



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

RESOLUCIÓN **13112** DE 2019

(10 MAY 2019)

Radicación 14-32964

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992¹, el Decreto 4886 de 2011², y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 2076 del 31 de enero de 2019 (en adelante "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA** (en adelante "**DESARROLLAMOS**") y **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "**PROYECTAR**") incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), por haber realizado conductas anticompetitivas con el fin de distorsionar la competencia en el marco del proceso de selección MC-LP-031-2013, convocado por el **MINISTERIO DE CULTURA** (en adelante "**MINCULTURA**").

De igual forma, por medio de la Resolución Sancionatoria, la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **HENRY LOSADA VÉLEZ**, en su calidad de representante legal de **PROYECTAR**, **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, en su calidad de representante legal de **DESARROLLAMOS** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, en su calidad de director de licitaciones de **PROYECTAR**, incurrieron 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.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, **PROYECTAR**, **HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, por una parte, y **DESARROLLAMOS** y **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, por la otra, mediante documentos radicados el día 26 de febrero de 2019³, interpusieron recurso de reposición contra dicho acto administrativo y solicitaron su revocatoria, con base en los siguientes argumentos:

- Para la fecha en que la Superintendencia expidió y notificó la Resolución Sancionatoria, la facultad sancionatoria de la Entidad ya había caducado, en tanto la caducidad se configuró a partir de la fecha de la presentación de las ofertas, es decir, el 20 de diciembre de 2013, por lo que el fenómeno de la caducidad habría operado el 20 de diciembre de 2018.
- Lo anterior, porque (i) en su criterio la imputación de la investigación se hizo únicamente sobre un acuerdo para elaborar y presentar unas propuestas o para su estructuración estratégica y (ii) la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca establece que dicha conducta es de ejecución instantánea y no continuada.
- Al ser la conducta ilegal *per se* (según lo afirma el Despacho) y teniendo en cuenta que para la defensa la adjudicación del contrato es un efecto, la conducta habría caducado porque la caducidad se contaría a partir de la presentación de las propuestas.

¹ Modificado por el Decreto 19 de 2012.

² Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

³ Folios 2185 a 2219 y 2220 al 2244 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente respectivamente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En la Resolución Sancionatoria (y en el Informe Motivado) se presentaron nuevos hechos que no habían sido señalados en la Resolución de Apertura. De allí la alegada incongruencia, y por lo tanto, la vulneración al derecho al debido proceso. Ello se presentó al incluirse lo que denominan como "nuevos puntos" o "nuevos hechos", en donde los especialmente reprochables son aquellos relativos a la relación de contexto.
- "Los ejes de estudio" de la Delegatura al momento de la formulación de cargos se centraron en (i) "el análisis de los documentos que integran las propuestas presentadas por los proponentes", (ii) "las declaraciones de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** y **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** rendidas en averiguación preliminar en relación con el momento de la elaboración y presentación de las propuestas" y (iii) "un análisis de las ofertas económicas presentadas por los proponentes"⁴. Sin embargo, consideran que: "en el presente caso la decisión final es incongruente por cuanto no existe concordancia entre los hechos que fueron imputados al momento de iniciar la investigación administrativa con los hechos que fueron puestos de presente en la decisión final y en el informe motivado, especialmente los que la SIC denomina [como] la relación de contexto y que según la entidad constituye información relevante para contextualizar el análisis de la conducta"⁵.
- Así, para los investigados estos son "nuevos hechos" incluidos en la Resolución Sancionatoria y que no estaban en la Resolución de Apertura, los cuales conllevarían a la congruencia. Estos "nuevos hechos" no pueden ser considerados una prueba de la ejecución de una conducta anticompetitiva, más aún cuando se refieren a hechos previos a la presentación de la propuesta en el proceso de licitación MC-LP-031-2013 y que datan de incluso 20 años atrás"⁶.
- Dado que la conducta es instantánea, los argumentos de la relación de contexto no pueden ser tenidos en cuenta para sancionar.
- La Superintendencia llevó a cabo una valoración errada y desmedida de los hechos que soportan la relación de contexto.
- La Superintendencia no realizó una valoración de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica, porque dirigió sus esfuerzos a establecer la denominada relación de contexto para "fortalecer" el análisis del comportamiento coordinado, "y en este sentido, la verdadera valoración para probar los hechos objeto de investigación carece de motivación y sustento"⁷.
- La Superintendencia no realizó ningún tipo de análisis que soporte la contradicción del ejercicio económico presentado por ellos en sus observaciones al Informe Motivado.
- La Resolución Sancionatoria no expuso razones suficientes, claras y detalladas de su contradicción a los argumentos económicos aportados en las observaciones al Informe Motivado.
- No es cierto que la probabilidad conjunta de éxito fuera de 25%. La probabilidad que debe considerarse es una probabilidad condicional, puesto que cada elemento del proceso afecta la probabilidad de éxito, con lo cual conjuntamente tenían solamente el 10,04% de posibilidades de ganar.
- El análisis económico no valorado resulta ser un argumento valioso para la graduación final de la sanción.
- La imputación de un sistema de turnos corresponde a un prejuicio de la Superintendencia de Industria y Comercio de una conducta relacionada con "un sistema de turnos o carrusel"⁸. Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha conducta no fue imputada en la

⁴ Folio 2200 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁵ Folio 2201 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁶ Folio 2201 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁷ Folio 2208 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁸ Folio 2212 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

presente investigación y que, con las conclusiones que se obtuvieron, también se estaría vinculando a **HÉCTOR HERNANDO CASTELLANOS** y a **MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERÍA LTDA.**

- Los supuestos elementos materiales de prueba que nunca fueron decretados mediante acto administrativo en términos de la normatividad procesal aplicable y por ende como es lógico, no fueron puestos a consideración de los investigados, para que pudieran ejercer en debida forma su derecho de defensa y contradicción o que por lo menos se hubieran pronunciado sobre el particular⁹.
- El acto administrativo sancionatorio adolece de falsa motivación porque *"el Despacho omitió dar respuesta a los argumentos presentados en las observaciones al informe motivado, toda vez que en la mayoría de los casos se limitó a indicar que el argumento no prosperaba, o que como se encontraba probado no había lugar a dar respuesta a los mismos"*¹⁰.
- En lo que respecta al criterio de dosificación relacionado con el impacto de la conducta en el mercado, la Resolución Sancionatoria habla sobre el gasto en compras públicas que realiza el Estado como porcentaje del PIB. Sin embargo, esto en nada tiene que ver con el mercado realmente afectado que hace referencia solamente al gasto relacionado con las contrataciones del Ministerio de Cultura para las obras de infraestructura en casas de cultura en Valle del Cauca, que representó en 2013 el 0,002% del PIB.
- En el criterio de beneficio obtenido por el infractor con la conducta, la Superintendencia de Industria y Comercio debió considerar que los beneficios corresponden al residuo entre los ingresos producto del contrato y los gastos para su ejecución. En este sentido, la utilidad del contrato no supera los 110 millones de pesos con lo cual la multa impuesta resulta desproporcionada.
- Las sanciones totales impuestas a las personas jurídicas investigadas corresponde al 87,26% del total del valor del contrato. Esto es excesivo teniendo en cuenta que *"las obras civiles fueron entregadas y, por tanto, se cumplió el cometido del proceso de licitación"*¹¹.
- El cálculo de la sanción se hizo sobre la información patrimonial del 2017 y no sobre la información del periodo de ocurrencia de los hechos. Por lo anterior, debe recalcularse la multa impuesta. Lo mismo sucede con las sanciones a las personas naturales.
- Por su parte, **DESARROLLAMOS** y **DIEGO LUÍS OCAMPO GIRALDO** señalan que, teniendo en cuenta el valor del contrato, la multa impuesta a ellos equivaldría al 20% de dicho valor. Adicional a esto, la empresa no percibió ningún tipo de utilidad o retribución sobre él mismo, con lo cual la multa resultaría desproporcionada.
- El cálculo de la sanción se hizo sobre la información patrimonial del 2017 y no sobre la información del periodo de ocurrencia de los hechos. Por lo anterior, debe recalcularse la multa impuesta. Lo mismo sucede con las sanciones a las personas naturales.
- Los investigados no incurrieron en una conducta típica, antijurídica y culpable. En consecuencia, *"[d]e no configurarse alguno de los tres elementos antes señalados, nos encontraríamos frente a una conducta que no puede ser objeto de sanción alguna por parte de la administración"*¹².
- Las personas naturales no deben ser sancionadas *"por cuanto ya operó el fenómeno de la facultad sancionatoria del Estado [al haber operado la caducidad], (...) [la Superintendencia]*

⁹ Folio 2229 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹⁰ Folio 2213 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹¹ Folio 2216 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹² Folio 2226 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*también perdió competencia para pronunciarse sobre la posible conducta de las personas naturales investigadas"*¹³.

