDRÁULICAS** fueron entregadas por personal vinculado a **DVG**, en particular por **LAURA NATALIA MORALES CÁRDENAS** (asistente contable de DVG para la época de los hechos) y **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos)¹³⁴. Adicionalmente, se demostró que las tres propuestas referidas por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (fundador de **DVG** y único accionista de **PROTECO**) en su correo electrónico del 15 de agosto de 2018 fueron entregadas consecutivamente con un minuto de diferencia cada una: **DVG** a las 8:45, **CONSORCIO FLUVIAL** a las 8:46 y **CONSORCIO OBRAS HIDRÁULICAS** a las 8:47¹³⁵.

Así las cosas, los anteriores elementos de prueba, valorados de manera conjunta con las demás pruebas que obran en el Expediente, dan cuenta de que en el proceso de licitación pública No. LP-DO-SMF-027-2018 del INVÍAS, **DVG** y **PROTECO** materializaron una vez más su comportamiento coordinado de manera contraria a los principios y las normas de libre competencia en Colombia.

- Proceso de selección de contratista No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR

Este proceso de selección tenía como objeto la "construcción de un embarcadero turístico en el área de la salvajina, vereda San Martín, municipio de Morales, Departamento del Cauca" y su presupuesto

¹³⁴ Folio 63 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

¹³⁵ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOPLP-DO-SMF-027-2018 image 2018-08-21-085157.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 80

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

oficial era de \$829.157.577¹³⁶. Participaron DVG, como miembro del **CONSORCIO EMBARCADERO**, y **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) como persona natural. Así se acredita mediante el *link* en **SECOF** del proceso.

Imagen No. 40. Listado de proponentes en el proceso No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR

El Comité Evaluador dentro del término previsto en el cronograma establecido de la licitación Abierta a prelación de propuestas (FNTIA-043-2018), procede a emitir el Informe Preliminar de Evaluación así:

No.	PROponentes
1	CONSORCIO SAN MARTÍN DIAN PABLO DORADO MARTÍNEZ 50% - DORADO ASOCIADOS S.A.S - 50% - GRUPO CONSERVACIÓN CONSERVADORA LTDA - 3488
2	CONSORCIO EMBARCADERO DVG INGENIERIA SAS 70% - AVINCO LTDA - 30%
3	ALTA INGENIERIA S.A.S
4	CONSORCIO VANGUARDIA MANEGAS INGENIEROS S.A.S - 50% - PICO LTDA - 50%
5	TERESA T. ASOCIADOS S.A.S
6	DANIEL VELASCO GONZÁLEZ DINACOL S.A.S
7	FUNDACIÓN PACIFICCO ES FUTURO
8	CONSORCIO SALVADORA 2018
9	PROTECO INGENIERIA LTDA 50% - ARMANDO GARCES ACOSTA 100%
10	CONSORCIO FONTUR 2018 (JOSE ALDO YSO GONZALEZ 70% - HERNAN ALFREDO VALLEJO - 30%)
11	CONSORCIO TURISTICO DEL MAR (JOSE MAN GOMEZ SALAZAR 50% - CONSTRUCCIONA SC S.A.S - 50%)
12	LUIS FERNANDO MESA BALLESTEROS
13	HSP CONSTRUCCIONES S.A.S

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOP/FNTIA-043-2018/DP_PROCESO_18-4-8435716_101101025_49272183* (recuadro rojo fuera de texto original).

Las pruebas que acreditan el comportamiento coordinado de los investigados se presentan a continuación.

El 24 de septiembre de 2018, **HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO** (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) solicitó la póliza de seriedad de la oferta del **CONSORCIO EMBARCADERO**, conformado por DVG y AVINCO, para su participación en el proceso de selección No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR.

Imagen No. 41. Correo electrónico de HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) solicitando la póliza de seriedad de la oferta del CONSORCIO EMBARCADERO, conformado por DVG y AVINCO, para su participación en el proceso de selección No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR

Del DVG INGENIERIA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>
Enviado el: lunes, 24 de septiembre de 2018 4:41 p. m.
Para: Angelica Sanabria <asanabria@cyseguros.com>
Asunto: GARANTÍA DE SERIEDAD FNTIA-043-2018

DVG INGENIERIA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>

para: Angelica

Buen día Angelica. Adjunto envío documentación para que por favor nos colabore con la Garantía de Seriedad para el proceso de selección en el cual participará el CONSORCIO EMBARCADERO conformado por DVG INGENIERIA S.A.S y AVINCO LTDA.

Quedamos atentos a cualquier requerimiento.

Atentamente,

ANTONIO ZABALETA
Coordinador de Licitaciones

DVG INGENIERIA S.A.S.

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-**WEB-EDER VELASCO**.ad1/DATOS:C:\Users\jc\cue\l\l\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERIA_SAS\02-**WEB-EDER VELASCO**\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost\root\Raíz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\Re: GARANTÍA DE SERIEDAD FNTIA-043-2018

Sin embargo, lo que llama la atención es que como respuesta al correo anterior, la funcionaria del intermediario de seguros, **ANGÉLICA SANABRIA OVIEDO**, le preguntó al coordinador de licitaciones de DVG respecto de la participación de "Daniel" en ese proceso de selección. La funcionaria evidentemente se refería a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), poniendo de presente que la constante coordinación que se mantenía entre este último y DVG era de

¹³⁶ Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOP/FNTIA-043-2018/DP_PROCESO_18-4-8435716_101101025_47679467*.

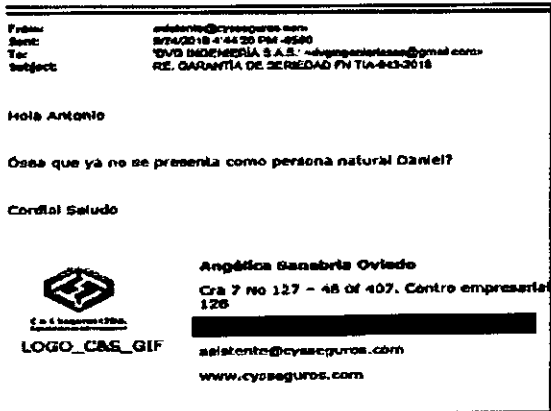
EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

SECRETARIO AD-HOC

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

conocimiento incluso de terceros. De hecho, del correo que se presenta a continuación, puede evidenciarse cómo para la funcionaria de la empresa de seguros, el hecho que DVG presentara oferta podía significar que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) ya no se presentaría como persona natural, poniendo de presente que conocía que entre ambos agentes de mercado existía una relación y una política de coordinación de tiempo atrás.

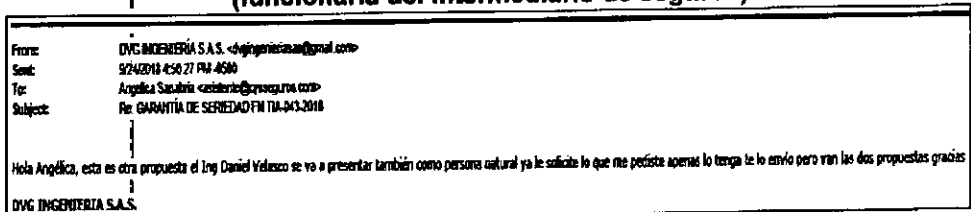
Imagen No. 42. Respuesta dada por ANGÉLICA SANABRIA OVIEDO (funcionaria del Intermediario de seguros) al correo electrónico de HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENCO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) del 24 de septiembre de 2018



Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEB-EDER VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: GARANTÍA DE SERIEDAD FN TIA-043-2018

No obstante, HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENCO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) dio respuesta al interrogante referido e indicó que "el Ing. Daniel Velasco se va a presentar también como persona natural ya le solicité lo que me pediste apenas lo tenga te lo envío pero van las dos propuestas". Las dos propuestas son las del CONSORCIO EMBARCADERO, del cual hacía parte DVG, y la de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) como persona natural. Esta respuesta reveló que el funcionario de DVG estaba enterado de la estrategia de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ y que, además, mantenía comunicación con él y desarrollaba gestiones en beneficio de ese supuesto competidor. Actitud que evidenciar la clara coordinación existente entre los dos agentes de mercado y que ha sido ampliamente detallada en el presente acto administrativo.

Imagen No. 43. Respuesta dada por HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENCO (coordinador de licitaciones de DVG para la época de los hechos) a ANGÉLICA SANABRIA OVIEDO (funcionaria del intermediario de seguros)



Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 02-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\02-WEB-EDER VELASCO\DATOS\dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: GARANTÍA DE SERIEDAD FN TIA-043-2018

Como puede observarse, queda en evidencia la colaboración del funcionario de DVG para que DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO), un supuesto competidor, pudiera participar en el proceso, lo cual es coherente con la dinámica coordinada con la que actuaban las

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA N° 82

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

empresas investigadas, de acuerdo a los diferentes elementos de prueba que fueron detallados en la presente Resolución.

Estas pruebas, sin lugar a dudas, evidencian la coordinación para el cumplimiento de los requisitos habilitantes para participar en el proceso de selección que existía entre los agentes de mercado investigados, así como la constante comunicación y coordinación entre ellos. Ese comportamiento, como lo resaltó la Delegatura en su Informe Motivado, de ninguna manera se presenta como coherente con un escenario de competencia, pues es una manifestación clara de una coordinación anticompetitiva, que presenta una potencialidad de reducir las presiones competitivas de los agentes vinculados.

