



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

RESOLUCIÓN № 11623 DE 2019

( 06 MAY 2019 )

Radicación: 15-81527

**VERSIÓN ÚNICA**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de facultades legales, y en especial las previstas en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>1</sup>, y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 1728 del 29 de enero de 2019 (en adelante "Resolución Sancionatoria" o "Resolución No. 1728 de 2019"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **AJUSTEC INGENIERIA LTDA.** (en adelante "**AJUSTEC**"), **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, por haber incurrido en las conductas infractoras del régimen de protección de la libre competencia económica previstas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones públicas) y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA**, 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, por facilitar y tolerar las conductas anticompetitivas violatorias del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** interpusieron recursos de reposición contra dicho acto administrativo<sup>2</sup>.

A continuación, se expondrán los principales puntos de los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

**2.1. Argumentos planteados por NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**

- Para que una conducta pueda configurar un delito en derecho penal, debe ser típica, antijurídica y culpable. Sin embargo, en el presente caso, no hay prueba que demuestre la culpabilidad del sancionado toda vez que no está demostrado en el Expediente que se haya actuado con dolo o intención de causar un daño;
- La sanción impuesta por la Superintendencia de Industria y Comercio está basada en meros indicios y conjeturas, y no en pruebas concretas;
- En el presente caso no existió un acuerdo entre los sancionados para delinquir. Por el contrario, la conducta realizada por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se dio como una conducta "*acelerada de mi parte con el ánimo de participar en la licitación pero nadie acordó nada con nadie*";
- En el Expediente no hay prueba alguna que demuestre el daño supuestamente causado al bien jurídico tutelado;

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

<sup>2</sup> Folios 1260 a 1363 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente. Entiéndase que el en presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 15-81527, en adelante el "Expediente".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En la presente actuación administrativa siempre se presumió la mala fe de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, violando así el principio constitucional de buena fe, establecido en el artículo 83 de la Constitución Política;

**ES O T T ?**

- Con la sanción impuesta a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se violaron los principios de presunción de inocencia e "*in dubio pro reo*", en virtud de los cuales es carga del investigador demostrar la responsabilidad penal del investigado.

## 2.2. Argumentos presentados por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**

- Para la participación en el proceso de selección MCO 005-2014 del FONADE, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** debían adelantar acuerdos consorciales con terceros, toda vez que ni de manera independiente, ni de manera conjunta (por medio de la sociedad **GPR INGENIERÍA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A.S.**, en adelante "GPR") tenían la experiencia necesaria para participar en el mencionado proceso;
- En virtud de lo anterior, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** realizó un acuerdo comercial con **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, que consistía en presentar conjuntamente, y como consorcios, propuestas futuras ante el FONADE. En virtud de dicho acuerdo, el ingeniero **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** se limitaría a suscribir las propuestas y entregar los documentos que soportaran la experiencia necesaria para participar en el proceso;
- Hecho lo anterior, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** entregó todos los documentos correspondientes al proceso de selección del FONADE a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, para que fuera él quien preparara la propuesta desde el punto de vista técnico y económico. Sin embargo, no puede establecerse la existencia de un acuerdo anticompetitivo con **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** ni con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**;
- Hecha la propuesta, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se encargó de presentar la misma ante la entidad contratante. No obstante, solo hasta el 19 de marzo de 2016 (fecha posterior al cierre del proceso MCO 005-2014 del FONADE) se conoció que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** había presentado una propuesta paralela, correspondiente a un consorcio que había conformado con **AJUSTEC**;
- El hecho que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** sean socios y únicos accionistas de la sociedad GPR no puede constituirse como prueba suficiente de la existencia de un acto irregular entre ellos. Por el contrario, hay una ausencia de prueba respecto a la existencia de un acuerdo o pacto anticompetitivo, toda vez que no es posible establecer la presencia del elemento volitivo, el cual es esencial para la existencia de un acuerdo o pacto entre las partes;
- Debe tenerse en cuenta que en el presente caso no existió queja alguna presentada por parte del FONADE como entidad contratante, o por algún otro proponente, lo cual muestra que no se generó un daño en el mercado;
- Durante la etapa preliminar, la Superintendencia no ordenó mediante auto la práctica de pruebas, no se nombró funcionario investigador o comisionado, ni se informó con anticipación a los investigados de dichas visitas;
- Nunca hubo un propósito por parte de **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** de violar las normas de libre competencia;
- De acuerdo a la definición dada por la Real Academia de la Lengua Española, la colusión requiere, para su configuración, de ciertos elementos esenciales, como lo son el elemento volitivo y una afectación a tercero. Así, para que haya practica restrictiva o acuerdo colusorio se requiere probar: (i) un acuerdo de voluntades entre 2 o más personas o empresas; (ii) que el pacto o acuerdo sea ilícito; (iii) que se cause un daño a un tercero; y (iv) que lo que se busque sea restringir la competencia. Sin embargo, en el presente caso no existe prueba del elemento volitivo ni del daño a terceros;

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No es posible hablar de pactos o acuerdos cuando no se tiene el control del proceso contractual que se intenta burlar. Precisamente, en el presente caso los investigados no tenían forma de afectar la libre de competencia en el proceso en mención, toda vez que no tenían forma de afectar la adjudicación del contrato. Lo anterior, teniendo en cuenta que las condiciones del proceso estaban establecidas con anterioridad por la entidad contratante.

### 2.3. Argumentos presentados por HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ

- No hay prueba en el Expediente que demuestre que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** tenía conocimiento y aceptó la dinámica de colaboración alegada por la Superintendencia;
- La función que tenía **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** en la preparación de la oferta presentada al **FONADE** era la de entregar certificaciones y documentos que acreditaran su experiencia. Efectivamente no participó en la elaboración de la propuesta, lo cual no solamente era suficiente para haberlo eximido de la responsabilidad establecida en el numeral 16 de artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, sino también debió haberlo eximido de cualquier tipo de colusión en la preparación de la oferta;
- Adicionalmente, el hecho de no haber participado en la elaboración de la propuesta no implicaba que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** no fuera a responder por el contrato resultante del proceso de selección ante el **FONADE**, dado que son dos etapas diferentes, las cuales la Superintendencia confunde;
- No hay prueba en el Expediente que demuestre que el objeto o la intención de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** era participar en una colusión;
- No es posible establecer que el aportar experiencia para la participación en un proceso de selección sea considerado violatorio, per se, de la ley de libre competencia;
- Si bien **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** aportó sus documentos a **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, bajo el entendido que la propuesta al **FONADE** sería presentada a través de **GPR**, desconocía por completo cualquier conducta o decisión de los accionistas de dicha empresa de realizar actos colusorios;
- **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** nunca tuvo conocimiento que se estuvieran presentando dos ofertas al mismo proceso de selección, a nombre de los otros investigados;
- Contrario a lo manifestado por la Superintendencia, no existen pruebas que den cuenta de una relación consolidada entre los investigados. De igual forma, y a pesar de no haberlo manifestado nunca, el hecho que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** identificara a **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** como una unidad no puede ser entendido como una conducta colusoria per se;
- No es cierto que la intención de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** fuera la de no participar en la ejecución del contrato resultante del proceso de selección en caso de resultar adjudicatarios;
- No es posible establecer que por haberse presentado en anteriores oportunidades con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** en procesos de selección, se hubiera configurado una conducta colusoria. Lo anterior dado que no existen pruebas que den cuenta de la existencia de una dinámica de colaboración entre dichos investigados. Adicionalmente, sólo existen en el Expediente pruebas respecto a que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** participaron en un (1) proceso de selección anterior;
- **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** realizó la revisión de los documentos que conformaban la oferta que iba a ser presentada en el proceso de selección en cuestión, sin identificar nada fuera de lo normal. Valga decir que dicha revisión consistía únicamente en verificar que se estuviera cumpliendo con todos los requisitos exigidos en el pliego de condiciones y demás documentos del proceso;
- Los elementos en los que se basó la Delegatura para realizar su Informe Motivado no permiten inferir la existencia de un acuerdo;

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Contrario a lo manifestado por la Superintendencia, no era posible para **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ**, bien como integrante del consorcio **OBRAS 2014** o bien como representante del mismo, verificar que los otros miembros no estuvieran participando en conductas ilegales. Su actuar siempre fue de buena fe, y se limitaba a revisar los documentos que conformaban la propuesta que iba a ser presentada. Sin embargo, le era imposible poder detectar un actuar anticompetitivo por parte de otro de los miembros del cartel. Bajo ningún punto de vista puede entenderse que obrar de buena fe es actuar negligentemente;
- El haber sido absuelto de los cargos por incurrir en la responsabilidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, debería implicar el ser absuelto igualmente de cualquier tipo de participación en un acuerdo colusorio;
- Finalmente, no es cierto que **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** deba responder solidariamente por los actos que pueda cometer su consorciado para esta clase de conductas, las cuales implican una responsabilidad "*personalísima e indelegable*".