- Con relación a **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, "[e]l Despacho asegura que su participación es evidente que conocía y permitió que sus empleados estructuraran la parte económica y de ambas propuestas. Situación que no fue probada en el proceso, ya que la **SIC** no probó que las propuestas económicas hubieran sido elaboradas por empleados de **PROYECTAR** (...) y está probado que el descargue de documentos por parte de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** fue consecuencia de una solicitud a título de favor personal y de amistad, más en ninguna parte se acreditó la participación de **HENRY LOSADA VÉLEZ** en ese actuar, es más en ninguna de las etapas de estructuración de las propuestas"¹⁴.
- En cuanto a **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, "[c]ontrario a la teoría del caso que está manejando la **SIC**, la responsabilidad que se le endilga se limita única y exclusivamente al haber obtenido documentos que no revestían ningún valor estratégico ni sensible de cara a la propuesta de [**DESARROLLAMOS**], más allá de que los documentos pudieran haber sido considerados como habilitantes, los mismos habían podido ser tramitados por cualquier persona y el problema real se limita a su relación de amistad con **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**"¹⁵.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política. Este precepto constitucional establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En esa medida, el artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer el derecho colectivo a la libre competencia económica, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que Subrayado y negrillas fuera de texto n, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos como los carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de abuso de posición dominante en el mercado u otras conductas.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse en varias ocasiones al régimen general de la libre competencia económica el cual encuentra sus bases en el referido artículo 333 Superior. Como primera medida ha dicho que la Constitución Política

"adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general"¹⁶. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

¹³ Folio 2213 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹⁴ Folios 2213 y 2214 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹⁵ Folio 2214 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

¹⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De acuerdo con esto,

*"Un asunto central es el de los límites de actuación que tienen los actores del mercado, y más precisamente, **los límites que deben ser impuestos a la libertad económica, que se materializan en el régimen de protección de la competencia.** Al respecto pueden ser identificados dos clases de límites: los que se imponen libremente los propios actores, dispuestos entre otros instrumentos, en los "manuales de buenas prácticas", y **los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia**"¹⁷. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

En este entendido, la función sancionatoria adelantada por la Superintendencia:

"(...) presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

*Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, **el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia.** Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta"¹⁸. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

En consecuencia, y conforme lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la entidad pública encargada de intervenir en el desarrollo de las actividades propias de la libertad económica cuando evidencie que podría existir una afectación al derecho constitucional a la libre competencia económica. Intervención que se realiza con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en cuanto a 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"¹⁹.

Por consiguiente, para el correcto ejercicio de sus competencias y funciones aplica el régimen general de la libre competencia, el cual, como lo ha aseverado la Corte se encuentra integrado por la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011. Adicionalmente, resulta relevante indicar que, en materia procesal, en los aspectos no regulados en las normas especiales se debe aplicar la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- y en lo no regulado por éste último por lo establecido en la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso. En palabras de la Corte,

*"En el plano normativo dicho régimen está conformado básicamente por la **Ley 155 de 1959** sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la **Ley 1340 de 2009**; por el **Decreto 2153 de 1992**, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, (...) por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC "conocerá en forma privativa de las investigaciones*

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia"; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos aspectos sustantivos y de procedimiento, (en) el **Decreto 4886 de 2011**²⁰. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

(...)

"Las reglas de procedimiento para las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen de protección de la competencia, se encuentra reglado en el **Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, contando con las cláusulas de integración de la Ley 1437 de 2011** que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"²¹.

Teniendo en cuenta lo establecido en cada una de las normas señaladas, la Superintendencia tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Así, se busca reprimir, sancionar y prevenir la infracción de las normas que protegen el régimen de la competencia y que tienen como bien jurídico protegido el derecho de todos los colombianos a la libre competencia económica. Luego entonces, y conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, a través de las actuaciones administrativas de esta entidad se busca velar, garantizar y cumplir con tres propósitos: "(...) la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"²². En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones

"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"²³.

En este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como policía administrativa en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la actividad económica en los diferentes mercados nacionales; función que se enmarca dentro del ámbito del derecho administrativo sancionatorio, en el cual los principios de legalidad y tipicidad tienen distinta entidad y rigor que en el derecho penal. Por ello la Corte ha indicado que

"En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas.

(...)

el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, **se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) "los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada"; (ii) "las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por**

²⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

²¹ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

²² Artículo 3 Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", Diario Oficial 47.420 de 24 de julio de 2009.

²³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta"; (iii) "la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad.

Y respecto del carácter flexible del principio de tipicidad como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, agregó:

"En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"²⁴. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Bajo este entendido, la exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma, (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta y (iii) que la sanción o criterios para determinarla sean claros. Así pues, se debe hacer especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma,

- (i) El régimen de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política.
- (ii) Las normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia son la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2009 y Decreto 019 de 2012.
- (iii) En materia procesal, las actuaciones administrativas, adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se rigen por lo dispuesto en las referidas normas y en lo no regulado por ellas por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y subsidiariamente por lo establecido en la Ley 1564 de 2012.
- (iv) La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de competencia.
- (v) Los propósitos de las actuaciones administrativas en protección del régimen de la competencia son tres: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- (vi) El análisis de adecuación de las conductas a las normas, que en materia administrativa sancionatoria realiza el juzgador, es mucho más flexible que el exigido en materia penal.

Bajo el contexto señalado, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** coludieron durante el proceso de licitación pública MC-LP-031-2013, en el marco de una larga y profunda relación de contexto anterior al mencionado proceso de selección contractual objeto de la presente actuación administrativa. El Despacho fundamentó esta conclusión en abundante material probatorio obrante en el Expediente en el que se evidenció que los agentes investigados estructuraron estratégicamente sus ofertas en el marco de una acción coordinada específica dentro del proceso de licitación pública MC-LP-031-2013. **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** coludieron entonces con el fin de aumentar sus probabilidades de que se les adjudicara el contrato, lo cual a la postre sucedió con la adjudicación del contrato que el **MINCULTURA** hizo a **PROYECTAR**.