7.4.6. Sobre la idoneidad de la conducta investigada para afectar la competencia y su impacto en el mercado

En el 2019, el Producto Interno Bruto de Colombia fue de 1.061 billones de pesos, de los cuales 163.8 billones correspondieron al gasto de consumo final del gobierno general. En otras palabras, el gasto del gobierno representó cerca del 15% del gasto total de la economía. Lo anterior es ilustrativo de la importancia de las compras públicas, a través de las cuales el gobierno se abastece de bienes y servicios necesarios para el correcto cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, la adecuada ejecución de las compras públicas permite por un lado, el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad. Lo anterior, en suma, permite que se logre una asignación eficiente de los recursos públicos.

Cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable bajo el régimen de libre competencia económica en Colombia pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una libre participación de las empresas en el mercado.

En 2017, la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL)¹³⁷ destacó que las compras realizadas por el Estado, en el cumplimiento de sus funciones, comprenden una serie de beneficios agrupados en las siguientes categorías: (i) utilidad pública; (ii) de carácter administrativo; y (iii) de tipo económico, las cuales deben converger hacia un fin último y es el de satisfacer necesidades sociales. Por su parte, de acuerdo con la OCDE (2017)¹³⁸, el principal objetivo de una política efectiva de compras por parte del Estado es "el fomento de la eficiencia y el alcance de la mejor relación entre calidad y precio".

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que los proponentes de un proceso de contratación pública realicen cualquier tipo de práctica o conducta coordinada que tenga el efecto, o la potencialidad, para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el gobierno, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

Además, debe reiterarse que el régimen de libre competencia económica, en el contexto de la contratación estatal, tiene como uno de sus propósitos el que todas las personas que deseen participar de un proceso de selección (proponentes) puedan acceder con igualdad de oportunidades a formular sus ofertas y, además, que de ese ejercicio de autonomía y de sana rivalidad se obtengan las mejores condiciones de contratación para el Estado.

¹³⁷ CEPAL. (2017) "Estudio Económico de América Latina y el Caribe". (LC/PUB.2017/17-P). Santiago de Chile.

¹³⁸ OCDE. (2017). "Contratación Pública: Opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos". Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. OCDE, París.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En línea con lo anterior, los comportamientos encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco procesos de contratación, cuando en realidad lo que existe es un comportamiento coordinado entre los proponentes, constituyen una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica. Lo anterior, debido a que un comportamiento de esa naturaleza resulta idóneo para impedir la materialización de condiciones de igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que sean parte en dicho proceso.

Comportamientos como el que aquí se analiza podrían también resultar idóneos para impedir que la oferta elegida sea aquella que ofrezca las mejores condiciones para el Estado. Esto, por cuanto el comportamiento coordinado de los proponentes conduce, en la práctica, a una selección distorsionada que desvía la elección de las mejores ofertas al reducir sus posibilidades de ser seleccionadas, en últimas, provocando condiciones menos favorables para la entidad contratante.

En el presente caso, se encontró probado que los investigados vulneraron el régimen de libre competencia económica, al presentar sus ofertas de manera coordinada, beneficiándose en desmedro de sus competidores y de las respectivas entidades Estatales. Lo anterior fue posible gracias a los diferentes elementos que fueron descritos en la presente Resolución, como la existencia de relaciones previas, la presencia de una situación de subordinación desde el punto de vista competitivo y demás elementos mencionados por este Despacho. Adicionalmente, como se mostrará a continuación, se encontraron algunos elementos que permitieron a los investigados anticipar condiciones de competencia fundamentales en los procesos para, así, presentar ofertas económicas coordinadas.

Si bien este Despacho reconoce la existencia en los procesos de selección analizados de algunos factores como el criterio final de evaluación, que no podían ser conocidos por los proponentes con certeza al momento de realizar sus ofertas económicas, también se evidenció la presencia de situaciones que permitieron la conducta que aquí se reprocha, según la cual, independientemente de dicha incertidumbre, desplegaron una estrategia coordinada desde un inicio que tenía la potencialidad de causar un daño en el mercado, lo cual es suficiente para establecer la violación al régimen de libre competencia. En todo caso, se demostró que la conducta sancionada sí alteró la probabilidad con la cual estos obtendrían la adjudicación, sobre todo en comparación con las probabilidades de éxito de los competidores que actuaron de manera independiente.

Lo anterior en la medida en que pese a la existencia de elementos de incertidumbre, los investigados podían contar con ciertos elementos de juicio que les permitía aproximarse a la dinámica de competencia de los procesos de selección en los que participaron. Así, tenían la capacidad de recrear posibles escenarios con el fin de establecer las ofertas más favorables para sus intereses.

En primer lugar, los mismos investigados indicaron a esta Superintendencia que en aquellos procesos de contratación relacionados con la ejecución de obras fluviales, como los analizados en el presente caso, podía anticiparse quiénes eran los proponentes porque, en palabras de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), *"casi todos nos presentamos los mismos (...) son digamos, son más o menos unos 10, unos 10 oferentes que siempre, algunos cumplen en todo, otros no, pero siempre estamos los mismos"*¹³⁹. Del anterior testimonio puede destacarse, como lo confirmó **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO), que la experiencia jugaba un papel relevante. Este último afirmó que *"como resulta que la experiencia es bastante específica, ¿sí?, somos los mismos, se los puedo hasta nombrar, somos los mismos 10 de siempre. (...) Es más, de hecho entre ellos, entre nosotros, inclusive entre nosotros nos presentamos en consorcios a veces para fortalecemos"*¹⁴⁰.

En este sentido, puede concluirse la existencia de dos elementos fundamentales: (i) la existencia de diez (10) posibles proponentes en procesos de ejecución de obras fluviales, y (ii) el conocimiento de la experiencia de cada uno de los posibles proponentes que tienen sus competidores. De estos dos elementos, más los requisitos habilitantes establecidos en cada uno de los procesos de selección, era

¹³⁹ Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 181030_1335 Min. 26:18.

¹⁴⁰ Folio 658 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 13:10 y 43:49.

RESOLUCIÓN (73323) DE 2020

HOJA Nº 84

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

posible establecer, con alto grado de confiabilidad, quiénes serían los competidores para cada uno de dichos procesos. Un ejemplo de lo anterior lo constituye el mensaje enviado por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), en el marco del proceso de contratación No. LP-DO-SMF-027-2018, en el que determinó quiénes serían los competidores de **DGV** y **PROTECO** "por la complejidad de la experiencia".

Un segundo elemento relevante lo constituye la similitud en los procesos de contratación que han sido objeto de análisis en la presente actuación administrativa. Que los diferentes procesos de contratación tengan como factor de evaluación de las propuestas los mismos métodos estadísticos, a saber, media aritmética, media aritmética alta, media geométrica con presupuesto oficial y menor valor, permite a los investigados adquirir conocimiento y experiencia sobre cómo presentar las ofertas más favorables posibles a sus intereses, sin necesidad de conocer de manera específica el método que sería escogido.

En particular, tal y como lo demostró la Delegatura, las ofertas de los investigados, que fueron complementarias entre sí, resultaban más propensas a ganar al menos en 3 de los 4 métodos posibles de calificación de las mismas (aquellos relacionados con valores medios, es decir, el único que no se alteraba con sus ofertas era el de menor valor). Así, es evidente que el comportamiento de los agentes investigados impidió el desarrollo de los procesos bajo principios de igualdad de oportunidades y selección objetiva.

Por último, también fue posible establecer que los investigados podían aproximarse a cómo sería el comportamiento de sus competidores en cada uno de los procesos. Lo anterior, pues en palabras de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), podían observar los comportamientos desplegados en procesos anteriores y similares y el resultado de los mismos, así como las tendencias dependiendo del factor de evaluación que había sido usado¹⁴¹.

Por los tres elementos anteriormente descritos, los investigados desarrollaron estrategias para determinar las ofertas complementarias más favorables posibles, que les permitieron en todos los casos aumentar sus probabilidades de éxito.

Ahora bien, lo anterior, lejos de ser una teoría económica exclusivamente presentada por esta Superintendencia, tiene fuerte sustento en los ejercicios de simulación de los procesos de selección realizados por los mismos investigados al momento de establecer sus ofertas económicas. La siguiente imagen corresponde a un cuadro de *Excel* encontrado como adjunto en uno de los correos electrónicos enviados por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en el marco de un proceso de selección de 2018.

ESPACIO EN BLANCO

¹⁴¹ Folio 666 del cuaderno público 3 del Expediente. Min. 13:00.