**TERCERO:** Que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), esta Superintendencia, por medio de la Resolución No. 8154 del 02 de abril de 2019, decretó como prueba dentro del Expediente los documentos aportados por **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ**.

Así, notificado el mencionado acto de pruebas, y previo traslado a los demás investigados, este Despacho procederá a resolver de plano 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 interpuestos contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales, previsto especialmente en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, los cuales catalogan expresamente esta prerrogativa como un interés colectivo, establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y señalan que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

En este sentido, las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos, incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "*consumidores*" en algún punto de la cadena de valor a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.

En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia económica **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena. Es precisamente por eso que, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos.

Adicionalmente, en las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia<sup>3</sup>.

De acuerdo con la **OCDE**<sup>4</sup>:

<sup>3</sup> Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, "*Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?*" No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. "*Informe Nacional de Competitividad 2011-2012*". Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". 2012.

<sup>4</sup> **OCDE** corresponde a la sigla en español para *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).*

*Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.*

*Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.*

*Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios"<sup>5</sup>.*

En efecto, la libre competencia constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios (consumidores) reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, y que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado.

En últimas, la sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas derivan 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.

Como puede verse de todo lo anteriormente dicho, la libre competencia es un derecho colectivo de naturaleza económica y de rango constitucional. Por su lado, este derecho constitucional es desarrollado, entre otras disposiciones, por la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 3 establece los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio por la posible violación de las normas de protección de la libre competencia económica y que tienen como eje central el buen funcionamiento de los mercados. En efecto, los propósitos de las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia económica son: **(i)** la libre participación de las empresas en el mercado; **(ii)** el bienestar general de los consumidores; y **(iii)** la eficiencia económica.

En línea con cada uno de los propósitos contenidos en la Ley 1340 de 2009, es preciso resaltar que la libre competencia económica beneficia el adecuado funcionamiento de los mercados y sectores de la economía y, por esta vía, protege a los empresarios, generándoles ambientes competitivos. En efecto, en la medida en que las empresas crezcan y se desarrollen en ambientes competitivos, cada día producirán más y mejores productos y prestarán más y mejores servicios, lo cual les permitirá conquistar mercados internacionales y ganar, mantener o incrementar cuotas de participación en los mercados locales.

<sup>5</sup> OCDE. "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia". 2014. Págs. 2 y 3.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros de las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

En relación con la última finalidad de la Ley 1340 de 2009, la libre competencia económica garantiza los derechos de los consumidores a recibir más y mejores bienes y servicios, a mejores precios, con más tecnología e innovación y con un mejor servicio al cliente. Sobre el particular, es preciso resaltar, por ejemplo, que esta Superintendencia ha indicado que el concepto de consumidor para efectos de las normas sobre protección de la libre competencia abarca tanto a consumidores intermedios como finales.

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

*"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener.*

(...)

*La razón por la que cualquier comprador en la cadena se entiende como consumidor para el derecho de la competencia, parte de la base de que cualquier distorsión generada por conductas ilegales en un eslabón aguas arriba afecta toda la cadena y, por consiguiente, a aquellos que intervengan en la misma, aguas abajo. Tan es cierto esto que, como bien lo señalan los investigadores, los economistas han diseñado herramientas cuantitativas para estimar el pass through y determinar los daños sufridos por compradores indirectos – ubicados en otros eslabones–, derivados de conductas anticompetitivas ocurridas aguas arriba, sin que esto implique que los compradores directos también hayan sufrido daños que no hayan llegado al consumidor final.*

*En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción"<sup>6</sup>.*

Vale indicar que estos mismos criterios han sido reiterados por la jurisprudencia constitucional:

*"En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención "no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella". Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos"<sup>7</sup>. (Negritas y subrayas fuera de texto).*

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la protección de la columna vertebral de la economía social de mercado y del

<sup>6</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio, incluido el Estado, cuando adelanta procesos de contratación para adquirir bienes y servicios que satisfagan sus necesidades.

Al respecto, se reitera que es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

Así, para que se predique el acuerdo restrictivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones públicas), se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma jurídica que tome dicho pacto, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de "acuerdo" contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como "[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas".

Así las cosas, lo que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo 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. Esta conducta se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (*bid rigging* o *collusive tendering* en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado<sup>8</sup>:

*"Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia". En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal."*<sup>9</sup>

*Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado."*

Tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades<sup>10</sup>, la colusión en la contratación estatal puede 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; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida

<sup>8</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>9</sup> Cita dentro de la cita: Cfr. OCDE, "Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia", Página 9 "It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."

<sup>10</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Por lo anterior, este tipo de conductas son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas.

No está de más recordar en este punto que cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal<sup>11</sup>.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de la existencia de un acuerdo colusorio entre los miembros de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** en el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por el **FONADE** que tenía como propósito el aumentar la probabilidad de éxito de los miembros de dichos consorcios, quienes en realidad tenían fuertes vínculos comerciales y personales entre ellos.

Así, se evidenciaron pruebas que dieron cuenta que entre los miembros de los consorcios investigados no solo existían relaciones comerciales y personales de tiempo atrás, sino que en virtud de las mismas estructuraron una estrategia para participar de manera coordinada en los diferentes procesos de selección. En el caso concreto, los sancionados participaron en el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por el **FONADE** por medio de dos consorcios, aparentemente independientes y competidores, pero que en realidad presentaron ofertas paralelas, buscando beneficiarse mutuamente de la participación conjunta en el respectivo proceso de selección.

En este orden de ideas, el Despacho pasará dar respuesta a los argumentos de los investigados en sus recursos de reposición.

### **3.2. Argumentos relacionados con la falta de pruebas sobre la culpabilidad de los sancionados**

**NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** manifestó en su recurso de reposición que "*para que una conducta constituya un delito en el derecho penal colombiano debe ser TÍPICA, ANTIJURÍDICA Y CULPABLE*". En este sentido, afirmó que la tipicidad implica que la conducta se encuentre "*enmarcada*" dentro de nuestro ordenamiento jurídico, que la antijuridicidad hace referencia a que la conducta lesione o ponga efectivamente en peligro el bien jurídico tutelado y que la culpabilidad solo tiene lugar cuando la conducta es cometida de manera dolosa o culpable.

De igual forma, el recurrente manifestó que en el presente caso no se encuentra demostrado "*con prueba alguna fehaciente y concreta*" que haya actuado con dolo o intención de causar un daño, y que el "*juzgador*", es decir, la Superintendencia, debe tener la certeza de la "*comisión del delito*", a riesgo de estar "*cometiendo prevaricato por acción o incurrir en abuso de autoridad por la posición dominante del investigador*".

Así, este Despacho en primera medida debe poner en evidencia la clara confusión que presenta el impugnante respecto a la naturaleza del presente proceso. Desde el inicio de su recurso, el

<sup>11</sup> "Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia. <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivos en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

recurrente hace mención a la imposibilidad de haberse configurado un "delito" y a la falta de cumplimiento de los requisitos de la norma penal. Por lo anterior, debe aclararse que la presente actuación es de carácter administrativo, y que por tanto, el análisis del caso y la imposición de la respectivas sanciones se hizo con base en un análisis del ordenamiento administrativo sancionador colombiano, y específicamente, respecto a la norma especial de protección de la libre competencia en Colombia, el cual se encuentra contenido en la Ley 155 de 1959, Decreto 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2011 y demás normas que los adicionan y complementan.

Ahora bien, y sin perjuicio de lo anterior, es necesario reconocer que teniendo en cuenta que el derecho administrativo sancionador hace parte, junto con el derecho penal, del denominado "*ius puniendi*", o facultad de sancionar o castigar que ostenta el Estado colombiano, se ha entendido que a éste le son aplicables, *mutatis mutandis*, las garantías superiores que rigen precisamente el derecho penal nacional. Al respecto, ha mencionado la Corte Constitucional:

*"El derecho disciplinario es una modalidad de derecho sancionatorio, por lo cual los principios del derecho penal se aplican, mutatis mutandis, en este campo, pues la particular consagración de garantías sustanciales y procesales a favor de la persona investigada se realiza en aras del respeto de los derechos fundamentales del individuo en comento, y para controlar la potestad sancionadora del Estado (...)"<sup>12</sup>.*

Por lo anterior, y a pesar del evidente error conceptual cometido por el recurrente, este Despacho considera importante analizar el argumento respecto de la falta de estudio sobre el elemento subjetivo de culpabilidad en el presente caso.