Así, la Superintendencia demostró que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** no actuaron de manera independiente, sino de forma coordinada en el proceso licitatorio MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**, con fundamento en las siguientes pruebas:

²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, estructuró el componente económico de las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.
- **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, gestionó documentos fundamentales dentro del proceso contractual para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, sin los cuales sus propuestas no hubieran podido ser habilitadas dentro del proceso de selección contractual analizado. Sin la habilitación de las ofertas las propuestas no hubieran podido ser evaluadas, ni eventualmente adjudicado el contrato a alguno de los cartelistas. Se reitera que a la postre el contrato fue adjudicado a **PROYECTAR**.
- **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, en su calidad de ingeniero y como empleado de **PROYECTAR**, avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**, la cual requería de un aval por parte de un ingeniero según los pliegos de condiciones del proceso. En este sentido, también se demostró que **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE** era, además, asistente de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, quien, como arriba se señaló, estructuró el componente económico de las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**. Sin en este aval las propuestas tampoco hubieran podido ser evaluadas, ni eventualmente tampoco se les hubiera adjudicado el contrato a los proponentes.
- Con el comportamiento coordinado de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en la estructuración económica de las ofertas presentadas, incrementaron artificialmente sus probabilidades de resultar adjudicatarios del proceso licitatorio MC-LP-031-2013.
- Los argumentos de tipo económico presentados por los investigados respecto del análisis económico en ningún caso permitieron descartar la existencia del acuerdo anticompetitivo. Y en todo caso ese análisis económico no es necesario para probar la conducta colusoria como resultado de la valoración probatoria de las demás evidencias.

Por otro lado, el Despacho, en el marco de un análisis que sirvió para contextualizar el material probatorio arriba relacionado, también evidenció que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** han mantenido una larga y profunda relación anterior al proceso licitatorio MC-LP-031-2013 que data desde su constitución. En desarrollo de esta relación se demostró que siendo competidoras directas, no solo se apoyaban mutuamente en la gestión de sus proyectos, sino que han compartido funcionarios, han tenido socios y administradores en común, e incluso desarrollan sus actividades en el mismo domicilio. Este contexto resultó coherente con la conducta coordinada, y por ende ilegal por anticompetitiva, desplegada por los investigados en el proceso licitatorio MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**.

En este sentido, esta relación de contexto entre ellos no constituyó prueba de la existencia de la conducta objeto de la presente investigación. Por el contrario, esa relación simplemente constituyó una información relevante para contextualizar el análisis de la conducta anticompetitiva aquí investigada.

Así las cosas, para la Superintendencia de Industria y Comercio quedó plenamente acreditado en el Expediente que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública).

Teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados, el Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por **PROYECTAR**, **HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, así como **DESARROLLAMOS** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**.

3.2. Análisis del Despacho respecto a los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria

Para dar respuesta a los argumentos de los investigados, a continuación se expondrá, primero, la tesis que sobre el fenómeno de la caducidad ha sostenido esta Superintendencia respecto a casos de colusión en licitaciones públicas. Y posteriormente, con base en ese marco conceptual, se analizará el caso concreto a la luz de la argumentación de la defensa.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado de manera sostenida que la colusión en licitaciones públicas es una conducta continuada que finaliza con la liquidación del contrato. Lo anterior, porque las conductas anticompetitivas colusorias no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas. Por el contrario, se perpetúan en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública.

La Superintendencia ha llegado a desarrollado esta tesis con base en su interpretación de la norma y apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado.

En efecto, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 3 de febrero de 2017, en un caso de colusión en licitaciones públicas, señaló que

"la conducta fue permanente y continuada, debiendo contabilizarse el término de caducidad de la facultad sancionatoria a partir de la realización del último acto de ejecución de la falta"²⁵.

Más aún, la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha decantado su posición en relación con el momento en que inicia el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, cuando se está frente a comportamientos o hechos sancionables ejecutados de manera continuada o permanente como el que nos ocupa, teniendo en cuenta la jurisprudencia Tribunal Administrativo de Cundinamarca acabada de citar.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, en constante y uniforme jurisprudencia, ha sostenido lo siguiente:

"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria (...) sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación."²⁶.

Así, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en las conductas continuadas como son los casos de colusiones en licitaciones públicas, la caducidad se computa desde *"la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación"*. De allí que en las colusiones en licitaciones públicas el término que establece el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico.

Se resalta que esta tesis ha sido sostenida por esta Superintendencia²⁷. Al respecto, en la Resolución No. 83037 de 2014 este Despacho afirmó que la conducta anticompetitiva

"no cesa con la simple presentación de las ofertas realizadas conjuntamente por los competidores en el tiempo mientras dichos competidores se mantienen como oferentes coludidos dentro de la licitación objeto de examen".

Y agregó la Superintendencia en esta decisión administrativa que

"aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas, sin que el mantenimiento de las mismas y la interacción con la Entidad pública de los investigados constituya la continuidad de su conducta, llevaría a afirmar que si el contrato es adjudicado a uno de los cartelistas, la conducta inició y terminó con la presentación de las ofertas, pero posteriormente revivió al momento de la adjudicación para producir sus efectos".

Así las cosas, para esta Superintendencia, con base en su interpretación de la norma y apoyándose en la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de

²⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 3 de febrero de 2017. Rad. No. 250002341000 2015 02144 00.

²⁶ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 250002324000 2001 0431 01.

²⁷ Ver, por ejemplo, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Cundinamarca, ha considerado que las conductas anticompetitivas colusorias no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas. Por el contrario, se perpetúan en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública.

Por su parte, los recurrentes argumentaron que la conducta objeto de la presente actuación administrativa es de ejecución instantánea. En consecuencia, y teniendo que en su criterio la imputación se refiere a la elaboración y presentación de las propuestas y a ninguna actuación posterior, consideran que el tiempo de caducidad debe empezar a contabilizarse a partir del 20 de diciembre de 2013, fecha en la que se presentaron las propuestas. Por lo tanto, consideraron que el plazo de la Superintendencia para haber sancionado a los investigados era el 20 de diciembre de 2018, por lo que al momento de haberse llevado a cabo la sanción (30 de enero de 2019) y notificado (13 de febrero de 2019) la facultad sancionatoria ya había caducado.

Los investigados soportaron su argumentación en dos providencias. La primera, la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección B del 27 de octubre de 2016. Y la segunda, la sentencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A, del 2 de octubre de 2014.

Mediante la primera sentencia la defensa soportó su tesis relativa a que las colusiones en licitaciones públicas son una conducta de ejecución instantánea. Así, dado que la conducta imputada es la presentación de las propuestas que se llevó a cabo el 20 de diciembre de 2014, es a partir de esa fecha desde cuando debe contabilizarse la caducidad.

En efecto, la sentencia señala que

"lo sancionable es la conducta y no los efectos de la misma, ya que los efectos son el simple resultado de la conducta y pueden tener diferentes dimensiones que se prolongan en el tiempo, sin que sea admisible afirmar que la conducta se continuada porque sus efectos se prolongaron en el tiempo".

Y agrega que

"[e]n el caso objeto de examen la conducta que se imputó fue un acuerdo colusorio que tenía como propósito el rechazo de la propuesta de otro proponente (unión temporal Protección Integral) dentro de un proceso de licitación pública, de manera que fue una conducta que se agotó y extinguió en el momento en que los sancionados ejecutaron el acuerdo".

Con base en lo anterior, la defensa señala que

"en consonancia con lo manifestado por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, los efectos derivados de la conducta, como lo es que mi representado hubiera resultado adjudicatario, no pueden tenerse en cuenta en el presente caso con el fin de indicar que la conducta desplegada hubiera sido continuada, ya que en estricto sentido la imputación de la SIC se limitó a la presentación de unas propuestas más no a la adjudicación del contrato".

Por su parte, a través de la segunda sentencia, la defensa soportó jurisprudencialmente que, dado que en la Resolución de Apertura no se imputa específicamente a los sancionados por ninguna actuación posterior a la presentación de las propuestas y la conducta es instantánea, la caducidad no puede contabilizarse a partir del acto de adjudicación, es decir, del 24 de febrero de 2014. De esta forma, reitera que la caducidad debe contabilizarse a partir de la fecha de la presentación de las propuestas, esto es, el 20 de diciembre de 2014

Así, la segunda sentencia establece que

"[l]a sala debe apartarse del criterio expuesto por la SIC, por cuanto la conducta reprochable, de conformidad con la normatividad referenciada, se agota con el acuerdo colusorio, más no en la liquidación del contrato estatal".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Agrega que

"[a]firmar que el acto que ocasiona una sanción por parte de la SIC es el acuerdo de distribución de la adjudicación del contrato público, necesariamente debería colegirse que la caducidad de la facultad sancionatoria debe contarse a partir de este hecho".