EL SUSCRITO SECRETARIO GENERAL AD-HOC HACE CONSTAR QUE LA PRESENTE COPIA COINCIDE CON EL DOCUMENTO ORIGINAL QUE REPOSA EN LOS ARCHIVOS DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Imagen No. 44. Simulación para propuesta "FERRYS 2018"

EVALUACION ECONOMICA												
VALOR PRESUPUESTO OFICIAL										\$ 88.000.000		
CONSTRUCCION DE OBRAS DE PROTECCION EN EL MUNICIPIO DE GUAPI, CORDOBA												
CANT.	Med.	NOMBRE PROPONENTE	VALOR PRESUPUESTAL	%	PUNTAJE							
					MEJOR VALOR	PUESTO	MEJORA ARITMETICA	PUESTO	MEJORA ARITMETICA ALTA	PUESTO	MEJORA GEOMETRICA	PUESTO
1	1	PROTECO	\$ 84.130.000,00	95,58%	891,10	5	947,95	1	938,00	6	940,27	6
2	2	DOS	\$ 84.636.000,00	96,20%	894,56	7	943,78	4	944,09	4	946,37	3
3	3	TRES	\$ 85.500.000,00	97,16%	874,42	10	932,22	8	945,49	2	944,19	4
4	4	CUATRO	\$ 84.700.000,00	96,25%	884,03	8	941,78	5	944,53	3	946,06	2
5	5	CINCO	\$ 84.342.000,00	95,73%	889,52	6	946,45	2	939,48	5	941,74	5
6	6	SEIS	\$ 83.274.000,00	94,56%	981,67	4	941,89	3	927,89	8	930,23	8
7	7	SETE	\$ 81.236.000,00	92,45%	973,58	2	930,83	9	947,10	10	918,31	10
8	8	OCHO	\$ 83.881.000,00	95,32%	909,89	3	934,32	7	920,54	9	922,76	9
9	9	NOVE	\$ 79.800.000,00	90,68%	950,00	1	896,47	11	893,24	11	885,37	11
10	10	DIEZ	\$ 86.442.000,00	98,23%	863,13	11	921,56	10	935,95	7	933,66	7
11	11		\$ 84.981.000,00	96,57%	890,66	8	938,09	6	941,72	11	950,00	1
MEJOR VALOR			\$ 79.800.000,00	90,68%								
MEJORA ARITMETICA			\$ 83.828.000,00	95,375%								
MEJORA ARITMETICA ALTA			\$ 85.196.000,00	96,822%								
MEJORA GEOMETRICA CON PD			\$ 84.801.156,40	96,568%								
DERE PROCESO												

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG_INGENIERA_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost\root\Raiz - Buzón\IPM_SUBTREE\Gmail\Enviados\SIMULACIÓN PARA PROPUESTA FERRYS 2018

La imagen anterior evidencia cómo los investigados sí realizaban ejercicios de simulación para determinar sus probabilidades de éxito, de acuerdo con diferentes valores posibles de propuesta económica, tomando en consideración competidores que estimaban se presentarían al proceso, así como suponiendo los comportamientos que estos mismos tendrían en el proceso simulado. Lo anterior evidencia el uso de los tres elementos arriba descritos: (i) el número e identidad de los competidores; (ii) los factores de evaluación de las propuestas económicas previstos en los pliegos de condiciones; y (iii) el posible comportamiento de sus competidores para la ubicación de sus propuestas económicas.

Si bien en los procesos de contratación objeto de análisis no se encontró la simulación realizada por los investigados, lo cierto es que confluyeron diferentes elementos y comportamientos que permiten establecer que sus ofertas económicas son consistentes con el uso de dicha información para fijar las ofertas más convenientes posibles. Lo anterior, sumado a la coordinación probada con suficiencia en líneas anteriores, lleva a concluir que, en efecto, el comportamiento de los investigados alteró de forma artificial y significativa sus probabilidades de éxito. Dichos elementos son:

- Las propuestas de los investigados siempre estuvieron en un rango de entre 90 y 100% del presupuesto oficial, teniendo en cuenta que no existía en los procesos un límite inferior que restringiera el comportamiento de los proponentes.
- La diferencia entre las propuestas de los investigados fue de entre 0,4 a 6 puntos porcentuales.
- La propuesta de DVG resultaba ser mayor que la de PROTECO.
- Las ofertas presentadas les permitían obtener el mayor puntaje de calificación en 3 de los 4 métodos de evaluación de las propuestas, particularmente los relacionados con valores medios que podían ser alterados con la presentación de propuestas complementarias.

En conclusión, lo anterior es ilustrativo de que la estrategia coordinada de los investigados tuvo, además, como efecto un aumento en la probabilidad de éxito de estos, que de manera artificial les permitió competir con mayor ventaja en desmedro de los demás proponentes, estrategia que resultó exitosa en cinco (5) de los seis (6) procesos analizados en los que efectivamente resultaron adjudicados.

Se reitera que los procesos de selección afectados por la conducta anticompetitiva de los investigados estaban relacionados con la construcción y mantenimiento de diferentes obras fluviales en los

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 86

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

departamentos de Chocó, Putumayo, Amazonas y Guaviare, particularmente sobre la operación de ríos y muelles que resultan parte fundamental del desarrollo y la competitividad de las regiones.

A manera de ejemplo, el mantenimiento del río Atrato, así como de los ríos cercanos a este como el Truandó, resulta de gran relevancia toda vez que el primero es el tercero más navegable del país y por su recorrido a lo largo del departamento del Chocó constituye uno de los más importantes medios de transporte de la región. Lo anterior sumado a que desde 2016, la Corte Constitucional lo reconoció como una entidad sujeta de derechos de protección, conservación y mantenimiento a cargo del Estado¹⁴².

Ahora bien, sobre la construcción de muelles en departamentos como Amazonas y Putumayo, debe destacarse que dichas obras también tienen como objetivo mejorar las condiciones de navegabilidad y transporte comercial en los ríos que estos cruzan, como el Amazonas, para promover e impulsar la navegación fluvial de los mismos durante un mayor periodo en el año, así como para integrar la red de infraestructura de transporte del país¹⁴³.

Es así como las diferentes obras fluviales afectadas por la conducta de los investigados se encontraban relacionadas con mejoras en la infraestructura de transporte comercial del país, especialmente en zonas históricamente apartadas, que buscan precisamente aportar una mayor competitividad e impulsar el desarrollo de las mismas, lo cual repercute en el desarrollo del país.

7.4.7. Conclusiones sobre la conducta investigada

En el presente caso hay suficientes elementos de prueba que permiten señalar que entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** se configuró una práctica tendiente a limitar la libre competencia, la cual se puso en práctica en cinco (5) procesos de selección adelantados por el **INVÍAS** y un (1) proceso de selección adelantado por el **FONTUR**, en los cuales los agentes de mercado mencionados participaron aparentando ser competidores independientes, cuando en realidad coordinaron su comportamiento desde las primeras etapas de los respectivos procesos, defraudando de esta manera el régimen de libre competencia.

Este Despacho llegó a la anterior conclusión luego de tener en cuenta lo siguiente:

- Entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** existía una relación previa, de cercanía y amistad. Así, se encontró probado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** fue el accionista fundador de ambas empresas, y a pesar de haber cedido su participación accionaria en **DVG**, mantuvo una relación de cercanía con esta compañía.
- Además de existir una estrecha relación entre los gentes de mercado investigados, existió un control desde el punto de visto competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre **PROTECO** y **DVG**, quien, tal y como fue probado en el presente acto administrativo, tiene la capacidad de influenciar de manera directa el comportamiento de ambas empresas en el mercado.
- Respecto a **PROTECO**, el control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) quedó probado toda vez que era su único accionista y era la persona encargada de tomar las decisiones respecto a su participación en los diferentes procesos de selección para la adjudicación de un contrato estatal. Por su parte, respecto a **DVG**, a pesar de haber cedido la totalidad de sus acciones en dicha compañía, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (i) decidía respecto de los procesos de selección a los que se presentaría; (ii) tenía poder disciplinario sobre sus empleados; (iii) disponía unilateralmente de los recursos de la compañía; y (iv) conservaba una oficina permanente en dicha empresa.

¹⁴² Corte Constitucional, Sentencia T-633 de 2016.

¹⁴³ Disponible en: http://www.cosiplan.org/proyectos/detalle_proyecto.aspx?h=39. Consultado el 27 de octubre de 2020.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

- Se demostró la existencia de otro número de situaciones que se presentaron como idóneas para facilitar una coordinación entre los investigados, tales como que: (i) estos últimos compartían personal de trabajo; (ii) funcionarios de DVG y PROTECO hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban adjudicatarios; y (iii) las empresas se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades.
- Las relaciones previas, la existencia de un control competitivo de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) sobre PROTECO y DVG, y las demás conductas previamente analizadas, facilitaron que entre dichos agentes de mercado se creara una estrategia de coordinación en los diferentes mercados, esto es, en la participación en procesos de selección para la adjudicación de contratos estatales
- Así, se demostró que efectivamente, en cinco (5) procesos de selección adelantados por el INVÍAS y uno (1) del FONTUR, los investigados actuaron de manera coordinada con el objeto de falsear la competencia, en desmedro de los intereses de los demás competidores, pero especialmente de la Entidad contratante. En dichos procesos se encontró prueba suficiente de que los investigados, de manera conjunta, realizaban las gestiones para obtener los documentos necesarios, discutían el valor de las ofertas económicas y se coordinaban incluso para la ejecución de los contratos adjudicados.
- Se probó que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG), en el marco de las relaciones de cercanía y de subordinación competitiva en cabeza de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO), era la persona encargada de gestionar los trámites necesarios para la constitución de los consorcios por medio de los cuales PROTECO, empresa competidora de DVG en los procesos de selección, pudiera participar y presentar ofertas para la adjudicación de contratos estatales. Igualmente, colaboraba activamente en la obtención de la documentación necesaria para habilitar la presentación de DVG y PROTECO en los distintos procesos de selección.
- Finalmente, el Despacho encontró probado que la conducta adelantada por las investigadas era efectivamente idónea para falsear la libre competencia. Incluso, del mismo análisis hecho por esta Superintendencia se logró demostrar que además de ser una conducta con la potencialidad de causar un daño, en realidad dicho impacto negativo sí se causó en los mercados, lo cual ahonda la ilicitud de la conducta.