Así las cosas, en primer lugar es importante mencionar que de acuerdo al artículo 29 de la Constitución Política de Colombia, en todas las actuaciones judiciales y administrativas debe darse aplicación del debido proceso. De igual forma, la misma norma superior establece que toda persona se presumirá inocente hasta tanto no sea demostrada su culpabilidad.

Por su parte, el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, norma que estipula los principios generales a aplicar en las actuaciones y procedimientos administrativos, menciona de manera explícita el debido proceso y los principios de legalidad de las faltas y sanciones y presunción de inocencia, entre otros, los cuales deben ser aplicables en los casos de materia administrativa sancionatoria.

En este sentido, no existe duda alguna respecto de que en los procesos administrativos sancionatorios, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, el legislador ha deseado que se dé aplicación a las garantías mínimas del debido proceso, las mismas que aplican para el derecho penal.

Ahora bien, y no obstante lo anterior, ha sido la misma Corte Constitucional quien ha manifestado que no es posible entender que "(...) *todo el derecho [sea] de orden penal y, por tanto, no toda sanción soportada en el derecho tiene tal carácter (...)*"<sup>13</sup>. Por este motivo, este mismo Tribunal ha afirmado que:

*"(...) no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas (...)"<sup>14</sup>.*

En virtud de lo anterior, debe entenderse que en materia administrativa y específicamente respecto del régimen sancionatorio, si bien es claro que la administración debe dar aplicación a las garantías mínimas del debido proceso, las mismas no siempre tienen el mismo alcance que en el ámbito penal<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-386 de 1996.

<sup>13</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

<sup>14</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-599 de 1992.

<sup>15</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010; Corte Constitucional. Sentencia C-491 de 2016.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Y es que no puede perderse de vista que, como se anotó atrás, si bien el derecho penal y el derecho administrativo sancionador abarcan el denominado *ius puniendi* del Estado, se trata de dos regímenes legales con objetivos diferentes que no pueden ser equiparados en su totalidad.

Así, el derecho penal propende por la garantía del orden social en abstracto, es decir, por proteger bienes sociales más amplios, presentando un mayor grado de afectación de los intereses jurídicamente protegidos y las libertades individuales de los ciudadanos. Mientras que por su parte, el derecho administrativo sancionador busca proteger y garantizar la organización y el buen funcionamiento de la Administración, cuestionando y castigando los incumplimientos de los deberes, prohibiciones y mandatos consignados, lo cual descarta cualquier tipo de sanción que implique una privación de la libertad<sup>16</sup>.

Esta diferenciación hecha respecto al derecho penal y el régimen administrativo sancionador tiene directas implicaciones en el análisis y aplicación de los diferentes principios y elementos constitutivos del debido proceso que deben garantizarse en cada actuación administrativa o judicial.

Así, y haciendo especial énfasis en el elemento de la culpabilidad que es el que nos atañe en el caso concreto, si bien este resulta aplicable como criterio general en los procesos administrativos sancionatorios, puede ser objeto de ciertos matices.

Lo anterior, tiene sustento, como lo ha manifestado la Corte Constitucional, en el hecho de que

*"el margen de configuración del legislador en materia de sanciones administrativas es mayor que en materia penal, habida cuenta de la gran variedad de sanciones administrativas así como de los campos de la actividad social donde éstas son aplicadas y de las circunstancias en las cuales son impuestas por las autoridades administrativas competentes"*<sup>17</sup>.

Por este motivo,

*"Si bien, por regla general, la responsabilidad en este ámbito ha de ser a título de imputación subjetiva y la carga probatoria de todos los elementos subjetivos pertinentes ha de recaer en el Estado, el legislador puede aminorar la carga de éste y aumentar la carga del investigado siempre que ésta sea razonable y no restrinja excesivamente los medios de prueba a su disposición"*<sup>18</sup>. (Subraya fuera de texto).

En igual sentido, el Consejo de Estado dijo lo siguiente:

*"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (...)"*<sup>19</sup>. (Subraya fuera de texto).

De esta forma, se hace evidente lo ya establecido con anterioridad por parte de la Corte Constitucional, que estableció la existencia de una amplia gama de alternativas de configuración legislativa respecto al tipo de elemento subjetivo requerido en un proceso administrativo sancionador:

*"(i) En un extremo, el legislador puede disponer iguales exigencias a las que rigen el derecho penal para la imposición de ciertas sanciones administrativas; no obstante, también puede (ii) prescribir que la administración cumpla con una carga probatoria inicial predeterminada y suficiente, sin que sea necesario demostrar de manera específica la culpa, la cual se deduce de lo ya probado, y permitir que el investigado demuestre que obró*

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2002.

<sup>17</sup> *Ibidem*.

<sup>18</sup> *Ibidem*.

<sup>19</sup> Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 2009. Rad. No. 13495.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

diligentemente o de buena fe; (iii) concluir que el comportamiento del que cometió un error es prueba de un grado de imprudencia como la simple inobservancia, pero suficiente para imponer la sanción; (iv) presumir la culpabilidad respecto de la comisión de ciertas infracciones y reglamentar las condiciones en las que se puede presentar prueba en contrario; y (v) en el otro extremo, el legislador puede permitir la imposición excepcional, bajo estrictas condiciones, de sanciones por responsabilidad objetiva, caso en el cual no cabe que el investigado pruebe su diligencia ni su buena fe<sup>20</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En conclusión, este Despacho reconoce que si bien se ha reconocido que el principio del debido proceso, junto con todos los elementos que lo componen, como por ejemplo el elemento subjetivo de la culpabilidad, por regla general aplican en el régimen administrativo sancionador, el margen de configuración del legislador en materia de sanciones administrativas es más amplio que en materia penal y por ende admite un análisis que, en ocasiones, excluye la valoración del factor subjetivo.

Así las cosas, y analizando ahora el caso concreto del régimen de protección de la competencia, debe recordarse que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece que serán considerados contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan "por objeto" la colusión en las licitaciones o concursos.

En este sentido, esta Superintendencia ha establecido en múltiples oportunidades, que la implicación de las denominadas conductas "por objeto" recae específicamente en el hecho que la Autoridad no solo no está en la obligación de establecer los efectos de la conducta en el mercado, sino que tampoco está en la obligación de determinar la intención de los investigados.

Y es que precisamente se ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que deba tenerse en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

La anterior posición además encuentra sustento en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, quien afirmó en un caso anterior relacionado con un acuerdo de precios, que la intención de las partes era irrelevante a la hora de analizar la conducta anticompetitiva. Así, en aquella ocasión el Alto Tribunal manifestó que:

"No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste **tuviera por objeto** o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"<sup>21</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta manera, queda en evidencia que en Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica, y en especial lo relacionado con los acuerdos restrictivos de la competencia, está estructurado sobre la base de **ilícitos objetivos** para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención (dolo o culpa) de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Por lo anterior, este Despacho manifiesta que no puede haber lugar a los argumentos presentados por el recurrente **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, quien a pesar de haber presentado una confusión en la naturaleza de la actuación adelantada por esta Entidad, reprochó la inexistencia de un estudio sobre el elemento subjetivo de culpabilidad en el presente caso.

### **3.3. Argumentos relacionados con la falta de pruebas sobre la existencia de una relación consolidada entre los sancionados**

Los impugnantes **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** manifestaron en sus respectivos recursos de reposición que la Superintendencia no contaba con pruebas sobre la existencia de una relación

<sup>20</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2002.

<sup>21</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

consolidada entre ellos y que la Entidad se basó en meros indicios y conjeturas para tomar su decisión. Adicionalmente, **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** manifestó que no existen pruebas que permitan establecer la existencia de una dinámica de colaboración entre él y los demás investigados.

De esta forma, en primer lugar, se recuerda que esta Superintendencia ha manifestado que para determinar la existencia de uno de los acuerdos considerados como restrictivos de la libre competencia en los términos del Decreto 2153 de 1992, no es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas.

Por el contrario, la Superintendencia, en línea con las posturas internacionales en la materia, ha establecido que puede evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios a la libre competencia con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales.

Por este motivo, tal y como se estableció en la Resolución Sancionatoria, se ha entendido que en los casos específicos 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"<sup>22</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

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"<sup>23</sup>.*

Finalmente, en Estados Unidos los tribunales han condenado por colusión diferentes conductas sobre la base de prueba indirecta. Como señala el profesor y abogado practicante Irving Scher *"puesto que los tribunales reconocen que rara vez se cuenta con evidencia directa de un acuerdo de colusión, la prueba circunstancial se permite y puede ser decisiva/resolutiva"*<sup>24</sup>. Lo anterior ha sido confirmado por el juez Richard Posner, quien ha señalado que *"la mayoría de los casos son contruidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial"*<sup>25</sup>.