También señala que

"dada la naturaleza del proceso de selección de contratistas en un proceso contractual público, se entiende que la conducta típica descrita en la norma se agota en el acto administrativo por el cual se adjudica el Contrato Estatal, siendo este el acto idóneo para advertir el presunto acuerdo colusorio por parte de la SIC, la entidad contratante, los demás oferentes y cualquier ciudadano"

En ese sentido la sentencia también dispone que en

"la etapa posterior al cierre del término para la presentación de las ofertas, y previa a la adjudicación del contrato estatal, aún los proponentes tienen a su disposición herramientas para ejercer actividades competitivas".

Y finalizan diciendo que

"la conducta reprochable que se pueda generar derivada del pacto restrictivo de la competencia nunca podrá extenderse más allá del acto administrativo por el cual se adjudique el contrato estatal".

Teniendo en cuenta esta jurisprudencia, la defensa afirma que

"el Tribunal Administrativo de Cundinamarca indicó que los actos que pudieran llegarse a configurar como anticompetitivos se pueden extender hasta el momento de adjudicación del contrato siempre y cuando los oferentes después de la presentación de las propuestas hubieran realizado otro tipo de actuaciones colusorias como la presentación de observaciones buscando deslegitimar a sus competidores".

Así, **PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ y RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** señalaron que

"la imputación de la SIC en contra de mis representados se limitó a la presunta presentación coordinada de las propuestas para la participación en el proceso de licitación MC-LP-031-2013, pero en ningún momento se imputó conducta por comisión de acto posterior a la presentación de las propuestas en contra de mi representado en la Resolución de Apertura de investigación y formulación de cargos".

Y **DESARROLLAMOS y DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO** afirmaron que

"lo que critica y reprocha el Despacho, es el presunto hecho de hacer parte de un esquema para la estructuración estratégica de ofertas de proponentes; de manera que ha sido [así] la misma Superintendencia de Industria y Comercio la que se ha encargado de delimitar y especificar el carácter de la conducta a investigar".

Finalmente, afirmaron que al ser la conducta ilegal *per se* (según lo afirma el Despacho) y teniendo en cuenta que para la defensa la adjudicación del contrato es un efecto, la conducta habría caducado porque la caducidad se contaría a partir de la presentación de las propuestas.

Ahora bien, señalada la tesis que sobre el particular ha sostenido esta Superintendencia y los argumentos presentados por los recurrentes, a continuación se procederá entonces a presentar las respectivas consideraciones del Despacho.

Así, en primer lugar, con fundamento en la jurisprudencia del más alto tribunal de lo contencioso administrativo y de los tribunales administrativos –por demás más reciente que la citada por la defensa- arriba mencionadas, este Despacho considera que no existen razones para cambiar la posición que ha sostenido en sus resoluciones. Por lo tanto, la Superintendencia reitera su posición respecto a que la colusión en licitaciones públicas es una conducta continuada que se agota con la liquidación del contrato. No hacerlo implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la interpretación acertada que ha realizado al respecto el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativo.

En consecuencia, la Superintendencia reitera que aceptar la tesis de la ejecución instantánea "llevaría a afirmar que si el contrato es adjudicado a uno de los cartelistas, la conducta inició y terminó con la presentación de las ofertas, pero posteriormente revivió al momento de la adjudicación para producir sus efectos"²⁸.

Aceptar la tesis de la ejecución instantánea sería ir en contravía a la realidad de las conductas colusorias en una licitación pública, especialmente en una como la que nos ocupa, en la que a uno de los investigados se le adjudicó el contrato. En efecto, aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas o su estructuración estratégica, sin que el mantenimiento de su participación o la interacción con la entidad pública de los investigados constituya la continuidad de su conducta, conllevaría a desconocer la unidad de la conducta.

Ciertamente, en este caso a **PROYECTAR** se le adjudicó el contrato y las evidencias que probaron la conducta colusoria específica dentro del proceso MC-LP-031-2013 son también consistentes con la igualmente evidenciada larga y profunda relación de colaboración entre las personas sancionadas.

Y es que, en cualquier caso, es evidente que las propuestas se prepararon y presentaron de manera coordinada para que existieran más posibilidades de que el contrato se le adjudicara a alguno de los cartelistas, lo cual, en el caso que nos ocupa, fue a **PROYECTAR**.

En el mismo sentido, adoptar la tesis de la defensa sería tanto como conceder que en un acuerdo de precios en el que se evidencie un pacto específico para determinados productos en un periodo preciso, se cuente la caducidad desde la fecha en que se hizo el pacto y no desde el momento en que los precios dejaron de ser consecuencia de dicho pacto.

Así las cosas, una imputación por conductas anticompetitivas por coordinar la preparación y presentación de propuestas o por la estructuración estratégica de las ofertas necesariamente implica que la infracción se extiende hasta que cesa la conducta, como resultado de que es una conducta de ejecución continuada.

Pero además, del fundamento jurídico de la Resolución de Apertura de Investigación se desprende que la imputación es por una colusión en procesos de selección contractual por la posible realización de conductas anticompetitivas para todo el proceso de selección contractual investigado en la presente actuación administrativa.

En efecto, en el considerando décimo quinto, en el que la Delegatura plantea el fundamento jurídico de la imputación, la Delegatura no afirma que para el caso concreto la imputación se refiere únicamente a alguna de las etapas dentro del proceso de selección contractual, por ejemplo la presentación de las propuestas. Por el contrario, hace una descripción de la totalidad de la disposición, la cual establece lo siguiente:

"Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: (...) 9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas".

El Despacho considera que lo anterior es consistente con la arriba señalada doctrina de esta Superintendencia respecto a que es una conducta de ejecución continuada, la cual es coherente con la también arriba citada jurisprudencia del Consejo de Estado y la más reciente del Tribunal Administrativo de Cundinamarca.

Por lo tanto, para el Despacho la imputación se entiende por la totalidad de la conducta dentro de la totalidad del proceso de selección contractual. Así, afirmar que la conducta inicia y termina con la elaboración y presentación de las ofertas, o de su estructuración estratégica, entendidas como conductas de ejecución instantánea, conllevaría a desconocer la realidad dentro de los procesos

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

contractuales y la jurisprudencia del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo Cundinamarca. En efecto, la presentación coordinada de una propuesta constituye un comportamiento restrictivo de la competencia que genera efectos restrictivos a lo largo del proceso contractual.

En segundo lugar, el Despacho no encuentra relación alguna en este caso entre que la conducta sea ilegal *per se* y la caducidad de la conducta. En efecto, se considera que la defensa está confundiendo el concepto de los efectos de una conducta en el marco de la doctrina *per se*.

Así, para la Defensa al ser la conducta ilegal *per se* o por objeto, la conducta habría caducado porque la caducidad se contaría a partir de la presentación de las propuestas, toda vez que para la defensa la adjudicación del contrato es un efecto.

Sin embargo, se considera que la interpretación de la defensa sobre los "efectos" confunde los **efectos económicos en el mercado** de una conducta con los **efectos dentro del trámite de un proceso de contratación pública**. En concepto de este Despacho una cosa es lo que se entiende comúnmente por "efectos" en el derecho de la competencia en general, entendimiento a partir del cual se aplica la doctrina *per se*, y otra cosa los "efectos" a los que hace referencia el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

De acuerdo con la doctrina internacional²⁹, por un lado, en el derecho de la competencia en general los "efectos" se refieren a los **efectos económicos en el mercado**. Dentro de este contexto, es que se presenta la diferencia entre el análisis de una conducta por objeto o por efecto, tal y como ocurre por ejemplo en Europa, o sus equivalentes en los Estados Unidos en donde el semejante al análisis por objeto es el análisis *per se* y el semejante al análisis por efecto es la regla de la razón.