De esta forma, el Despacho hace énfasis en que lo reprochable desde el punto de vista de las normas de la libre competencia es que los agentes que participan en un proceso de selección como proponentes independientes (cualquiera que sea su naturaleza e independientemente de los vínculos que los puedan unir) coordinen su comportamiento, defraudando tanto los intereses del Estado en optimizar sus recursos limitados para obtener bienes y servicios producto de la libre competencia, como las expectativas legítimas de los demás proponentes que participan de manera autónoma y transparente en el proceso.

Por lo anterior, este Despacho concluye que la conducta de los agentes de mercado investigados en el presente caso resulta anticompetitiva y debe ser sancionada por ser contraria al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

OCTAVO: Consideraciones del Despacho en relación con los argumentos presentados por los investigados

A continuación, este Despacho dará respuesta a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados que no hayan sido abordadas en acápites anteriores.

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 88

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

8.1. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la supuesta ilegalidad de las pruebas recaudadas durante las visitas administrativas

En criterio de todos los investigados, el recaudo de pruebas practicado por la Delegatura en la etapa de averiguación preliminar conllevó a una grave afectación del derecho de inviolabilidad de la correspondencia, establecido en el artículo 15 de la Constitución Política. Lo anterior, argumentaron, toda vez que la diligencia en donde se *"interceptaron, registraron e inspeccionaron computadores y teléfonos móviles que almacenaban información personal"* no estuvo precedida de autorización judicial, como lo obliga la sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional.

Afirmaron que el Informe Motivado no se detuvo en este aspecto fundamental, y como consecuencia de lo anterior, este Despacho no debía tener en cuenta las pruebas recaudadas a lo largo de las visitas administrativas, toda vez que las mismas son ilegales, además de que, según los investigados, las mismas no guardan la pertinencia y la conducencia requeridas para demostrar los hechos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación.

Para dar respuesta a los argumentos presentados por los investigados, es importante anotar que dentro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo que conforma el régimen de protección de la libre competencia económica (conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011). De esta forma, esta Superintendencia está facultada para iniciar una actuación de oficio o por solicitud de un tercero, y de considerarlo necesario adelantar averiguaciones preliminares para obtener mayor información que le permita concluir la existencia o no de mérito para iniciar una investigación por violación del régimen de libre competencia. Tales facultades se encuentran previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:

"Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En tal medida, y según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará si se requiere proceder con una averiguación preliminar, decisión que dependerá de si la autoridad considera tener o no suficientes elementos de prueba que le permitan concluir la necesidad de iniciar una investigación por medio de un acto de apertura y formulación de pliego de cargos, con el fin de determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Así las cosas, las etapas previas al inicio de una investigación materializan las facultades de inspección en cabeza de esta Entidad. Dichas etapas, de carácter reservado, no están sujetas a formalidad alguna y tienen como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación formal. El elemento de reserva tiene mucha importancia en las funciones de inspección de esta Superintendencia por cuanto su intervención en estas etapas busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en el mercado. Con lo anterior, esta Autoridad propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

En similar sentido, lo reconoció el Consejo de Estado al referirse al procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos¹⁴⁴:

¹⁴⁴ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 250002324000 2000 0665 01.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"(...) Según se puede leer en la norma [art. 52], la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como si lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, la relevancia de las etapas previas al inicio de una investigación, incluyendo la posibilidad de adelantar una averiguación preliminar, en donde esta Entidad concreta sus funciones de inspección, radica en que tienen como finalidad obtener la información necesaria para verificar la existencia de mérito de iniciar una investigación en donde se buscara determinar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

En tal sentido, se resalta que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o el incumplimiento a los requerimientos formulados por esta Superintendencia en dichas etapas previas y, así mismo, la obstrucción de sus actuaciones, revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a diversas pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular. Esta postura ha sido respaldada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

"En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibidem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que el legislador considera igualmente censurable que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.

Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta (...)"¹⁴⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En ese contexto, es importante llamar la atención en el hecho que esta Superintendencia, en las etapas previas a la formulación de pliego de cargos, se encuentra investida de sendas facultades constitucionales y legales tanto para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, como también para reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, omita acatar en debida forma las solicitudes de información, desatienda sus requerimientos o incluso obstruya sus actuaciones.

De esta forma, resulta pertinente comenzar por evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política¹⁴⁶ citado por los investigados la norma superior que autoriza a las

¹⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 250002324000 1999 0799 01.

¹⁴⁶ "Artículo 15. (...) para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (...)" (Subrayado fuera de texto original).

RESOLUCIÓN (**25873323**) DE 2020

HOJA N° 90

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

autoridades con funciones de inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los términos que señale la ley. Al respecto, recientemente la Corte Constitucional¹⁴⁷ ha señalado que:

"Las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ello, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y Tribunales Superiores del Distrito han señalado que la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4° del artículo 15 de la Constitución." (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En desarrollo de lo anterior, los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, prevén que:

"Artículo 1. Funciones Generales. (...) La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones: (...)

62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.

63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones. (...)" (Subraya fuera de texto original).

Así mismo, la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal, en su artículo 202¹⁴⁸, establece que esta Superintendencia ejerce permanentemente funciones especializadas de policía judicial en el ámbito de su competencia y en el ejercicio de sus funciones de vigilancia y control, en armonía con esto, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 dispone que "[e]l carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior se concluye que, contrario a lo afirmado por los investigados, la Superintendencia de Industria y Comercio, en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control respecto del régimen de protección de la libre competencia económica, puede ordenar y realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a cualquier persona natural o jurídica de carácter público o privado, la información y los documentos (físicos y electrónicos) que considere necesarios para el cabal cumplimiento de sus funciones, en los términos que establezca la ley.

Por este motivo, no se encuentra razón alguna en las afirmaciones de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado respecto a que la información y los equipos institucionales que fueron requeridos durante las visitas administrativas adelantadas en el marco de las actuaciones que precedieron a la Resolución de Apertura de Investigación fueron recaudados contrariando la ley. Por el contrario, el propio Consejo de Estado¹⁴⁹ ha sido enfático en indicar que las competencias ordinarias

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

¹⁴⁸ "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control. (...)" (Subrayas fuera de texto original).

¹⁴⁹ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Rad. No. 25001 2324 000 2008 00137 01.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

que fueron asignadas a esta Entidad en el Decreto 2153 de 1992 la autorizan para requerir a cualquier persona natural o jurídica la información que requiera para el correcto ejercicio de sus funciones.

Precisamente por este motivo, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omita acatar en debida forma las órdenes, requerimientos e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones administrativas. En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A partir de lo analizado es posible establecer que el legislador prevé como una modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia "(...) la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...)", entre otras conductas.

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las órdenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones.

En virtud de lo expuesto, el adecuado ejercicio de las funciones de inspección con que constitucional y legalmente ha sido investida esta Superintendencia, y la existencia de potenciales multas que *per se* tienen efectos disuasorios como cualquier tipo de sanción, no constituye una excusa para que una persona natural o jurídica pueda alegar válidamente una intimidación para el suministro de la información que le fue requerida, máxime cuando no existe ningún fundamento probatorio que soporte la supuesta coacción alegada por los investigados.

Por el contrario, este Despacho, lejos de encontrar algún vicio en las actuaciones desplegadas en las etapas previas al inicio de la investigación, puede verificar su completo apego a la Constitución y la normatividad que regula la materia, incluso a lo dispuesto en la Sentencia C-165 de 2019 en que precisamente la Corte Constitucional, contrario a lo afirmado por los investigados, señaló que "(...) las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior (...)". (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por este motivo, no encuentra sustento alguno en el argumento presentado por los investigados con relación a la ilegalidad de las pruebas recaudadas en el marco de las visitas administrativas.

Finalmente, sobre el argumento de los investigados respecto a que las pruebas recaudadas por la Delegatura en las actuaciones previas a la Resolución de Apertura de Investigación no guardan la pertinencia y la conducencia requeridas para demostrar los hechos que les fueron imputados, debe mencionarse que a través de la Sentencia C-165 de 2019, la Corte Constitucional manifestó que:

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 92

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

"(...) Una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia, utilidad y conducencia y por tanto deben ser rechazados, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente".

En este sentido, el momento procesal para que los investigados expresaran sus argumentos en contra de las pruebas recaudadas durante las etapas previas a la apertura de la investigación correspondía precisamente al momento de presentación de los descargos en contra de la Resolución de Apertura de Investigación.

Ahora bien, este Despacho encuentra que efectivamente varios de los investigados presentaron solicitudes de nulidad frente a los elementos probatorios recaudados durante las visitas administrativas adelantadas en el marco de la presente actuación, las cuales fueron resueltas por la Delegatura a través de la Resolución No. 62519 del 13 de noviembre de 2019¹⁵⁰, encontrando infundadas dichas solicitudes. Por tal motivo, en esta misma decisión se decretaron como pruebas los documentos que fueron recaudados durante las visitas administrativas y que para ese momento integraban el Expediente. Incluso, los investigados **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** y **PROTECO** presentaron recurso de reposición en contra de dicha decisión, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 959 del 21 de enero de 2020¹⁵¹, confirmando la decisión inicial.