<sup>22</sup> RESOLUCION (Expediente 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. En: [www.tdcompetencia.es](http://www.tdcompetencia.es)

<sup>23</sup> 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.

<sup>24</sup> Irving Scher (ed), *Antitrust Adviser*, Ed. 4, Thomson-West, 2007. P. 1.17 ("Because courts recognize that there rarely is direct evidence of an express agreement to conspire, circumstantial evidence is admissible and can be dispositive").

<sup>25</sup> *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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, en el caso concreto, este Despacho encontró demostrado en el Expediente diferentes elementos indiciarios que dieron cuenta de:

(i) la existencia de una relación de vieja data entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, en virtud de la cual se desarrolló un sistema de colaboración, el cual emplearon sistemáticamente durante un tiempo considerable, y que incluía una distribución de funciones entre los investigados de conformidad con su experiencia, utilización de recursos compartidos, la vinculación de terceros para poder cumplir los requisitos habilitantes y poder efectivamente participar en los diferentes procesos de selección y, finalmente, el planteamiento de una estrategia que buscaba incrementar la probabilidad de éxito de los investigados en el respectivo proceso; y

(ii) la existencia de una relación comercial previa entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** por un lado, y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** por el otro, que se manifestaba en la participación de estos últimos como miembros de consorcios conformados con los primeros, a los cuales les aportaban su experiencia, e involucrando su responsabilidad por cualquier actuación, hecho y omisión del respectivo consorcio.

De esta forma, esta Superintendencia debe manifestar que, contrario a lo argumentado por los impugnantes, fueron efectivamente los múltiples elementos indiciarios los que, analizados en conjunto y de acuerdo a las reglas de la experiencia y la sana crítica<sup>26</sup>, permitieron a este Despacho llegar a la conclusión de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los recurrentes, sin necesidad de contar con una prueba directa al respecto.

En este punto, el Despacho considera de gran importancia recordar que durante la actuación administrativa que nos ocupa se impuso una sanción procesal a los investigados **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, por abstenerse injustificadamente de presentar los documentos cuya exhibición se ordenó en este proceso por medio de la Resolución No. 22909 del 3 de mayo 2017, que servirían para acreditar las características de la relación entre ellos.

Así las cosas, la sanción impuesta radicó en la aplicación de los artículos 267 y 268 del Código General del Proceso y el artículo 67 del Código de Comercio, consistentes en tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión que constituyen el objeto de la prueba en cuestión. Ahora, y teniendo en cuenta que según el numeral 5.4 del ARTÍCULO QUINTO de la Resolución No. 22909 del 3 de mayo 2017, lo que se buscaba demostrar con los documentos que injustificadamente **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** no exhibieron, eran precisamente sobre las características de la relación entre estos, particularmente, que dicha relación se extiende a la determinación coordinada de los contenidos sustanciales de las ofertas y a la participación conjunta en la ejecución de los contratos en los que cualquiera de esas personas resultara adjudicataria, con lo que se reúnen los elementos de configuración del acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por este motivo, no es de recibo el argumento planteado por los impugnantes sobre la falta de presencia de pruebas en el Expediente que pudieran demostrar la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre las partes.

En segundo lugar, sobre los argumentos planteados por **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** respecto a la inexistencia de pruebas de su participación en una dinámica de colaboración con los demás investigados, este Despacho debe manifestar lo siguiente:

Por un lado, obra en el Expediente prueba suficiente, la cual además fue ratificada por los impugnantes en sus respectivos recursos de reposición, que entre **HERNANDO LANCHEROS**

*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 [...]"*

<sup>26</sup> Artículo 176 del Código General del Proceso: "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 (...)". Artículo 242 del Código General del Proceso: "El juez apreciará los indicios en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**IBAÑEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** se realizó un acuerdo comercial en el año 2014 con el objetivo de "formular proposiciones como consorcios, ante el FONADE". Esto sin lugar a dudas fue un elemento indiciario inicial, que si bien no fue suficiente para determinar la participación de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** en un acuerdo anticompetitivo, sí permitió a esta Superintendencia percatarse de la existencia de un actuar conjunto por parte de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**.

Por el otro lado, y como complemento de lo anterior, obra en el Expediente prueba que demuestra que aunque el acuerdo mencionado fue suscrito entre **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA y HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, este último tenía conocimiento respecto a que el primero trabajaba en las diferentes propuestas económicas a presentar con su socio, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**. De esta forma, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** tenía conocimiento que no estaba contratando únicamente con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** sino también con su socio **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** para formular proposiciones futuras ante el FONADE.

Como prueba de lo anterior, se ha identificado el hecho que en diferentes etapas de la presente actuación administrativa **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** manifestó que aunque en 2014 acordó con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** la participación futura en procesos de selección por medio de consorcios, tenía pleno conocimiento que en realidad la propuesta económica final, resultante del consorcio a conformar con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, se "presentaría a través de su empresa GPR".

Adicionalmente, existe prueba que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** tenía conocimiento de quienes eran los integrantes de GPR, y que no era la primera vez que participaba con ellos de manera conjunta en la presentación de propuestas económicas en procesos de selección ante el FONADE. Así, en la Resolución Sancionatoria se presentó prueba del proceso de selección OPC 003-2014, en donde **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** conformaron el consorcio **RISARALDA 2014**. A su vez, se cuenta con un correo electrónico de fecha 3 de enero del año 2012 entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, el cual se muestra a continuación:

### Imagen No. 1. Correo electrónico entre NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ

From: Nelson Peña <nelsonro25@gmail.com>  
Sent: 1/3/2012 7:37:53 PM +0000  
To: hlancheros@hobnesh.com  
Subject: Saludo

Ingeniero Hernando buenas tardes

De antemano deseándole un Feliz año que Dios lo colme de Bendiciones y que este año nuevo sea de muchas Prosperidad y Éxitos...

Ingeniero que pena molestarlo pero no se si usted se encuentre disponible para presentar unas licitaciones en Fonade, los objetos y montos son los siguientes a ver si este año comenzamos con suerte.

ESTUDIOS TÉCNICOS, DISEÑOS Y CONSTRUCCIÓN DE INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA EN LA I.E. LOS LIBERTADORES, LOCALIZADA EN EL MUNICIPIO DE CONSACA, DEPARTAMENTO DE NARIÑO. Este proyecto consiste en Diseñar y construir 4 Aulas escolares y una batería Sanitaria, queda cerca a pasto entonces no hay problema por la ejecución es de \$ 457.927.776 y piden un cupo de crédito del 40% del P.O. es decir casi 183 millones no se hasta que cupo tenga usted disponible.

la Otra es la construcción de unas plazas Polideportivas en Cartagena, EJECUCIÓN DEL PROYECTO CONSTRUCCIÓN DE DOS (2) CANCHAS POLIDEPORTIVAS Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN LAS PISCINAS NO. 3 Y 6 DE LA VÍA PERIMETRAL A LA CIENAGA DE LA VIRGEN, CARTAGENA, BOLÍVAR piden un contrato que tenga mínimo 600 M2 de area en construcción de canchas deportivas en concreto Y/o Asfalto los contratos que yo tengo de usted hay uno que tiene 750 y otro del IDRD que tiene 550 no se si lo tenga con otro contrato.

Ingeniero si esta interesado le agradezco me informe para proceder, esotos procesos cierran el 16 de Enero... la forma de participacion sería si usted esta de acuerdo es HL-60% Ingeproyín SAS que es nuestra empresa el 40% y nosotros asumimos todo con respecto a polizas, pego de pliegos etc...

Agradezco su amable atención

Att

NP

--

Nelson E. Peña Rodríguez.  
Ingeniero Civil

Fuente: Folio 579 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

A este correo **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** respondió unas horas más tarde de la siguiente forma:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Imagen No. 2. Respuesta a correo electrónico del 1 de marzo del año 2012 entre NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**

From: hernando lancheros <hlancheros@hotmail.com>  
Date: Tue, 3 Jan 2012 16:44:07 -0500  
To: <nelsonro25@gmail.com>  
Subject: RE: Saludo

Nelson, gracias y lo mismo le deseo a ud y sus socios.

Podemos participar. Importante como siempre le he dicho tener la gente porque Narifio es una zona brava y hasta las polizas es difícil que las den. Ya te envío el cupo crédito.