En ambas jurisdicciones -y en Colombia- hay unas conductas "*hard core*" o del núcleo duro de los carteles, frente a las cuales debe aplicarse un análisis por objeto o *per se*, en el que no se tienen en cuenta los efectos económicos de la conducta sino su existencia. Dentro estas conductas se encuentran el *bid rigging* que es lo que en Colombia se entiende por colusiones en procesos de contratación pública.

Así, una conducta es ilegal *per se* si se evidencia, por ejemplo, la existencia de un acuerdo colusorio, tal y como ocurrió en el presente caso, independientemente de los efectos económicos de la conducta dentro del mercado o de si es de ejecución instantánea o continuada. Para el caso objeto de la presente investigación, lo importante desde la perspectiva de la doctrina *per se* o por objeto es la existencia del acuerdo para coludir.

Bajo este sustento conceptual fue que el Despacho aplicó en la Resolución Sancionatoria el análisis de la doctrina *per se* o por objeto. Así, al haber sido probada la existencia de un acuerdo colusorio entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, el análisis de los efectos económicos de la conducta se hizo innecesario.

Por otro lado, los efectos a los que se refiere el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, son efectos de un acuerdo colusorio **dentro de un proceso contractual y no en el mercado**. Así, dicha disposición establece lo siguiente:

"Artículo 47. **Acuerdos** contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos: (...) 9. Los que tengan **por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas**". (Subrayado y negrillas fuera de texto)

A partir de la lectura de esta norma, y para los propósitos del caso en análisis, se tiene que esta disposición prohíbe los acuerdos colusorios independientemente de si, por ejemplo, a los cartelistas se les adjudicó o no el contrato. **Pero esa adjudicación del contrato no es un efecto económico, al que le sería aplicable la doctrina *per se*, sino un efecto del acuerdo colusorio**

²⁹ Ver, entre otros, CRANE, Daniel A., "Antitrust", Wolters Kluwer, New York, 2014, p. 193 o VAN DEN BERGH, Roger, "Comparative Competition Law and Economics" y Edward Elgar Publishing, UK, 2017, pp. 1-2 y 203-239.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

dentro del proceso contractual, es decir que hace parte de la conducta reprochada, así como cualquier posterior acción por medio la cual se siga desarrollando.

En consecuencia, el hecho que la conducta sea ilegal *per se* por estar probada la existencia de un acuerdo para coludir en una licitación pública, bajo ninguna óptica quiere decir que el conteo de la caducidad inicie desde el momento en que se pactó. Aceptar esta tesis comportaría tener que obviar del análisis el desarrollo de la conducta y su ejecución, lo cual resulta inaceptable pues, teniendo en cuenta que es una conducta de ejecución continuada, la conducta es una misma hasta que finaliza su ejecución, es decir, a partir de que el Estado dejó de pagar el precio producto de la conducta cartelista. Esto incluso con mayor razón para el presente caso teniendo en cuenta que a uno de los cartelistas se le adjudicó el contrato.

Por lo tanto, en una investigación administrativa como la presente, el conteo de la caducidad, independientemente de que sea ilegal *per se*, iniciará a partir de su liquidación, teniendo en cuenta que es una conducta de ejecución continuada, de conformidad con la tesis que ha venido sosteniendo esta Superintendencia con base en su interpretación de la norma, apoyándose en jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y del Consejo de Estado.

Es así como, dado que el contrato investigado no ha sido liquidado, la caducidad no ha empezado siquiera a contabilizarse. Más aún, incluso si aceptara la tesis que la caducidad debe contarse a partir de la adjudicación del contrato, esta Superintendencia habría estado plenamente facultada para llevar la sanción objeto de la presente actuación administrativa. En efecto, el contrato fue adjudicado el 24 de febrero de 2014 y la resolución fue expedida y notificada el 31 de enero y el 13 de febrero de 2019 respectivamente.

3.3 Análisis del Despacho respecto a los argumentos relacionados con una alegada incongruencia entre la imputación y la decisión final

Para dar respuesta al análisis de congruencia propuesto por los investigados, el Despacho procederá a observar cuáles fueron los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. Posteriormente, se analizarán los argumentos relativos a los "nuevos hechos" no mencionados en la Resolución de Apertura de Investigación. Desde ya el Despacho resalta que, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esta Superintendencia ha sostenido que sí se pueden incluir hechos adicionales a los señalados en la Resolución de Apertura, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica y las pruebas que los sustentan se encuentren dentro del Expediente y hayan sido debidamente practicadas.

3.3.1. Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos

Mediante la Resolución de Apertura de Investigación se imputaron los siguientes cargos a las personas jurídicas y naturales investigadas³⁰:

Para las personas jurídicas (imputación jurídica):

"ARTÍCULO 1: ABRIR Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS para determinar si las siguientes personas jurídica actuaron en contra de lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en el proceso de licitación número **MC-LP-031 de 2013**³¹:"

Para las personas naturales (imputación jurídica):

"ARTÍCULO 2: ABRIR Y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS para determinar si las siguientes personas actuaron en contra lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la Ley 155 de 1959 y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en el proceso de licitación número **MC-LP-031 de 2013**:"

³⁰ Folios 1571 a 1578 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

³¹ Acuerdos que tengan por objeto o efecto la colusión en procesos de contratación pública

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como puede observarse, es claro que mediante la Resolución de Apertura de Investigación se imputaron a las personas jurídicas investigadas los cargos de la infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública).

Por su parte, las personas naturales investigadas fueron imputadas con el cargo de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas ya mencionadas e imputadas a las personas jurídicas.

Las anteriores imputaciones tuvieron como actuación previa la tramitación de una averiguación preliminar, en la cual se recogieron y analizaron diversas pruebas, con el fin de verificar información y lograr determinar si existía mérito o no para abrir la investigación formal e imputar cargos. Por lo demás, esta es una situación común en las actuaciones que por prácticas restrictivas de la competencia adelanta esta Superintendencia, en cumplimiento del procedimiento previsto en las normas especiales y en el estatuto procesal administrativo aplicable.

En lo que se refiere a la imputación del cargo de acuerdos que tengan por objeto la colusión en procesos de contratación pública, la Delegatura para la Protección de la Competencia en la Resolución de Apertura de Investigación realizó la imputación fáctica que a continuación se describe.

Imputación fáctica – Cargo: acuerdos que tengan por objeto la colusión en procesos de contratación pública – Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en el proceso de licitación número MC-LP-031 de 2013).

"DÉCIMO CUARTO: Que una vez analizada la información acopiada por este Despacho durante las actuaciones administrativas mencionadas en los acápite anteriores, esta Delegatura pudo evidenciar la existencia de posibles prácticas restrictivas de la competencia por parte de PROYECTAR y DESARROLLAMOS, proponentes del Grupo No. 2 del proceso MC-LP-031 de 2013. Lo anterior, en razón a que presuntamente no hubo una participación individual y competitiva por parte de dichos agentes de mercado, ya que se encontró un documento de PROYECTAR y DESARROLLAMOS en la oferta de DESARROLLAMOS y viceversa y además porque presentaron sus ofertas con similitudes en forma y estructura, posiblemente por el hecho de compartir empleados e instalaciones administrativas al momento de elaborar las propuestas. De igual forma, se evidenció que las pólizas de seguro de las ofertas tuvieron el mismo intermediario de seguros y fueron expedidas el mismo día" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

RESUMEN	
PLIEGO DE CARGOS Imputación Jurídica	PLIEGO DE CARGOS Imputación Fáctica
Acuerdos que tengan por objeto la colusión en procesos de contratación pública	No hubo una participación individual y competitiva por parte de PROYECTAR y DESARROLLAMOS y se habrían coludido en el proceso MC-LP-031 de 2013 . Lo anterior porque (i) se encontró un documento de PROYECTAR en la oferta de DESARROLLAMOS y viceversa, (ii) se presentaron sus ofertas con similitudes en forma y estructura, posiblemente por el hecho de compartir empleados e instalaciones administrativas al momento de elaborar las propuestas, y (iii) se evidenció que las pólizas de seguro de las ofertas tuvieron el mismo intermediario de seguros y fueron expedidas el mismo día".
Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, es claro que el cargo imputado a los investigados fue el de celebrar un acuerdo para coludir en un proceso de contratación pública, el cual soportaron en las evidencias arriba señaladas.