En este orden de ideas, encuentra este Despacho que en la presente actuación administrativa efectivamente tuvo lugar la oportunidad procesal para que los investigados se pronunciaran sobre las pruebas recaudadas por esta Superintendencia en el marco de las diferentes etapas previas a la apertura de investigación, garantizando de esta forma el efectivo derecho de defensa y el debido proceso de los involucrados, motivo por el cual no encuentra procedente volver a abrir dicho debate en esta etapa de la actuación.

De hecho, debe recordarse que el artículo 21 de la Ley 1340 establece que los vicios e irregularidades de la actuación deberán ser alegadas antes del inicio del traslado del Informe Motivado a los investigados, so pena de entenderse por saneados:

"Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3 del artículo 52 de Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa".

En conclusión, encuentra el Despacho que en la presente actuación administrativa, no solo se recolectaron los diferentes medios de prueba con pleno apego a la ley, sino que se otorgaron a los investigados todas las garantías para que expresaran sus inconformidades sobre las mismas, quedando resuelto cualquier debate sobre la conducencia, pertinencia y utilidad de las mismas.

No obstante lo anterior, y a pesar de que actualmente se encuentra resuelto cualquier debate sobre la legalidad de las pruebas recaudadas por esta Superintendencia en el marco de las actuaciones previas a la apertura de investigación, este Despacho debe manifestar que, contrario a lo afirmado por los investigados, las mismas se presentan como conducentes, pertinentes y útiles con respecto a los hechos investigados.

Al respecto, debe reiterarse que tanto en las etapas preliminares como en la investigación administrativa, esta Superintendencia se encontraba investigando la posible infracción a las normas de la libre competencia por parte de los investigados en el marco de diferentes procesos de selección. En este orden de ideas, los elementos probatorios recaudados correspondieron a testimonios, documentos y equipos de las compañías, que contenían información respecto a la forma como las

¹⁵⁰ Folio 582 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

¹⁵¹ Folio 694 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

empresas elaboraron sus propuestas, se comportaron en los procesos y ejecutaron los contratos adjudicados, siendo evidente la conducencia, pertinencia y utilidad de los diferentes medios de prueba que fueron recaudados.

Por todo lo anterior, no serán de recibo los argumentos presentados por los investigados sobre este asunto.

8.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la supuesta violación al principio de legalidad debido a que el Informe Motivado no hizo referencia a los elementos de tasación de la multa

Para los investigados, el Informe Motivado no hizo referencia a los elementos de tasación de la multa que la Delegatura recomendó imponer, lo que representó un defecto de dicho documento. Esto toda vez que, en su criterio, la Delegatura debió brindar al Superintendente de Industria y Comercio la totalidad de los elementos para la toma de su decisión final.

Por este motivo, afirman los investigados, al no haberse hecho mención alguna a las pruebas que podían ser utilizadas por el Superintendente de Industria y Comercio para tasar la multa a imponer, este último estaría impedido para llevar a cabo dicho ejercicio, so pena de incurrir en una violación al principio de legalidad y al derecho de defensa de los investigados.

Par dar respuesta a los argumentos planteados por los investigados, debe iniciarse reiterando que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 "[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica".

Para este propósito, el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 estableció en cabeza de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio la función de "tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia".

Igualmente, el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 estableció que una vez instruida la etapa de investigación por posibles prácticas restrictivas de la competencia, es función de la Delegatura para la Protección de la Competencia "presentar al Superintendente de Industria y Comercio (...) informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal".

Lo anterior fue recogido por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, el cual estableció que en el marco de la actuación administrativa en cabeza de esta Entidad por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, una vez "instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción".

En este sentido, se desprende fácilmente de la lectura de las normas presentadas que la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio es la encargada de adelantar las averiguaciones preliminares y de instruir las correspondientes investigaciones por posibles violaciones al régimen de libre competencia, para finalmente emitir un informe motivado en el cual establecerá únicamente su posición sobre si ha existido o no una infracción al régimen de libre competencia en Colombia y sobre la necesidad de declarar o no administrativamente responsables a los investigados.

Sin embargo, y contrario a lo afirmado por los investigados, no es cierto que la ley establezca la obligación en cabeza de la Delegatura de adelantar un análisis respecto a la tasación de la multa a

RESOLUCIÓN (073323) DE 2020

HOJA N° 94

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

imponer en caso de encontrarse una violación a las normas de competencia, pues como quedó visto dicha facultad no se encuentra en cabeza de la Delegatura. De hacerlo, estaría extralimitando sus funciones, las cuales se limitan a establecer si, en su criterio, hubo o no una infracción a la ley.

Adicionalmente la normatividad vigente establece, precisamente, que es función del Superintendente de Industria y Comercio, y no de la Delegatura, el imponer las multas correspondientes y graduarlas de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Así, y conforme con los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibidem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y graduar la multa de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Por todo lo anterior, no es de recibo el argumento de los investigados respecto a que el Informe Motivado presentó un defecto al no hacer mención a los criterios de graduación de la multa, pues como quedó explicado, este ejercicio corresponde únicamente al Superintendente de Industria y Comercio, una vez haya determinado, con base en las pruebas obrantes en el expediente, si efectivamente se cometió una infracción a la ley o no.

8.3. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la falta de pruebas directas y la utilización exclusivamente de pruebas indiciarias

Para **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) y **DVG** la conclusión del Informe Motivado respecto a la existencia de conductas complejas y objetivas, se basó en indicios, sospechas, conclusiones silogísticas, reglas de la sana crítica, y en general, en el criterio subjetivo del ente investigador.

Para este Despacho, no existe mérito en la afirmación de los investigados. En primer lugar, porque no es cierto que la recomendación dada por la Delegatura en su Informe Motivado se haya basado exclusivamente en elementos indiciarios. Por el contrario, y como fue puesto de presente en esta Resolución, existen en el Expediente pruebas directas que dan cuenta de la coordinación entre los agentes de mercado con relación a su participación en los diferentes procesos de selección en los que participaban para obtener la adjudicación de un contrato estatal.

Dichas pruebas directas consistieron en correos electrónicos, documentos, mensajes de texto y hasta en las declaraciones de los mismos investigados, quienes reiteradamente confesaron la existencia una política y cultura de coordinación entre ellos. Por este motivo, no es cierto que en la presente actuación administrativa solo existen elementos indiciarios para concluir la responsabilidad de los investigados.

No obstante lo anterior, este Despacho considera relevante mencionar que aún si fuera cierto que no existieran pruebas directas que demostraran la comisión de la conducta, lo cual se repite, no es cierto, se ha entendido en el ámbito local e internacional, que para determinar la existencia de una de las prácticas consideradas como restrictivas de la libre competencia en los términos de la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, y demás, no es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas.

Por el contrario, se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de conductas contrarias a la libre competencia con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia¹⁵².

¹⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En efecto, se ha entendido que, por ejemplo, en los casos de colusión en licitaciones públicas, precisamente la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial juega un papel fundamental. Esto debido a que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, como lo podrían ser acuerdos escritos entre las partes. Es así como, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

"...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que "el derecho de la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas– y se debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ...hay que resaltar –continúa la sentencia indicada– que estas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda". Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 de abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia"¹⁵³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En igual sentido, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile se ha afirmado sobre la prueba indiciaria lo siguiente:

"(...) La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia"¹⁵⁴.

Por su parte, en Estados Unidos las diferentes Cortes han entendido que la prueba directa no es un requisito *sine qua non*, y que por el contrario, la evidencia circunstancial permite establecer la existencia de acuerdos anticompetitivos¹⁵⁵. Como señala el profesor William Kovacic "en casos de derecho de la competencia, las cortes permiten que la existencia de un acuerdo sea establecida por evidencia circunstancial"¹⁵⁶, lo cual es manifestado de igual forma por el juez Richard Posner, quien señaló que "la mayoría de los casos son contruidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial"¹⁵⁷.

¹⁵³ RESOLUCION (Expediente 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. En: www.tdcompetencia.es

¹⁵⁴ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N°57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5° del voto de minoría.

¹⁵⁵ Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito. Caso: *In re Text Messaging Antitrust Litigation*. Decisión del 29 de diciembre de 2010. ("Direct evidence of conspiracy is not a sine qua non (...) Circumstantial evidence can establish an antitrust conspiracy").

¹⁵⁶ Kovacic, William E. y Marshall, Robert C. y Marx, Leslie M. y White, Halbert L., "Plus Factors and Agreement in Antitrust Law". Diciembre 1 de 2011. Michigan Law Review, Vol. 110, No. 3, p. 393-436, 2011; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-1; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-1.

¹⁵⁷ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) ("...most of cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence..."). Esto también se encuentra evidente en el caso *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998): "Solo en casos raros el demandante puede establecer la existencia de una conspiración mostrando explícitamente un acuerdo; la mayoría de conspiraciones se inferen del comportamiento de los investigados [...] y de otra evidencia circunstancial [...]" ("[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behaviour of the alleged conspirators [...] and from other circumstantial evidence [...]").