De las canchas se hizo una en fredonia con Hildebrando, pero ud sabe que el hombre se demora con las certificaciones y no se si la tenga. Si quiere llámelo a ver como va eso.

Tengo una cancha pero es viejísima, que fecha piden ???

Atte Hdo L.

Fuente: Folio 579 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

De lo anterior es importante resaltar los siguientes elementos:

(i) La existencia de una relación comercial previa entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**. Como puede apreciarse, no era la primera vez que estas dos personas se comunicaban entre ellas, al punto que en la respuesta otorgada por **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, éste expresó la frase "*como siempre le he dicho*", la cual supone la existencia de comunicaciones previas entre los investigados;

(ii) El motivo del correo electrónico hacía referencia a la participación conjunta en dos (2) procesos de selección ante el FONADE para el año 2012. Así, vale la pena recordar que la presente investigación administrativa hace referencia a un proceso de selección del año 2014, lo cual quiere decir que los investigados habrían ya participado de manera conjunta en procesos de selección al menos dos (2) años antes;

(iii) En el correo enviado a **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** de manera clara y expresa le manifestó que la participación en los procesos de selección objeto del correo sería de un 60% para **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y un 40% para "*Ingeproyin S.A.S.*" la cual el mismo **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** denominó "*nuestra empresa*", haciendo referencia a **GPR INGENIERIA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A.S.**, sociedad que como está ampliamente probado en el Expediente es de propiedad de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**.

En este sentido, para este Despacho no quedan dudas de que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** conocía de tiempo atrás a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, sabía de su calidad de socios en **GPR**, y conocía su forma de trabajo. De igual forma, queda en evidencia que habría participado con ellos en procesos de selección al menos desde el año 2012.

De esta forma, este Despacho encuentra que en el Expediente se encuentra ampliamente probado que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, entre **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** sí existía de tiempo atrás un actuar coordinado, de conocimiento de todos los investigados y que sin duda alguna derivó en la conformación de un acuerdo restrictivo de la competencia en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

**3.4. Argumentos relacionados con la falta de conocimiento de los recurrentes sobre la existencia de una conducta anticompetitiva en el caso concreto**

Algunos de los recurrentes manifestaron en sus recursos de reposición que la Superintendencia no tuvo en cuenta que les era imposible conocer que se estuviera cometiendo en el caso concreto una conducta anticompetitiva.

Así, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó que si bien hizo entrega de los documentos del consorcio que había conformado con **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** para que éste realizará la oferta a presentar desde el

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

punto de vista técnico, solo tuvo conocimiento de que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** participó en el mismo proceso de selección por medio de un consorcio conformado con **AJUSTEC** hasta el día "19 de marzo de 2016".

Por su parte, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** manifestó que no hay prueba en el Expediente que demuestre que tuviera conocimiento de la dinámica de colaboración sancionada. Esto, debido a que desconocía por completo que se estuvieran presentando dos ofertas paralelas al mismo proceso de selección. De igual forma, este impugnante manifestó que su labor como representante del consorcio **OBRAS 2014**, el cual había conformado junto con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, consistía, en la etapa de elaboración de la oferta económica, en realizar una revisión de los documentos que conformaban la oferta, verificando que los mismos cumplieran los requisitos exigidos por la entidad contratante. Por este motivo, el recurrente manifestó que le era imposible conocer de cualquier acto anticompetitivo que se estuviera llevando a cabo.

Así, procede el Despacho a dar respuesta a los anteriores argumentos.

En primer lugar, sobre el hecho que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** solo tuvo conocimiento de la participación de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y su consorcio en el proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE** únicamente hasta el 2016, año en que se dio la apertura de la presente actuación administrativa, este Despacho llama la atención sobre lo siguiente:

Por un lado, se reitera que existen en el Expediente múltiples medios adicionales de prueba, los cuales dan cuenta que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** actuaban como un mismo grupo, habiendo establecido una mecánica interna de trabajo, que compartían información sobre los procesos de selección a participar y que hacían uso de las mismas herramientas de trabajo (personal e instalaciones)<sup>27</sup>.

No obstante lo anterior, el Despacho procederá a presentar algunos elementos adicionales que obran en el Expediente, y que reiteran la posición de esta Superintendencia.

Así, el día 19 de marzo de 2014 se llevó a cabo la audiencia de apertura de sobres y cierre del proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE** en la cual se leyeron los nombres de todos los proponentes y, específicamente, los nombres de las personas que conformaban los diferentes consorcios participantes<sup>28</sup>.

De igual forma, obra en el Expediente prueba de que en dicha audiencia estaba presente **ANDRES LEGUIZAMON CARVAJAL**, mensajero de la sociedad **GPR**, y quien fue el encargado de entregar las ofertas económicas de los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014**, en los que participaron **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** respectivamente. Lo anterior consta en el acta de dicha audiencia, la cual se presenta a continuación:

**ESPACIO EN BLANCO**

<sup>27</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 1728 del 29 de enero de 2019; Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe Motivado Rad. No. 15-81527.

<sup>28</sup> Folio 14 del Cuaderno Público 01 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Imagen No.7. Acta de Audiencia de Cierre del Proceso MCO 005-2014 del FONADE**

REPUBLICA DE COLOMBIA  
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE  
MCO 005-2014  
ACTA DE AUDIENCIA DE CIERRE

En la ciudad de Bogotá D.C., el día 19 marzo 2014 a las 9:30 am en las instalaciones Fonade - Auditorio, piso 1, se procedió a realizar la Audiencia de Cierre de la Contratación Mínima Cuantía MCO 005-2014 cuyo objeto es "LA TERMINACION AULA ESCOLAR EN LA VEREDA EL CHOCO EN EL MUNICIPIO DE COCORNA - ANTIOQUIA" de acuerdo con lo expresado en el numeral 2.4.4.1 de las Reglas de Participación, resolviendo la adjudicación en los siguientes términos:

**DESARROLLO DE LA AUDIENCIA**  
 Con acuerdo de los asistentes a la audiencia de Cierre de la MCO 005-2014 para la contratación de la AULA ESCOLAR EN LA VEREDA EL CHOCO EN EL MUNICIPIO DE COCORNA - ANTIOQUIA se estableció el orden de intervención del postor y de la adjudicación del orden adjudicado así:

1. M.A. Construcción S.A.S. \$ 65.866.592.00  
 2. M.A. Construcción S.A.S. \$ 65.866.592.00  
 3. M.A. Construcción S.A.S. \$ 65.866.592.00

Se declara la adjudicación de los bienes en favor del postor que hizo el mejor precio, de acuerdo con lo establecido en el artículo 220 del Decreto 2151 de 1995 y de acuerdo con lo establecido en el artículo 220 del Decreto 2151 de 1995.

En constancia se firma por quienes en ella intervienen:

AREA DE PROCESOS DE SELECCION	AREA DE PROCESOS DE SELECCION	AREA DE PROYECTOS DE LA REGION	ASISTENTE BURELACION DE CONTRATACION
OPONENTE - TESTIGO	OPONENTE - TESTIGO	OPONENTE - TESTIGO	OPONENTE - TESTIGO

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

**Imagen No.8. Lista de Asistentes a Audiencia de Cierre del Proceso MCO 005-2014 del FONADE**

REPUBLICA DE COLOMBIA  
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE  
MCO 005-2014  
Audiencia de Cierre  
LISTA DE ASISTENCIA  
19 marzo 2014 9:30 a.m.

Nombre de quien asiste	Empresa	Valor	Sexo	Identificación
Andrés Leonardo C.	M.A. Construcción S.A.S.	4672927		
Wilson David Arzate	M.A. Construcción S.A.S.	5123776		
Isaac Ricardo H.	M.A. Construcción S.A.S.	4.6512509	8010609	

Fuente: Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

**ESPACIO EN BLANCO**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así, es evidente que los consorcios de los que hacían parte **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** en el proceso de selección MCO 005-2014 del FONADE estuvieron representados en la audiencia de cierre por una misma persona, quien fue la encargada de radicar ambas ofertas y firmar el acta de la audiencia de cierre, y que además era el mensajero de la empresa de propiedad de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**. Lo anterior permite inferir que ambos investigados estaban al tanto de lo ocurrido en dicha audiencia, y por tanto conocían los pormenores del proceso, como por ejemplo los nombres de los demás proponentes.