De acuerdo con lo anterior, no puede ser de recibo la lectura que se infiere pretenden hacer los investigados respecto a que una sanción de esta Superintendencia por dicho cargo solo puede ser soportada en tales hechos. Como se verá a continuación, es perfectamente posible, e incluso es lógico, que durante la investigación se encuentren nuevas pruebas que soporten nuevos hechos los cuales pueden dar cuenta del cargo imputado.

3.3.2 Consideraciones del Despacho relativas a los "nuevos puntos" o "nuevos hechos" no mencionados en la Resolución de Apertura y la alegada violación al principio de congruencia

Tal como arriba se señaló, los recurrentes afirmaron que en la Resolución Sancionatoria (y en el Informe Motivado) se presentaron nuevos hechos que no habían sido señalados en la Resolución de Apertura. De allí la alegada incongruencia (que ya fue descartada), y por lo tanto, la vulneración al derecho al debido proceso.

Para los sancionados ello se presentó al incluirse lo que denominan como "nuevos puntos" o "nuevos hechos", en donde los especialmente reprochables son aquellos relativos a la relación de contexto.

En efecto, los recurrentes consideran que, por un lado, "los ejes de estudio" de la Delegatura al momento de la formulación de cargos se centraron en (i) "el análisis de los documentos que integran las propuestas presentadas por los proponentes", (ii) "las declaraciones de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** y **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** rendidas en averiguación preliminar en relación con el momento de la elaboración y presentación de las propuestas" y (iii) "un análisis de las ofertas económicas presentadas por los proponentes"³².

Pero, por otro lado, en su criterio, la Superintendencia, mediante la Resolución Sancionatoria, "sin justificación alguna motiva el acto administrativo y la supuesta comisión de la conducta en los siguientes puntos":

*"(i) Relación de contexto: en la cual **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.** y **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA.** compartían trabajadores con funciones fundamentales; las empresas se apoyaban en su gestión empresarial y las empresas mantenían estrechas relaciones desde su constitución.*

*(ii) Pruebas de la acción coordinada entre **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.** y **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA.** dentro del proceso de licitación: en donde se señala, que las propuestas fueron estructuradas por las mismas personas; los requisitos para participar en el proceso fueron gestionados y obtenidos por las mismas personas y un empleado de **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.** avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA.***

(iii) El análisis económico de la conducta de los investigados"³³.

En consecuencia, consideraron que:

"en el presente caso la decisión final es incongruente por cuanto no existe concordancia entre los hechos que fueron imputados al momento de iniciar la investigación administrativa con los hechos que fueron puestos de presente en la decisión final y en el informe motivado, especialmente los que la SIC denomina [como] la relación de contexto y que según la entidad constituye información relevante para contextualizar el análisis de la conducta"³⁴.

Partiendo de lo anterior, y tal como antes se señaló, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Concejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esta Superintendencia ha sostenido que sí pueden incluirse

³² Folio 2200 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

³³ Folio 2201 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

³⁴ Folio 2201 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

hechos adicionales a los señalados en la Resolución de Apertura, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, las pruebas que los soporten se encuentren dentro del Expediente y hayan sido debidamente practicadas y se encuentren dentro del expediente. Así, el Despacho ha concluido que añadir hechos que cumplan tales criterios no solo no afecta la congruencia de la decisión sino que es totalmente lógico que ello se presente. De no ser así, la etapa de investigación formal sencillamente no tendría razón de ser.

Así, la Corte Constitucional, apoyándose en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido lo siguiente:

“De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento y no como una “atadura irreductible”³⁵. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Asimismo, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

“Vale la pena precisar que si bien el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio.”³⁶ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Y en esa misma línea, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se ha pronunciado en los siguientes términos:

“[E]s importante advertir que el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente (...) sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas”³⁷. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, esta Superintendencia ha concluido en otros casos en los que se ha analizado el mismo argumento que:

“la resolución que abre la respectiva investigación administrativa determina cuáles son las conductas objeto de investigación, lo cual conlleva a la lógica conclusión de que mal podría ser el momento en que la autoridad determina definitivamente todas y cada una, sin exclusión, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que deban ser analizadas por la autoridad administrativa para establecer la existencia de una conducta anticompetitiva imputada, pues serán los elementos recaudados durante la indagación preliminar y la investigación, las que darán lugar al análisis final en la resolución que ponga fin a la actuación para determinar si efectivamente la conducta anticompetitiva se ha perpetrado o si por el contrario está descartada su ocurrencia”³⁸ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por consiguiente, también esta Superintendencia ha afirmado lo siguiente, lo cual es completamente aplicable para la investigación administrativa objeto de la presente resolución:

³⁵ Corte Constitucional. Sentencia C – 025 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de julio de 2013. Radicación 11001-03-25-000-2011-00674-00 (2601-11).

³⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. 22 de enero de 2015. M.P. Fredy Ibarra Martínez. Expediente No. 25000-23-41-000-2013-00414.

³⁸ Resolución No.103652 del 30 de diciembre de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"La Superintendencia de Industria y Comercio tiene la convicción de que **su obligación legal es valorar todas las pruebas que obren en el expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas al mismo (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil)**³⁹, siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone la imputación jurídica y fáctica. Hecho ese ejercicio por parte del juzgador, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar, por cuanto todas las pruebas analizadas en la Resolución Sancionatoria cumplen con los siguientes requisitos mínimos: (i) hacen parte de las pruebas del expediente; (ii) fueron regular y oportunamente allegadas e incorporadas a la investigación; y (iii) guardan relación con la imputación jurídica y fáctica a que se refiere Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

En esa misma línea, esta esta Superintendencia también ha señalado lo siguiente:

"el argumento carece de todo asidero jurídico en cuanto desconoce la esencia misma del periodo probatorio de la investigación, que es permitir a los investigados controvertir las pruebas que obran en el expediente, aportando o solicitando las que estimen convenientes para esclarecimiento de las conductas imputadas. Sostener que las únicas pruebas que pueden mencionarse en el Informe Motivado o en la decisión final de la investigación son las mencionadas en la Resolución de Apertura o Pliego de Cargos, es creer, que los periodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales son etapas decorativas, innecesarias e inútiles. Al contrario, los esquemas procesales vigentes dan cuenta de que en el proceso o actuación administrativa es dable hacer uso de cualquier prueba aportada en forma legal a la actuación administrativa o judicial, por cualquiera de los sujetos procesales, en virtud, incluso, de los principios de legalidad y de comunidad de la prueba".

(...)

Acceptar la tesis de los investigados llevaría a la conclusión absurda de que se debería prescindir del periodo probatorio por cuanto las pruebas practicadas con posterioridad a la apertura de la investigación serían inexistentes para la Autoridad"⁴⁰. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, para el Despacho, en la línea de lo que ha sido la doctrina de esta Superintendencia, la cual, a su vez, se soporta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es claro que sí pueden incluirse nuevos hechos en la Resolución Sancionatoria, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, y las pruebas que los soporten se encuentren dentro del expediente con la posibilidad de haber sido controvertidas.