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 96

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Finalmente, según la OCDE, cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia¹⁵⁸, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

Ahora bien, en el ámbito local, esta Superintendencia se ha referido en diferentes ocasiones al respecto¹⁵⁹, afirmando que:

"(...) en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregulares en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta. Tan es cierto lo anterior que la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha diseñado guías para combatir la colusión en licitaciones, en las cuales establece los indicios que llevan a demostrar la existencia de este tipo de conductas anticompetitivas.

*Más aún, (...), internacionalmente se reconoce que los indicios juegan un papel fundamental en la identificación de acuerdos anticompetitivos, en la medida en que la mayoría de investigaciones por la supuesta comisión de acuerdos no existe un documento en que el conste el contrato o el cartel, pero sí numerosas piezas procesales a partir de las cuales el juez o la administración pueden concluir, con certeza absoluta, que existió una conducta ilegal"*¹⁶⁰ (Subraya fuera de texto original).

Incluso, y contrario a lo manifestado por los investigados, el Consejo de Estado ha avalado el uso de los indicios como medios de prueba para detectar la existencia de acuerdos anticompetitivos. De esta forma, en decisión del 21 de junio de 2018 este Tribunal manifestó lo siguiente:

"Y si bien en la práctica es sencillo determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, en la mayoría de los casos las autoridades no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.

*En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia"*¹⁶¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De lo anterior puede evidenciarse que el máximo Tribunal en materia administrativa en el país no solo acepta el uso de los indicios como medio de prueba, sino que reconoce explícitamente su utilidad y necesidad en procesos en los que se busca establecer la existencia de prácticas restrictivas del régimen de libre competencia.

Por lo anterior, para este Despacho queda demostrado que los argumentos de los investigados respecto a este punto son completamente infundados.

¹⁵⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). "SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION". 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&docLanguage=es](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&docLanguage=es)

¹⁵⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

¹⁶⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68967 de 2013.

¹⁶¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Decisión del 21 de junio de 2018, Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00305-02.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

8.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos respecto a la conformación de figuras asociativas para la participación en procesos de selección

Para **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** es normal que los participantes en un proceso de selección busquen maximizar utilidades presentándose de manera unilateral, pero en los casos en que los posibles oferentes no cumplen con los requisitos de manera individual, es igualmente común que celebren acuerdos de colaboración (consorcios y uniones temporales) con otras empresas, los cuales no pueden ser reprochados por esta Superintendencia.

Al respecto, este Despacho debe manifestar que contrario a lo afirmado por los investigados, en ningún momento se ha pretendido censurar o reprochar el uso de figuras asociativas para la presentación de ofertas en el marco de los procesos de selección para la adjudicación de un contrato por parte de una entidad estatal.

Esto, toda vez que dichas figuras, como los consorcios y las uniones temporales, son legítimas dentro del ordenamiento nacional, y cumplen una función primordial en el régimen de las contrataciones públicas. Sin embargo, lo que sí debe encontrarse como reprochable es el hecho que dos empresas se presenten como competidores a un proceso de selección, y de manera ilegítima coordinen su comportamiento dentro del proceso, burlando las expectativas de los demás participantes y de la entidad contratante de elegir la mejor oferta en el marco de un proceso competitivo.

Por este motivo, y dado que este Despacho encontró plenamente acreditado que entre los agentes de mercado investigados existía una política de coordinación, la cual se materializó de manera puntual en el marco de seis procesos de selección que fueron objeto de estudio por parte de esta Superintendencia, lo que se está sancionando en el presente acto administrativo es precisamente el comportamiento coordinado entre diferentes oferentes que participaron en los procesos aparentando ser competidores, cuando en realidad no lo eran.

Por este motivo, no se encuentra sustento en los argumentos de los investigados encaminados a manifestar que la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra sancionando la participación en procesos de selección por medio de figuras asociativas establecidas en la ley.

NOVENO: Que este Despacho observa que en la Resolución de Apertura de Investigación, por medio de la cual se dio inicio a la presente actuación, la Delegatura imputó cargos a **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos), por aparentemente haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber presuntamente colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta anticompetitiva analizada en la presente Resolución.

Sin embargo, se advierte que, de acuerdo a diferentes precedentes de esta Superintendencia en casos similares¹⁶², no puede entenderse que **AVINCO** ostentara la calidad de facilitador de la conducta anticompetitiva, pues al haber participado como miembro de consorcios conformados con los demás investigados ostenta la calidad de agente de mercado. Por este motivo, su posible participación en los hechos debió haberse estudiado a la luz del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y no del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por este motivo, y en aras de garantizar el debido proceso, el principio de tipicidad y el derecho a la defensa de los investigados, este Despacho archivará la investigación en favor de **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) por una indebida imputación, sin pronunciarse de manera alguna respecto a su conducta y/o posible responsabilidad en la comisión de los hechos analizados.

¹⁶² Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 35120 de 2017, 1728 de 2019 y 54338 de 2019, entre otras.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 98

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En el mismo sentido, y por sustracción de materia, las observaciones al Informe Motivado presentadas por **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) no fueron objeto de pronunciamiento en el presente acto administrativo.

Sin embargo, se compulsarán copias de la presente decisión, una vez en firme, a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia para que evalúe si existe mérito para iniciar una investigación preliminar contra **AVINCO** y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** por haber presuntamente participado en las conductas que se analizaron en el presente acto administrativo.

DÉCIMO: Responsabilidad individual de los investigados

Que una vez acreditada la infracción imputada, este Despacho procederá a determinar la responsabilidad individual de los investigados.

10.1. Responsabilidad de los agentes de mercado

10.1.1. Responsabilidad de DVG y PROTECO

Con fundamento en lo expuesto en el presente acto administrativo, el Despacho encuentra que **PROTECO** y **DVG**, en el marco de una extensa relación previa y de la existencia de un control competitivo ejercido por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) sobre las dos compañías, coordinaron su comportamiento en el desarrollo de los diferentes procesos de selección en los que participaron y que fueron objeto de estudio por parte de esta Superintendencia, así como en la ejecución de algunos de los contratos de los que resultaron siendo adjudicatarios.

Así, quedó plenamente probado que (i) **DVG** y **PROTECO** fueron constituidas por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, quien fue el accionista fundador y controlante de ambas empresas, y a pesar de haber cedido su participación accionaria en **DVG**, mantuvo una relación de cercanía con esta compañía; y (ii) existía un control desde el punto de vista competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **PROTECO** y **DVG**, pues contaba con la capacidad de influenciar de manera directa el comportamiento de ambas empresas en el mercado.

Adicionalmente, se pudo constatar la existencia de un número adicional de circunstancias que ocurrieron entre las empresas investigadas, que facilitaron el actuar coordinado de las mismas en los diferentes mercados en que participaron. Al respecto, a través de múltiples medios de pruebas testimoniales y documentales, quedó probado que las empresas investigadas (i) compartían personal de trabajo; (ii) contaban con funcionarios que hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban adjudicatarios; y (iii) se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades.

Por último, se evidenció que **DVG** y **PROTECO** se coordinaron en los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017**, **SA-MC-DO-SMF-027-2017**, **LP-DO-SMF-027-2018**, **SA-MC-DO-SMF-021-2017**, **SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el **INVÍAS**, aparentando ser competidores cuando en realidad actuaron de manera coordinada. De hecho, diferentes correos electrónicos y documentos recabados durante la actuación administrativa, dieron cuenta como la elaboración de las propuestas a presentar por **DVG** y **PROTECO** en los mencionados procesos fue coordinada por los altos directivos de ambas compañías y dirigido por el poder controlante que ejercía **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre ambas compañías.

Por este motivo, y según el amplio material probatorio expuesto en la presente Resolución, este Despacho encuentra que **DVG** y **PROTECO** incurrieron en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, infringiendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco de los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017**, **SA-MC-DO-SMF-027-2017**, **LP-DO-SMF-027-2018**, **SA-MC-DO-SMF-021-2017** y **SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantados por el **INVÍAS**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Igualmente, se encontró probado que DVG incurrió en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, infringiendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco del proceso de selección FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR, en el cual coordinó su comportamiento con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO). Teniendo en cuenta que este Despacho no encontró pruebas respecto a la participación de PROTECO en el mencionado proceso de selección No. FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR, archivará la investigación en su favor por la posible infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en ese proceso en específico.

10.1.2. Responsabilidad de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO)

Con fundamento en lo expuesto en el presente acto administrativo, el Despacho encuentra que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO), en su calidad de fundador de DVG y PROTECO, y en virtud de la existencia de un control competitivo ejercido sobre ambas compañías, coordinaba su comportamiento con dichas empresas en el desarrollo de los diferentes procesos de selección en los que participaban como aparentes competidores.

Así, este Despacho encontró probado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** fue el accionista fundador de DVG y PROTECO y controlante de ambas empresas. Igualmente, se evidenció que a pesar de haber cedido su participación accionaria en DVG, mantuvo una relación de control con esta compañía desde el punto de vista competitivo por su parte, pues contaba con la capacidad de influenciar de manera directa el comportamiento de DVG y PROTECO en el mercado.

De hecho, se pudo constatar que el control competitivo de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre PROTECO y DVG, fue utilizado para que dichos agentes de mercado coordinaran su participación en procesos de selección para la adjudicación de contratos estatales. Puntualmente, se acreditó que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, ejerció su control competitivo sobre DVG y PROTECO con el fin de coordinar el comportamiento de dichas empresas en los procesos de selección No. LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, LP-DO-SMF-027-2018, SA-MC-DO-SMF-021-2017 y SA-MC-DO-SMF-007-2018 adelantados por el INVÍAS.