Por otro lado, el Despacho pudo evidenciar que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** buscaron inicialmente participar de manera conjunta en el proceso de selección MCO 005-2014 del FONADE, como se evidencia de lo establecido en el mismo recurso de reposición interpuesto por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, donde el impugnante manifestó:

*"(...) del proceso contractual adelantado por FONADE en el año 2014 MCO-005 2014, respecto de lo cual explicamos que mi poderdante aprehendió el requerimiento contractual en dicha entidad, y lo comentó con NELSON PEÑA, con quien se encuentra asociado en la empresa denominada GPR, y desde ya debemos reconocer que no se encontraban en capacidad de participar en el proceso de selección contractual básicamente por no reunir el requisito de "...experiencia..."*

(...)

*(...) los señores NELSON PEÑA y MARTÍN RESTREPO entendieron que se requería un acuerdo consorcial con otras firmas"<sup>29</sup>.*

En este sentido, los recurrentes reconocieron que tanto **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** como **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** conocían del proceso de selección objeto de la presente investigación, buscaron participar conjuntamente y, al identificar que no cumplían con los requisitos habilitantes necesarios, "acordaron" como estrategia a seguir que uno de ellos adelantaría acuerdos consorciales con terceros pero que, sin embargo, el trabajo de preparación de las propuestas económicas sería realizado por GPR.

Así, no queda duda alguna que la participación de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** en el proceso de selección objeto de la presente actuación administrativa estuvo planeada y coordinada desde un inicio, por lo cual se demuestra infundada, la afirmación hecha por parte de **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** respecto a que desconocía por completo la participación de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** en el mismo proceso de selección como aparente competidor.

En segundo lugar, respecto a **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, este Despacho pone de presente que en la Resolución Sancionatoria se expusieron algunos de los elementos que permitieron establecer que este investigado efectivamente sí tenía conocimiento, o en su defecto debía tenerlo, del actuar conjunto y coordinado con los demás investigados en el presente proceso.

Así, debe recordarse que el Despacho puso de presente en la Resolución Sancionatoria un elemento de prueba, consistente en el hecho de que como miembro de uno de los consorcios participantes del acuerdo anticompetitivo, y aún más, como representante del mismo, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** tenía la obligación y la capacidad de conocer el actuar conjunto y coordinado, constitutivo de una práctica anticompetitiva, con los demás investigados.

Dicha obligación, en concepto de esta Superintendencia, se desprende precisamente del hecho de que, de acuerdo con el artículo 7 de la Ley 80 de 1992, los consorcios son una figura existente en el ordenamiento jurídico colombiano; que carece de personería jurídica, por lo cual sus miembros mantienen su individualidad y responsabilidad solidaria durante todo el proceso de selección, viéndose directamente afectados por las acciones adelantadas por el consorcio mismo.

Lo anterior ha sido reiterado por el Consejo de Estado, quien ha manifestado:

*"La celebración de contrato estatal con un consorcio, está previsto por el Estatuto de Contratación cuando dos o más personas, naturales o jurídicas, (nacionales – públicas o*

<sup>29</sup> Folios 1260 a 1284 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*privadas – o extranjeras) en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que lo conforman (art. 7°, Ley 80 de 1993)*<sup>30</sup>.

En virtud de lo anterior, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** tenía la obligación de responder por el contenido de la propuesta económica presentada por el consorcio del cual hacía parte en el proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE**.

Pero adicionalmente, la Superintendencia pudo determinar en igual medida que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** no solo actuaba como miembro del consorcio **OBRAS 2014** en el proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE**, sino que a su vez ostentaba la calidad de representante del mismo<sup>31</sup>. Esta situación, sin duda alguna incrementaba su responsabilidad y le imponía un mayor deber de debida diligencia que simplemente revisar formalmente los documentos de la propuesta a presentar.

Para el Despacho, la posición que ostentaba **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** le exigía una mayor diligencia en su actuar, y más aun teniendo en cuenta lo demostrado durante el proceso respecto a que conocía de tiempo atrás a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y a **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, y sabía que solían participar en los diferentes procesos de selección de manera conjunta, como socios de **GPR**. Ya en sus comentarios al Informe Motivado<sup>32</sup>, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** manifestaba que su acuerdo comercial para presentar ofertas conjuntamente era con "*la Empresa GPR*", y en su recurso de reposición estableció que entendía que "*la oferta se presentaría a través de su empresa GPR*", por lo cual estaba en la obligación de verificar que **GPR**, y no sólo **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** (con quien había aparentemente suscrito el acuerdo comercial) no cometieran ningún acto contrario a la ley que comprometiera su propia responsabilidad como miembro y representante del consorcio **OBRAS 2014**.

Por lo anterior, este Despacho reitera lo establecido en la Resolución Sancionatoria respecto a que encuentra un actuar negligente en **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, el cual no puede ser sustentado en el principio de buena fe como lo intenta hacer el impugnante, sino que, por el contrario, resulta en un actuar deshonesto con la administración que demuestra su responsabilidad en la presente actuación administrativa.

Por todo lo anterior, el Despacho encuentra infundados los argumentos presentados respecto a este punto.

### **3.5. Argumentos relacionados con la falta de efectos en el mercado y la no intención de los investigados de cometer un acto anticompetitivo**

Los impugnantes manifestaron en sus recursos de reposición que no existe prueba en el Expediente que dé cuenta de un efecto negativo en el mercado. Incluso, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó que al no haber existido queja alguna por parte de la entidad contratante o de algún otro proponente en el proceso de selección bajo estudio, la Superintendencia debió haber dado por probado que no se produjo un daño en el mercado.

De igual forma, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** puso de presente que en el presente caso no existió nunca prueba de la existencia del "*elemento volitivo*" ni del supuesto daño causado al mercado, por lo cual no se cumplieron los requisitos mínimos para la configuración de un acto colusorio.

Finalmente, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** estableció que no hay prueba de su intención de haber sido parte de un acuerdo colusorio y que su intención no se limitaba a simplemente aportar su experiencia para la participación en el proceso, sino a participar en el desarrollo del contrato en caso de resultar adjudicatarios.

<sup>30</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 enero de 1997.

<sup>31</sup> Folio 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

<sup>32</sup> Folios 1147 a 1150 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Respecto a estos argumentos, el Despacho considera que los mismos son infundados, dado que en la Resolución Sancionatoria se estableció de manera clara cómo en el proceso administrativo que nos ocupa, se está sancionando la existencia de un acuerdo anticompetitivo por su "objeto", lo cual excluye cualquier análisis respecto a la intención de las partes y los efectos reales de la conducta sobre el mercado.

Así, respecto a la intención de los recurrentes, se procede a transcribir lo ya mencionado por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria:

*"De lo anterior puede concluirse que al tratarse de una conducta analizada bajo la modalidad de anticompetitiva por objeto, la función de la autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. Así, el análisis recae sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado.*

*Hay que resaltar de igual forma que esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia y doctrina internacional experta en la materia. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*, manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en "determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia"<sup>33</sup>, razón por la cual no es necesario examinar las intenciones subjetivas de las partes, así como tampoco es relevante el análisis sobre el conocimiento del infractor de estar cometiendo una conducta violatoria del régimen de competencia"<sup>34</sup>.*

*En el ámbito local, se ha reconocido ampliamente que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan por objeto la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción."<sup>35</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Por su parte, respecto a la falta de efectos negativos en el mercado, este Despacho vuelve a reiterar lo ya establecido en la misma Resolución Sancionatoria, la cual establece que:

*"De esta forma, es preciso anotar en este punto que, el hecho de que este tipo de conductas sean reprochables "por objeto", quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad"<sup>36</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Esta posición ha sido reiteradamente establecida por esta Superintendencia. Así, en Resolución 103652 de 2015, la Entidad señaló 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"*<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Corte de Justicia Europea, Caso C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637. Para. 17.

<sup>34</sup> Bailey, David. *Common Market Law Review, Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600, 2012. UK. P. 578.

<sup>35</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 1728 del 29 de enero de 2019.

<sup>36</sup> Ibidem.

<sup>37</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 103652 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho encuentra que los argumentos de los recurrentes respecto a la falta de intención de violar las normas de libre competencia y de la ausencia de un efecto negativo en el mercado son infundados, y han sido desvirtuados por esta Superintendencia en diferentes momentos del proceso.

### **3.6. Argumentos relacionados con la violación al principio de presunción de inocencia y a la presunción de mala fe por parte de la Superintendencia**

**NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** manifestó en su respectivo recurso de reposición que durante toda la actuación administrativa la Superintendencia presumió la mala fe del investigado y violó el principio de presunción de inocencia.

Como respuesta a lo anterior, esta Superintendencia pone de presente que, tal y como está ampliamente demostrado en el Expediente, nunca se partió de una presunción de mala fe de los investigados, sino que por el contrario, las conclusiones a las que se arribó provinieron de evidencia contundente que dio cuenta de que los investigados no actuaron conforme a derecho ante la entidad contratante **FONADE** en el proceso de selección MCO 005-2014 y que violaron la libre competencia.