3.4. Análisis del Despacho sobre los argumentos relacionados con la relación de contexto

PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ y RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO argumentaron que la Superintendencia efectuó una valoración errada y desmedida de los hechos que soportan la relación de contexto. Las críticas de los recurrentes a la decisión final se refieren a que, en su criterio, la Superintendencia (i) los sancionó inadecuadamente en gran medida con base en estas pruebas lo cual es improcedente por no corresponder al proceso de licitación MC-LP-031-2013 y (ii) la Superintendencia no llevó a cabo una correcta valoración de esas pruebas. A continuación se procederá a dar respuesta a cada uno de estos aspectos.

3.4.1. Improcedencia de sancionar con base en pruebas relativas a relación de contexto

Sobre el particular, teniendo en cuenta que estos mismos argumentos fueron esgrimidos en las observaciones al Informe Motivado, el Despacho reitera su posición en tal sentido presentada en la Resolución Sancionatoria. En efecto, se reitera que las pruebas que evidencian el acuerdo restrictivo de la competencia son aquellas relativas a la acción coordinada específica entre **PROYECTAR y DESARROLLAMOS** en el proceso de licitación pública MC-LP-031-2013. Es decir, aquellas que evidencian que (i) las mismas personas que prepararon la propuesta de

³⁹ "Artículo 174. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."

⁴⁰ Resolución No.103652 del 30 de diciembre de 2015. La Resolución No.103652 del 30 de diciembre de 2015 decidió unos recursos de reposición a la Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PROYECTAR hicieron lo propio con la propuesta de **DESARROLLAMOS** y en que (ii) un empleado de **PROYECTAR** avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

Más concretamente, aquellas que demuestran que (i) **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, estructuró el componente económico de las propuestas de ambas empresas, (ii) **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, estructuró el componente documental de ambas propuestas el cual fue fundamental para que el **MINCULTURA** les adjudicara el contrato, y (iii) el rol de **PROYECTAR**, a través de su empleado **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, empleado de **PROYECTAR**, y asistente de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, al avalar la propuesta de **DESARROLLAMOS**, sin el cual tampoco hubiera sido posible que el **MINCULTURA** le adjudicara el contrato a **PROYECTAR**.

Para el Despacho, estas pruebas son suficientes para probar que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

El Despacho reitera, por lo tanto, lo expuesto en la Resolución Sancionatoria respecto a que la relación de contexto evidenciada no constituye prueba de la existencia de la conducta objeto de la presente investigación. Por el contrario, esa relación simplemente constituye una información relevante para contextualizar el análisis de la conducta anticompetitiva aquí investigada. Más aún, en la Resolución Sancionatoria señaló que:

"el contexto presentado no es un reproche en sí mismo ni constituye prueba de la existencia del cartel objeto de la presente investigación, sino simplemente constituye una información relevante de contexto para el análisis de la conducta específica de estas empresas en el marco del proceso de contratación MC-LP-031-2013 del MINCULTURA"
(Subrayado y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, la argumentación de la defensa reseñada en esta sección respecto al valor probatorio que otorgó el Despacho a la relación de contexto para la decisión final resulta improcedente.

Finalmente, por las mismas razones también resulta improcedente el argumento esgrimido en la sección anterior respecto a que como, en su criterio, la conducta es instantánea, los argumentos de la relación de contexto no pueden ser tenidos en cuenta para sancionar. Se reitera que independientemente de si la conducta es o no de ejecución continuada, el punto pertinente a resaltar acá es que las pruebas de contexto no son *"un reproche en sí mismo ni constituye prueba de la existencia del cartel objeto de la presente investigación"*.

3.4.2. Incorrecta valoración de las pruebas relativas a la relación de contexto

3.4.2.1. Frente al hecho de que las empresas compartían trabajadores con funciones trascendentales.

La defensa señaló que en la Resolución Sancionatoria no fue probado que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** compartían trabajadores con funciones trascendentales. En efecto, señalaron que la Superintendencia llegó erradamente a esta conclusión toda vez que fue resultado de *"conjeturas y hechos aislados que fueron valorados de manera equivocada y en un escenario que no tiene relación con el que es referido por la Superintendencia"*⁴¹.

Así, en primer lugar, la defensa señaló que como en *"ningún documento o declaración rendida al interior de la investigación se realizó esta aseveración"*⁴², es decir, que las empresas compartían trabajadores con funciones trascendentales, no puede concluirse que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, en su condición de directora del departamento de costos de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, cumplieran roles fundamentales.

⁴¹ Folio 2202 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁴² Folio 2203 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, se considera que, tal y como lo indican las reglas de la experiencia, para concluir que una función es trascendental no se requiere que alguien expresamente así lo diga. De allí que el Despacho considere que argumentar que un cargo no es "trascendental" porque en los testimonios no se utilizó exactamente ese adjetivo sea improcedente.

Con todo, el Despacho resalta que la calificación de "trascendental" a esos cargos fue dada con base en el acervo probatorio. En el caso concreto, la Superintendencia concluyó que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, en su rol de directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, y **RUBÉN DARIÓ SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, cumplían roles trascendentales por su rol en la estructuración de las propuestas, no obstante que ambos funcionarios solamente tenían relación laboral con **PROYECTAR**.

En efecto, en la Resolución Sancionatoria lo anterior se evidenció con claridad mediante testimonios y evidencia recabada en la inspección administrativa. Si la estructuración del componente económico de una propuesta y la gestión de documentos fundamentales dentro del proceso contractual –sin los cuales las propuestas de las investigadas no hubieran podido siquiera ser evaluadas–, no son roles trascendentales, no se advierte qué puede considerarse como un rol fundamental. Bajo la lógica de la defensa solamente podrían catalogarse por roles trascendentales el de los representantes legales, lo cual contradice la realidad empresarial.

Pero incluso el propio **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS** reconoció en su declaración durante la etapa probatoria que el rol de directora del departamento de costos y el de director de licitaciones es "*determinante para el objeto social de la compañía*", al responder positivamente a la pregunta del funcionario de la Superintendencia quien utilizó ese adjetivo⁴³.

De allí que sea improcedente la argumentación de la defensa relativa a que como **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARIÓ SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR** no declaran que la función de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR** era "trascendental" o "fundamental" no significa que no lo sea.

Con todo, el Despacho considera oportuno volver a transcribir el testimonio de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, toda vez que la defensa señala que su declaración "*fue claramente acomodada y tomada fuera de contexto*" porque "*cuando le preguntan si la función de elaboración de las propuestas es importante, el declarante manifestó que sí lo era y explicó el por qué, sin que en su declaración indicara que los trabajadores antes mencionados desarrollaran funciones fundamentales para las dos empresas*"⁴⁴.

Así, para el Despacho **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, no pudo haber sido más afirmativo en el lenguaje y la justificación respecto a la importancia del rol de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**⁴⁵:

“DELEGATURA: *¿Esa función es importante?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *Claro que sí.*

DELEGATURA: *¿Por qué es importante?*

HENRY LOSADA VÉLEZ: *Porque es la que da la base para poder saber si uno participa o no. En caso de que se descache va a perder plata la organización y en caso de que no sepa llegar al presupuesto y tampoco nos presentemos vamos a perder plata”.*

Seguramente si el investigador hubiese preguntado si la función era "fundamental" o "trascendental" la respuesta de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR** hubiese sido la misma. Pero, en cualquier caso, se reitera que la calificación realizada por la

⁴³ Folio 1825 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Minuto 32:00.

⁴⁴ Folio 2203 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁴⁵ Folio 1831 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Minuto 16:00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Superintendencia se hizo con base en la realidad de sus funciones, con base en la evidencia que reposa en el Expediente.