Por su parte, en el marco del proceso de selección FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR, en el cual **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** actuó directamente como participante, coordinó su comportamiento con DVG, quien también participó del mismo proceso, aparentado competencia.

Por este motivo, y según el amplio material probatorio expuesto en la presente Resolución, este Despacho encontró probado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** incurrió, junto con DVG y PROTECO, en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica, infringiendo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en el marco de los procesos de selección No. LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, LP-DO-SMF-027-2018, SA-MC-DO-SMF-021-2017 y SA-MC-DO-SMF-007-2018 adelantados por el INVÍAS y el proceso de selección FNTIA-043-2018 adelantado por el FONTUR.

Por este motivo, el Despacho encuentra mérito para declarar la responsabilidad de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO) en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

10.2. Responsabilidad de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) como facilitador de la conducta anticompetitiva

Con base en el material probatorio expuesto en el presente documento y su correspondiente valoración, este Despacho encuentra probado que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) prestó una importante colaboración en la estructuración de la conducta restrictiva de la libre competencia económica implementada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de PROTECO), DVG y PROTECO en los procesos de selección analizados en la presente actuación administrativa.

RESOLUCIÓN (**073323**) DE 2020

HOJA N° 100

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

En primer lugar, quedó acreditada su relación de amistad con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, la cual llevó a que este último le cediera la totalidad de sus acciones en **DVG** al momento en que decidió retirarse de dicha compañía. Igualmente, se evidenció que en el marco de dicha amistad, **EDER ZABALETA ROJAS** adelantó conductas para colaborar con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** y materializar así el comportamiento coordinado que tendrían **DVG** y **PROTECO** en los diferentes procesos de selección en los que participaban.

Igualmente, quedó establecido que en su calidad de accionista y representante legal suplente de **DVG**, **EDER ZABALETA ROJAS** ejecutó la conducta anticompetitiva acá sancionada al tener una participación activa en la obtención de los requisitos habilitantes para que **PROTECO** pudiera participar en los diferentes procesos de selección como aparente competidor de **DVG**, al igual que revisaba las propuestas económicas de ambas compañías. Comportamientos estos que indiscutiblemente permitían a **EDER ZABALETA ROJAS** tener acceso a información confidencial de su competidor y de la estrategia que este seguiría en el mercado. Por este motivo, para este Despacho no hay explicación diferente a la existencia de una conducta colusoria en el hecho que el representante legal de una empresa adelante acciones para permitir la participación de sus competidores en el mismo proceso de selección. Adicionalmente, dicha conducta deja en evidencia el conocimiento del accionista de **DVG** de la existencia de una estrategia de coordinación entre esta última y **PROTECO** con respecto a su participación y comportamiento en los diferentes procesos de selección en los que participaban como competidores.

Igualmente, se encontró probado que **EDER ZABALETA ROJAS**, en su calidad de accionista y representante legal suplente de **DVG**, prestaba colaboración directa a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) en el desarrollo de los procesos y la posterior ejecución de los contratos adjudicados. Así, hay pruebas directas, tales como diferentes testimonios, que dan cuenta que en los casos en que **PROTECO** resultaba adjudicatario de contratos de obra, **EDER ZABALETA ROJAS** autorizaba el préstamo de dineros que eran utilizados para el pago de nóminas y equipos necesarios para la ejecución de obras. Esta situación de nuevo, no encuentra explicación distinta a la existencia de una conducta colusoria entre los investigados, la cual era de conocimiento de **EDER ZABALETA ROJAS**, quien conscientemente colaboraba con su competidor en las diferentes etapas de los procesos en los que participaban.

De esta manera, es posible concluir que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado y colaborado la conducta anticompetitiva analizada y sancionada en la presente Resolución.

DÉCIMO PRIMERO: Monto de las sanciones

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad".

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con la adquisición de bienes y servicios por parte de entidades del gobierno, que resulta ser una de las más gravosas, teniendo en cuenta que el gasto del gobierno representa cerca del 15% del gasto total de la economía¹⁶³ y que cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una asignación eficiente de los recursos públicos.

En este sentido, la adecuada ejecución de las compras públicas permite por un lado, el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad. Lo anterior en suma, permite que se logre una asignación eficiente de los recursos públicos.

Por consiguiente, cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable bajo el régimen de libre competencia económica en Colombia pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una libre participación de las empresas en el mercado.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.

Bajo ese contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV).

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV).**

Teniendo en cuenta que de conformidad con el artículo 49 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, se estableció que:

"ARTÍCULO 49. CÁLCULO DE VALORES EN UVT. A partir del 1 de enero de 2020, todos los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, actualmente denominados y establecidos con base en el salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario (UVT). En adelante, las actualizaciones de estos valores también se harán con base en el valor de la UVT vigente".

¹⁶³ En el 2019, de acuerdo con el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas - DANE, el Producto Interno Bruto de Colombia fue de 1.062 billones de pesos, de los cuales cerca de 164 billones correspondieron al gasto de consumo final del gobierno general. En otras palabras, el gasto del gobierno representó poco más del 15% del gasto total de la economía.

RESOLUCIÓN (**ES 73323**) DE 2020

HOJA N° 102

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Y que el Departamento de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, "DIAN") fijó, mediante Resolución No. 84 del 28 de noviembre de 2019, la Unidad de Valor Tributario (UVT) vigente para el 2020 en TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$35.607.00), las sanciones a imponer serán expresadas en UVT

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

11.1. Agentes de mercado

11.1.1. Sanción a pagar por PROTECO

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones a imponer a PROTECO, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que las conductas tuvieron sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado por parte de PROTECO generó efectos perjudiciales, pues vició cinco (5) procesos de contratación adelantados por INVÍAS que tenían como objeto diferentes obras de construcción, mantenimiento y operación de ríos y muelles en los departamentos de Chocó, Putumayo, Amazonas y Guaviare. Lo anterior es bastante ilustrativo de que el comportamiento desplegado afectó construcciones fundamentales para el desarrollo de los Departamentos a los que pertenecen.

Sumado a lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen cualquier tipo de práctica o conducta coordinada para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el gobierno, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas se reconocen internacionalmente como *bid rigging* o *collusive tendering* y son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% de los mercados en los cuales PROTECO participó pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en cinco (5) de los seis (6) procesos analizados al menos una de las investigadas resultó adjudicataria del contrato. Para el caso particular de PROTECO, la empresa fue adjudicataria en tres (3) de los contratos.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que PROTECO tuvo una participación activa y protagónica en cinco (5) de los (6) procesos analizados.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan valorar de forma positiva o negativa la conducta procesal de PROTECO. Así, el criterio será considerado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a PROTECO, se le impondrá una multa de CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$137.443.020.00) equivalentes a TRES MIL OCHOCIENTAS SESENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (3.860 UVT) por la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 103

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Esta sanción equivale al 10% aprox. de su patrimonio líquido de 2019 y al 4,9% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,16% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.1.2. Sanción a pagar por DVG

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones a imponer a **DVG**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que las conductas tuvieron sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado por parte de **DVG** generó efectos perjudiciales, pues vició seis (6) procesos de contratación adelantados por **INVIAS** y **FONTUR** que tenían como objeto diferentes obras de construcción, mantenimiento y operación de ríos y muelles en los departamentos de Chocó, Putumayo, Amazonas y Guaviare, así como un embarcadero turístico en el Departamento del Cauca. Lo anterior es bastante ilustrativo de que el comportamiento desplegado afectó construcciones fundamentales para el desarrollo de los Departamentos a los que pertenecen.

Sumado a lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen cualquier tipo de práctica o conducta coordinada para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el gobierno, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas se reconocen internacionalmente como *bid rigging* o *collusive tendering* y son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% de los mercados en los cuales **DVG** participó pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en cinco (5) de los seis (6) procesos analizados al menos una de las investigadas resultó adjudicataria del contrato. Para el caso particular de **DVG**, la empresa fue adjudicataria en dos (2) de los contratos.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **DVG** tuvo una participación activa y protagónica en todos procesos analizados.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan valorar de forma positiva o negativa la conducta procesal de **DVG**. Así, el criterio será considerado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **DVG**, se le impondrá una multa de **DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$287.170.455.00)** equivalentes a **OCHO MIL SESENTA Y CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (8.065 UVT)** por la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Esta sanción equivale al 12% aprox. de su patrimonio líquido de 2019 y al 5,3% aprox. de sus ingresos del mismo año.