De esta forma, los diferentes elementos probatorios que reposan en el Expediente demostraron que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, los investigados buscaron burlar el mencionado proceso de selección, y el principio de selección objetiva propio de las normas de contratación estatal en Colombia, al presentar ofertas económicas por medio de dos consorcios aparentemente independientes y competidores entre sí, cuando en realidad hacían parte de un actuar y una estrategia de cooperación entre los investigados.

Así, debe recordarse que si bien la Constitución Política de Colombia, en su artículo 83, obliga a presumir la buena fe de las personas, la misma Corte Constitucional ha reconocido que no se trata de un principio absoluto<sup>38</sup>, por lo cual admite prueba en contrario. De esta forma, en el presente caso, tal y como obra en el Expediente, se encontraron y analizaron diferentes elementos probatorios, los cuales fueron expuestos en la Resolución Sancionatoria, que lograron precisamente controvertir la presunción de buena fe de los sancionados, y por el contrario, demostrar un actuar deshonesto frente a la administración y contrario a la normatividad vigente en materia de libre competencia en Colombia.

Por lo anterior, este Despacho encuentra abiertamente infundada la posición de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** respecto a que la Superintendencia presumió desde un principio la mala fe de los investigados.

Igualmente, respecto a la supuesta violación del principio de presunción de inocencia, este Despacho encuentra ampliamente probado en el Expediente que las sanciones impuestas en la Resolución Sancionatoria tuvieron lugar luego de haberse demostrado un actuar anticompetitivo, violatorio del régimen de libre competencia en Colombia, lo cual fue soportado en múltiples elementos de prueba como ya fue mencionado. Pero adicionalmente, las sanciones fueron el resultado de un proceso administrativo extenso, regido por la ley nacional, en donde se garantizaron todas las garantías procesales de los investigados para presentar su defensa y controvertir las pruebas recolectadas por esta Entidad.

En este sentido, y teniendo en cuenta que los impugnantes no aportaron ningún elemento que demuestre un actuar de esta naturaleza por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en ninguna etapa del proceso, el Despacho encuentra completamente infundado el argumento de relacionado con una supuesta violación del principio de presunción de inocencia.

### **3.7. Argumentos relacionados con inconsistencias en la etapa preliminar de la investigación**

**MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó en su recurso de reposición que se presentaron ciertas inconsistencias en la etapa preliminar de la investigación adelantada por la Delegatura, toda vez que no se ordenó mediante auto la práctica de pruebas, no se nombró funcionario investigador o comisionado ni se informó con anticipación a los investigados de dichas visitas.

<sup>38</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-1194 del 2008.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, este Despacho aclara al recurrente que las visitas administrativas se enmarcan en la facultad de inspección, control y vigilancia que se encuentra en cabeza de esta Superintendencia, en virtud de la cual puede realizar una averiguación preliminar, previo a la apertura de una investigación formal por presuntas violaciones al régimen de libre competencia.

Lo anterior se encuentra regulado, por un lado, en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, los cuales establecen:

**"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 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.*

(...)"

A su vez, el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el cual modifica al artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, establece que:

**"artículo 155. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas.** El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por los artículos 16 y 19 de la Ley 1340 de 2009, quedará 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 considerarle admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.**

*Quando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado (...)"*.  
(Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, y como puede advertirse de las normas transcritas, de forma previa a la existencia de una investigación formal (etapa que se inicia con la expedición de una Resolución de Apertura, la cual debe ser notificada personalmente a los involucrados), la Superintendencia de Industria y Comercio podrá adelantar una averiguación preliminar con el fin de obtener la información que le permita "determinar la necesidad de realizar una investigación".

En este orden de ideas, es importante resaltar que dicha etapa previa a la investigación tiene el carácter de discrecional y reservada, y tiene como objetivo (i) adelantar una serie de actuaciones tendientes a verificar la posible existencia de unos supuestos de hecho que eventualmente pudieran constituir una infracción de las normas sobre libre competencia, y (ii) obtener información que permita identificar los presuntos responsables de los hechos que constituirían una infracción.

De igual forma, respecto a esta etapa, el Consejo de Estado ha manifestado que:

*"Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y (sic) 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 las investigación (apertura,*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*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 al C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento. (...)"<sup>39</sup>.*

Así las cosas, este Despacho deja en claro que durante la etapa de averiguación preliminar, dado que no se está actuando aún en el marco de una investigación formal, la Entidad no tenía la obligación de expedir auto de pruebas alguno, ni anunciar a los administrados con anticipación de la práctica de una visita, pues la misma, como ya se ha reiterado, hace parte del ejercicio de la facultad de inspección, vigilancia y control que tiene esta Superintendencia.

Por último, sobre el argumento de los recurrentes respecto a que no se comisionó funcionario alguno para adelantar las visitas administrativas durante la etapa preliminar de este proceso, este Despacho informa que reposan en el Expediente múltiples elementos de prueba<sup>40</sup> que demuestran que en todas las actuaciones realizadas por esta Superintendencia durante la etapa de averiguación preliminar sí fueron efectivamente comisionados funcionarios públicos para que practicaran las respectivas visitas.

Por todo lo anterior, este Despacho encuentra infundados los argumentos de los recurrentes en este respecto, por no ajustarse a la ley vigente en la materia y, en especial, a las pruebas que obran en el Expediente.

### **3.8. Argumentos relacionados con la falta de capacidad de los recurrentes de afectar el mercado con su conducta**

**MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó que los investigados en el presente caso no tenían el control del proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE**, por lo cual no tenían la forma de afectar la libre competencia en el mencionado proceso.

Al respecto, este Despacho manifiesta que, como ya fue expuesto en la Resolución Sancionatoria y en el punto 3.4. de la presente Resolución, la conducta sancionada por la Superintendencia en el presente caso consistió en un acuerdo anticompetitivo por "*objeto*", razón por la cual la Superintendencia no estaba en la necesidad de establecer la existencia real de efectos negativos en el mercado.

Ahora bien, como lo ha reiterado en anteriores ocasiones esta Superintendencia, si bien no debe establecerse la ocurrencia real de un efecto anticompetitivo en el mercado, la Autoridad de protección de la libre competencia debe determinar si las conductas anticompetitivas por "*objeto*" tuvieron la capacidad, la potencialidad, de causar un daño en el respectivo mercado.

Así, y contrario a lo afirmado por los recurrentes, en la Resolución Sancionatoria se estableció de manera clara y expresa las razones y argumentos que demuestran que la conducta desplegada por los investigados en el presente caso efectivamente tuvo la potencialidad de causar un daño en el mercado. En este sentido, a continuación se transcribe lo establecido en su momento por este Despacho en la Resolución Sancionatoria:

*"Una vez analizados los diferentes elementos que refuerzan las pruebas indiciarias encontradas en este caso, que sugieren el actuar colusorio entre los investigados, el Despacho considera importante demostrar que dicho comportamiento coordinado fue puesto en marcha en el presente caso y efectivamente tenía como propósito incrementar la probabilidad de que alguno de los consorcios conformados resultara adjudicatario del contrato en cuestión.*

*Para tal fin, este Despacho acoge integralmente el ejercicio realizado por la Delegatura en el que acredita que la conducta: (i) tenía un carácter sistemático en la medida en que la estrategia observada en el comportamiento de los investigados en la presentación de sus propuestas para el proceso MCO-005-2014, también se observó en al menos cuatro (4) procesos adicionales; y (ii) era idónea para aumentar la probabilidad de éxito de los investigados.*

<sup>39</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 25000-23-24-000.