SECRETARIO AD-HQC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 104

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

La anterior sanción equivale al 0,33% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.1.3. Sanción a pagar por DANIEL VELASCO GONZALEZ (accionista único de PROTECO)

En cuanto a los criterios de graduación de las sanciones a imponer a **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**), de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que las conductas tuvieron sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado por parte de **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**), en su calidad de agente de mercado y controlante de **DVG** y **PROTECO** generó efectos perjudiciales, viciando seis (6) procesos de contratación adelantados por el **INVÍAS** y **FONTUR** que tenían como objeto diferentes obras de construcción, mantenimiento y operación de ríos y muelles en los departamentos de Chocó, Putumayo, Amazonas y Guaviare, así como un embarcadero turístico en el Departamento del Cauca. Lo anterior es bastante ilustrativo de que el comportamiento desplegado afectó construcciones fundamentales para el desarrollo de los Departamentos a los que pertenecen.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% de los mercados en los que participó **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**) como controlante de **DVG** y **PROTECO**, o como oferente directo, pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en cinco (5) de los seis (6) procesos analizados al menos una de las investigadas resultó adjudicataria del contrato.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**) tuvo una participación activa y protagónica en todos procesos analizados, como agente controlante de las empresas investigadas y, para el caso del proceso No. **FNTIA-043-2018** del **FONTUR**, como proponente a través del **CONSORCIO EMBARCADERO**.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan valorar de forma positiva o negativa la conducta procesal de **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**). Así, el criterio será considerado de forma neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de **PROTECO**), se le impondrá una multa de **CIENT MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$100.055.670.00)** equivalentes a **DOS MIL OCHOCIENTAS DIEZ UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (2.810 UVT)** por la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

La anterior sanción equivale al 0,11% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.2. Personas naturales facilitadoras de la conducta

11.2.1. Sanción a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG)

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA N° 105

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la persistencia en la conducta infractora, se encuentra demostrado que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) participó en la estructuración de la conducta restrictiva de la competencia implementada durante la totalidad de los procesos de selección analizados en la presente actuación administrativa.

En relación con el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el Despacho reitera lo señalado en la dosificación de la sanción de DVG, empresa a la cual se encuentra vinculado.

Sobre la reiteración de la conducta prohibida, este Despacho no encontró que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la conducta procesal del investigado, este Despacho no encuentra argumentos que le permitan valorar de forma positiva o negativa la conducta procesal de **DANIEL EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG). Así, el criterio será considerado de forma neutra.

Finalmente, en cuanto al grado de participación en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) ejecutó la conducta anticompetitiva reprochada a DVG, a su vez que colaboró, bajo la dirección de **DANIEL VELASCO GONZALEZ** (accionista único de PROTECO), con el desarrollo de la misma, al participar activamente en la elaboración conjunta de las propuestas de los procesos de selección objeto de análisis.

Se tiene entonces que a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de DVG) se le impondrá una multa de **DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$16.735.290.00)** equivalentes a **CUATROCIENTAS SETENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (470 UVT)**.

La anterior sanción equivale al 0,95% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528 y **DVG INGENIERÍA S.A.S**, identificada con NIT 900.666.120-9 violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, en los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-021-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, SA-MC-DO-SMF-007-2018, LP-DO-SMF-027-2018** adelantados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-** y **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONDO NACIONAL DEL TURISMO -FONTUR-**.

ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que **PROTECO INGENIERÍA S.A.S**, identificada con NIT 901.007.373-2 violó la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución, en los procesos de selección No. **LP-DO-SMF-028-2017, SA-MC-DO-SMF-021-2017, SA-MC-DO-SMF-027-2017, SA-MC-DO-SMF-007-2018, LP-DO-SMF-027-2018** adelantados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-**.

RESOLUCIÓN (**25873323**) DE 2020

HOJA N° 106

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

ARTÍCULO TERCERO: ARCHIVAR en favor de **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** identificada con NIT 901.007.373-2 la investigación por haber supuestamente incurrido en violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en el proceso de selección No. **FNTIA-043-2018** adelantado por el **FONDO NACIONAL DEL TURISMO -FONTUR-**.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528, **DVG INGENIERÍA S.A.S.**, identificada con NIT 900.666.120-9 y **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** identificada con NIT 901.007.373-2, por la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en los términos de la presente Resolución, las siguientes sanciones:

4.1. A DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528 una multa de **CIENTOS MILLOONES CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$100.055.670.00)** equivalentes a **DOS MIL OCHOCIENTAS DIEZ UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (2.810 UVT)**.

4.2. A DVG INGENIERÍA S.A.S., identificada con NIT 900.666.120-9 una multa de **DOSCIENTOS OCHENTA Y SIETE MILLONES CIENTO SETENTA MIL CUATROCIENTOS CINCUENTA Y CINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$287.170.455.00)** equivalentes a **OCHO MIL SESENTA Y CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (8.065 UVT)**.

4.3. A PROTECO INGENIERÍA S.A.S. identificada con NIT 901.007.373-2 una multa de **CIENTO TREINTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$137.443.020.00)** equivalentes a **TRES MIL OCHOCIENTAS SESENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (3.860 UVT)**.

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

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

ARTÍCULO QUINTO: DECLARAR que **EDER ZABALETA ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.236.747, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por cuanto colaboró y ejecutó la infracción a lo dispuesto en artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEXTO: IMPONER a **EDER ZABALETA ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.236.747, responsable de ejecutar y colaborar con la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, una multa de **DIECISÉIS MILLONES SETECIENTOS TREINTA Y CINCO MIL DOSCIENTOS NOVENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$16.735.290.00)** equivalentes a **CUATROCIENTAS SETENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIAS VIGENTES EN 2020 (470 UVT)**.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del Expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución.

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

ARTÍCULO SÉPTIMO: ARCHIVAR en favor de **AVINCO S.A.S.** identificada con NIT 800.210.894-0 y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.243.023, la investigación por haber supuestamente incurrido en violación a lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO OCTAVO: ORDENAR a los sancionados, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación de los siguientes textos, según corresponda:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, DVG INGENIERÍA S.A.S, PROTECO INGENIERÍA S.A.S. y EDER ZABALETA ROJAS** informan que:*

*Mediante Resolución No. **73323** de 2020 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, DVG INGENIERÍA S.A.S** y **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.**, por haber infringido lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así como **EDER ZABALETA ROJAS**, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado y ejecutado las infracción a lo dispuesto en artículo 1 de la Ley 155 de 1959.*

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

Las publicaciones deberán realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

ARTÍCULO NOVENO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528, **DVG INGENIERÍA S.A.S**, identificad con NIT 900.666.120-9, **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** identificada con NIT 901.007.373-2, **EDER ZABALETA ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.236.747, **AVINCO S.A.S.** identificada con NIT 800.210.894-0 y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.243.023, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO DÉCIMO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución, una vez en firme, al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-** y al **FONDO NACIONAL DE TURISMO -FONTUR-**, con el fin de que dichas entidades adviertan la dinámica anticompetitiva aquí descrita, la cual está afectando las contrataciones públicas, y tomen las medidas que estimen necesarias para contrarrestar las mismas.

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Una vez en firme la presente decisión, **COMPULSAR** copias de la misma a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para los fines de sus competencias.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Una vez en firme la presente decisión, **COMPULSAR** copias de la misma a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia con el fin de

SECRETARIO AD-HOC

RESOLUCIÓN (**73323**) DE 2020

HOJA Nº 108

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

que evalúe si existe mérito para iniciar una averiguación preliminar contra **AVINCO S.A.S.** identificada con NIT 800.210.894-0 y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.243.023, por haber presuntamente incurrido en las infracciones que se sancionan en el presente acto administrativo.

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

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los (**18 NOV 2020**)

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: T Posada/A García
Revisó/Aprobó: A Pérez

NOTIFICAR

DANIEL VELASCO GONZÁLEZ

Cédula de Ciudadanía No. 79.647.528

PROTECO INGENIERÍA S.A.S.

NIT 901.007.373-2

Apoderado

JUAN DE JESÚS GALVIS GARCÍA

C.C. 13.259.517

T.P. 29.435 del C.S.J.

abogadojgalvis@hotmail.com

Calle 26 No. 13 A - 97, Oficina 501, Edificio Bulevar del Tequendama
Bogotá, Colombia

EDER ZABALETA ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 73.236.747

DVG INGENIERÍA S.A.S

NIT 900.666.120-9

Apoderado

OLIVIER ORTEGA RICO

C.C. 1.015.397.977

T.P. 198.582 del C.S.J.

Calle 92 No. 15-48, Oficina 301, Bogotá
o.ortega@jimenezortega.com

JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 79.243.023

AVINCO S.A.S.

NIT 800.210.894-0

Apoderado

CARLOS HERNAN VARGAS ALVAREZ

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia"

C.C. 19.372.372
T.P. 266.581 del C.S.J.
carlosvargasabogado@gmail.com

COMUNICAR

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
NIT 800.152.783-2
Diagonal 22 B No. 52 - 01 (Ciudad Salitre)
Bogotá, Colombia

CONTRALORIA GENERAL DE LA NACIÓN
NIT 899.999.067-2
Carrera 69 No. 44 - 35
Bogotá, Colombia

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN
NIT 899.999.119-7
Carrera 5 No. 15-80
Bogotá, Colombia

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS -INVÍAS-
NIT 800.215.807-2
njudiciales@invias.gov.co
Calle 25G No. 73B-90
Bogotá, Colombia

FONDO NACIONAL DE TURISMO -FONTUR-
NIT 900.649.119-9
contactenos@fontur.com.co
Calle 28 No. 13a - 24, Piso 6, Edificio Museo del Parque
Bogotá, Colombia

DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
NIT 800.176.089-2
Carrera 13 No. 27-00, Piso 10.
Bogotá D.C.

Bogotá D.C., 15/02/2021 El Acto Administrativo Número 73323 de fecha 18/11/2020 es primera copia y quedó ejecutoriado para EDER ZABALETA ROJAS el día 05/02/2021


SECRETARIO AD-HOC