<sup>40</sup> Folio 2 del Cuaderno Público No. 1, Folio 450 a461 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Es importante enfatizar que, si bien en los procesos de licitación hay factores aleatorios que los proponentes deben enfrentar al momento de presentar sus propuestas, tales como la selección del mecanismo de calificación en el presente caso, lo cierto es que, como lo indicó la Delegatura en el Informe Motivado, también existían elementos que en su momento le permitieron a los participantes reducir la incertidumbre generada por dicha aleatoriedad.*

*En particular, este Despacho encontró cuatro (4) elementos que fueron conocidos por los proponentes y que aportaron información relevante para la estructuración de sus propuestas: (i) las reglas de calificación de las ofertas económicas en todos los procesos similares adelantados por el FONADE fueron casi idénticas; (ii) el número de proponentes que se presentan a este tipo de procesos de selección era previsible con un alto grado de aproximación por la experiencia adquirida en procesos anteriores (cercano a 5 proponentes); (iii) el comportamiento histórico de los proponentes presentes en procesos anteriores similares era observable y de hecho era analizado por los investigados; y (iv) el rango en el que estarían los valores de las ofertas económicas que formularían los proponentes era limitado. Lo anterior por cuanto en las reglas de participación, el FONADE determinó que las ofertas debían estar ubicadas entre el 90% y el 100% del presupuesto oficial del proceso.*

*Las condiciones anteriores, junto con la experiencia en el mercado y el aprendizaje de los participantes respecto del comportamiento de sus rivales en procesos anteriores, permitieron a los participantes del proceso reducir la incertidumbre propia del mismo, facilitando el pronóstico de los valores de las ofertas económicas de los competidores, así como de la ubicación de la oferta promedio.*

*Si bien la transparencia de la información no resultaba por sí misma en una ventaja única para los investigados, lo cierto es que dicha reducción en la incertidumbre de sus decisiones sumada a un comportamiento cooperativo entre los mismos, sí resultó en un escenario idóneo para que los investigados aumentaran la probabilidad de que alguno de ellos resultara adjudicatario del proceso, tal y como lo demostró la Delegatura haciendo uso de modelos matemáticos de simulación de variables aleatorias.*

*En particular, si **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** hubieran actuado en real competencia mediante propuestas autónomas e independientes, la probabilidad de éxito para cada una de las cinco (5) propuestas presentadas al proceso MCO-005-2014 habría sido aproximadamente de 20%, sin embargo, el haber presentado dos (2) propuestas como independientes cuando no lo fueron, le permitió a las investigadas aumentar su probabilidad de ganar hasta el 40%, e incluso, como lo demuestra la Delegatura, si se tienen en cuenta las diferentes formas de evaluación, hasta en 48,5%. Dicho aumento representó una clara ventaja sobre los demás competidores quienes, al presentar individualmente y de forma autónoma sus propuestas, hubiesen podido tener una probabilidad cercana al 25% si en vez de coordinar, las investigadas hubieran presentado una única propuesta.*

*Este comportamiento anticompetitivo implicó una clara desigualdad entre los investigados y sus competidores, pues para el momento del sorteo era evidente que los primeros contaban con el doble de probabilidad de ser adjudicatarios del contrato de la de sus oponentes"<sup>41</sup>.*

De esta manera, se encuentran completamente infundados los argumentos presentados por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** relacionados con la afectación de la libre competencia en el mercado en cuestión.

### **3.9. Argumentos sobre la relación entre el archivo de las investigaciones a favor de HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ por la responsabilidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y la sanción impuesta por la violación al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992**

El recurrente **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** manifestó que al haber sido archivada la investigación en su favor por la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, debió haberse archivado de igual forma la investigación en su contra por la supuesta violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Lo anterior, toda vez que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** considera que no es lógico que una persona no sea sancionada por facilitar, ejecutar, autorizar o tolerar conductas anticompetitivas pero sí lo sea por supuestamente participar de manera activa en un acuerdo anticompetitivo.

<sup>41</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 1728 del 29 de enero de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, este Despacho debe manifestar que las conductas establecidas por el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, por un lado, y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por el otro, corresponden a dos supuestos de hechos completamente diferentes, y conductas totalmente independientes entre sí, por lo cual la afirmación hecha por el recurrente es totalmente infundada y contraria a la realidad jurídica que se desprende del ordenamiento nacional.

Así, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 hace referencia al acuerdo anticompetitivo que tiene como objeto la colusión en licitaciones públicas, el cual solo puede ser llevado a cabo por agentes de mercado, es decir, personas naturales o jurídicas, que desarrollen una actividad económica en el determinado mercado (proceso de licitación).

Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 está encaminado a sancionar a las personas naturales o jurídicas que, estando vinculados de alguna manera al agente de mercado que comete una conducta anticompetitiva, autorice, facilite, ejecute o tolere la conducta ilegal desarrollada por el respectivo agente de mercado.

En este sentido, es claro que se trata de normas que aplican a dos conductas diferentes, que por tanto no pueden ser equiparadas como lo pretende el recurrente.

Finalmente, el Despacho pone de presente que la Resolución Sancionatoria, en su punto 9.2.1. estableció que las pruebas que reposan en el Expediente dan cuenta que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** actuó en el presente caso como un agente de mercado independiente, es decir, como una persona que desarrolló una actividad económica en el respectivo mercado (proceso de selección MCO 005-2014 del FONADE), y no como una persona vinculada a otra, facilitadora de la conducta anticompetitiva.

Por lo anterior, este Despacho encuentra infundada la afirmación hecha por **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** respecto a que al haberse archivado la investigación por la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, debió haberse archivado de igual forma la investigación en su contra por la supuesta violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

### **3.10. Argumentos relacionados con la no existencia de una responsabilidad solidaria de los miembros parte de los consorcios investigados**

Finalmente, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** manifiesta que no es cierto que exista una responsabilidad solidaria entre los miembros de un consorcio, por conductas que impliquen violaciones al régimen de libre competencia, pues en su criterio, se trata de conductas que generan una responsabilidad "*personalísima e indelegable*".

Al respecto, este Despacho se limitará a transcribir lo establecido al respecto en la Resolución Sancionatoria:

*"En el mismo sentido, es importante mencionar que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 establece que por medio de los consorcios, dos o más personas en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones que se deriven de dicha conducta. Por esta razón, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato mismo, afectarán a todos los miembros que conforman el consorcio*

(...)

*En este sentido, las normas vigentes sobre la materia disponen que la conformación de un consorcio para presentar una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, comporta la responsabilidad solidaria de sus integrantes por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato".*  
(Subrayado y negrilla fuera de texto).

Así, y de acuerdo a lo también establecido en el punto 3.5. de la presente Resolución, no cabe duda que los miembros de los consorcios utilizados para participar en los diferentes procesos de selección, responderán solidariamente por todas y cada una de las obligaciones que se deriven de dicha conducta.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De esta forma, el argumento presentado por el recurrente es totalmente infundado y contrario a la ley vigente en la materia.

En mérito de lo expuesto, y en virtud de lo establecido en el artículo 80 del CPACA, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 1728 del 29 de enero de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

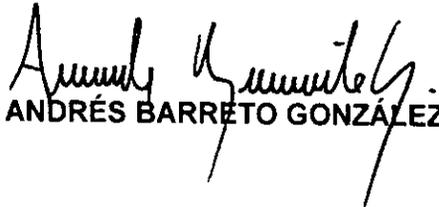
**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, identificado con C.C. 79.977.831 de Bogotá; **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.005.111 de Barranquilla; y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.260.302 de Bogotá), informándoles que en su contra no proceden recursos.

**ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR** la presente Resolución a **OLGA LUCIA VELASQUEZ SIERRA**, identificada con C.C. 64.554.742 y a **AJUSTEC INGENIERIA LTDA**, identificada con Nit. 810.004.716-1, entregándoles copia de la decisión e informándoles que en su contra no proceden recursos.

### NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 06 MAY 2019

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

  
ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: T. Posada  
Revisó: A. Pérez  
Aprobó: A. Barreto

#### NOTIFICAR:

**MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**

Cédula de Ciudadanía 72.005.111

Apoderado

**ANGÉL PORTO GUZMÁN**

Cédula de ciudadanía No. 8.734.671

Tarjeta Profesional No. 50.643 del Consejo Superior de la Judicatura

Carrera 54 No. 68-196, oficina 421 (Edificio Prado Office Center), Barranquilla

E-mail: [angeiportoguzman@hotmail.com](mailto:angeiportoguzman@hotmail.com)

**NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**

Cédula de Ciudadanía No. 79.977.831

Carrera 70B No. 5-40, Bogotá D.C.

[nelsonro25@gmail.com](mailto:nelsonro25@gmail.com)

**HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**

Cédula de Ciudadanía No. 19.260.302

Carrera 46 No. 118-55, Bogotá

E-mail: [hlancheros@hotmail.com](mailto:hlancheros@hotmail.com)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**COMUNICAR:**

**AJUSTEC INGENIERIA LTDA**

Nit 810.004.716-1

**OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA**

Cédula de Ciudadanía 64.554.742

Apoderado

**GIOVANNY ROJAS VELÁSQUEZ**

Cédula de Ciudadanía No. 1.152.186.703

Tarjeta profesional No. 222.515 del Consejo Superior de la Judicatura

Calle 33 A No. 71-126, apartamento 1103 (Edificio Puerto Bahía), Medellín

E-mail: [giorojasvelasquez@gmail.com](mailto:giorojasvelasquez@gmail.com)