Por lo demás, en el caso de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, la relevancia de su rol se evidencia no solo a partir de lo plasmado en la Resolución Sancionatoria, sino en el propio testimonio de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**.

En efecto, al preguntársele por qué las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** tienen el mismo orden, ella dice que pudo ser porque *"en varias ocasiones la persona que arma las propuestas [de **PROYECTAR**] también le ayuda a armar las de **DESARROLLAMOS**".* Y al preguntársele sobre quién es el encargado de "armar" las propuestas (utilizando el lenguaje utilizado por ella en su declaración), señaló que *"el encargado [de armar las propuestas] es **Rubén Darío**"*⁴⁶.

Así las cosas, y en la línea de lo arriba expuesto, la Superintendencia reitera que las funciones de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR** y de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR** son de la mayor relevancia, independientemente del adjetivo que se utilice. El Despacho utilizó el adjetivo de "trascendentales" para calificar la altísima relevancia de sus funciones pero también hubiese podido utilizar otros calificativos tales como "fundamentales" o "importantes". El calificativo utilizado entonces por la Superintendencia nada desestima el punto que quiso resaltarse en la Resolución Sancionatoria al llevar a cabo el análisis de la relación de contexto: la larga y profunda relación de las investigadas previa al proceso objeto de la investigación.

Por lo tanto, el Despacho considera que el alegato respecto al adjetivo que haya utilizado la Superintendencia para describir la altísima relevancia del rol que prestaban para ambas empresas **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, es irrelevante para controvertir la conclusión del Despacho al realizar el análisis de contexto: los investigados tenían una larga y profunda relación previa al proceso de licitación MC-LP-031-2013.

En segundo lugar, la defensa argumentó que, *"por el contrario"*, lo que se prueba con la evidencia recabada en el expediente es que *"las propuestas eran elaboradas de manera independiente y solo se elaboraban de manera conjunta en aquellos casos en los que las empresas investigadas participaban a través de consorcios"*⁴⁷. En ese sentido, la defensa resaltó que los consorcios son una *"figura reconocida por la ley"*.

Así, por ejemplo, señaló que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, *"en diligencia manifestó que en algunas oportunidades le prestaba asesoría en la parte civil en la elaboración de las propuestas a **DESARROLLAMOS**, especialmente cuando se encontraban en consorcio o cuando dicha empresa se estaba presentando a otros procesos de los que no participaba **PROYECTAR**"*⁴⁸ (subrayado fuera de texto).

Sobre el particular, el Despacho considera que esta argumentación de la defensa, antes que desvirtuar la larga y profunda relación de las investigadas previa al proceso de licitación MC-LP-031-2013, lo que hace es corroborar esa conclusión.

En efecto aunque ese apoyo fuera *"especialmente cuando se encontraban en consorcio"*, tal y como argumenta la defensa, ello no desvirtúa sino que confirma la larga y profunda relación de las investigadas previa al proceso objeto de la investigación.

Por lo demás, lo que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, afirmó en su declaración fue que **PROYECTAR** *"maneja muchas propuestas en consorcio con **DESARROLLAMOS**"*, sin precisar si el apoyo lo daba también cuando no estaban

⁴⁶ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Minuto 13:40.

⁴⁷ Folio 2203 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁴⁸ Folio 2203 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en consorcio⁴⁹. Más aún, en las evidencias encontradas en el computador de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** -objeto del argumento de la defensa y que más adelante se analizará-, se encuentran evidencias de procesos en los que habrían actuado de forma coordinada no habiéndose presentado como consorcio.

Por lo tanto, se reitera que la argumentación de la defensa no desvirtúa en forma alguna sino que confirma la larga y profunda relación de las investigadas anterior al proceso de licitación MC-LP-031-2013.

Y en tercer lugar señalaron que las evidencias encontradas en el computador de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, -las cuales sirvieron para soportar las tesis de la Delegatura al evidenciar su participación con **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en otros procesos- no son objeto de la presente investigación. Por consiguiente, reiteraron que *"que los hechos que son objeto de la investigación corresponden única y exclusivamente al proceso MC-LP-031-2013"*⁵⁰. Y en consecuencia señalan que *"hacer mención a otros procesos de licitación resulta una vez más en una incongruencia entre la imputación y la decisión final y por supuesto una violación al derecho de defensa y al debido proceso"*⁵¹.

Al respecto, el Despacho reitera una vez más que el valor probatorio de las evidencias utilizadas para llevar a cabo el análisis de contexto no es un reproche en sí mismo, ni constituye prueba de la existencia del cartel objeto de la presente investigación, el cual se encuentra plenamente acreditado con evidencias adicionales que dan cuenta de dicha conducta. En consecuencia, el Despacho insiste, una vez más, que la relación de contexto evidenciada no constituye prueba de la existencia de la conducta objeto de la presente investigación. Por el contrario, simplemente constituye una información relevante para contextualizar el análisis de la conducta anticompetitiva aquí investigada, en donde las pruebas para sancionar la conducta colusoria fueron las valoradas específicamente para la licitación pública MC-LP-031-2013.

En particular, respecto al argumento que intenta controvertir la defensa mediante su tercer argumento, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que fue como una prueba adicional de que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** históricamente ha tenido que ver con las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** que la Delegatura encontró en su computador las propuestas económicas de ambas empresas -y de los consorcios que integraban de manera independiente- de varios procesos de contratación.

En efecto, se encontraron los siguientes procesos con fecha de guardado anterior al último día para entregar las propuestas: (i) OPC-030-2011 que adelantó el FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE), (ii) 127 de 2011 adelantado por la ALCALDÍA DE POPAYÁN (en el que se presentó **PROYECTAR** como proponente individual y **DESARROLLAMOS** como miembro del CONSORCIO HDI-127), (iii) 128 de 2011, que adelantó la ALCALDÍA DE POPAYÁN (en el que se presentó **PROYECTAR** y por separado **DESARROLLAMOS** como miembro del CONSORCIO HDI-128) y (iv) 148-2012, que adelantó la AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES⁵².

Así las cosas, para el Despacho está evidenciado que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** han compartido históricamente trabajadores con funciones trascendentales para la elaboración de las propuestas de los procesos a los que se presentan, cuando solamente tenían relación laboral con **PROYECTAR**. Y esto, a su vez, es uno de los elementos que tuvo la Superintendencia para concluir que los investigados tenían una larga y profunda relación anterior al proceso de licitación MC-LP-031-2013.

⁴⁹ Folio 926 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Minuto 14:35.

⁵⁰ Folio 2204 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁵¹ Folio 2204 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁵² Folio 926 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta: **PROYECTAR INGENIERÍA-YAMILETH OJEDA-JEFE DE COSTOS**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.4.2.2. Frente al hecho de que las empresas se apoyaban en su gestión empresarial

En este acápite la defensa controvertió la argumentación del Despacho que le permitió concluir que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** se apoyaban en su gestión empresarial. A continuación el Despacho procederá a pronunciarse sobre los argumentos de la defensa.

En primer lugar, la defensa señaló que la Superintendencia "*considera de gran relevancia*" que las empresas investigadas compartían la oficina, en donde "*en la recepción se hubieran evidenciado colgados los reglamentos de higiene y seguridad industrial*" de ambas empresas, así como "*la certificación de gestión de calidad ISO 9001:2008*" y "*la certificación de gestión de seguridad y salud en el trabajo OHS 18001:2007*" de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**⁵³.

Al respecto, lo primero que el Despacho resalta es la sobrevaloración realizada por la defensa respecto a la importancia que tiene para la Superintendencia el que ambas empresas compartan oficina. Primero, porque para el Despacho este es solamente uno de los hechos que demuestran la larga y profunda relación entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** previa al proceso de licitación MC-LP-031-2013. No hay elemento de juicio alguno dentro de la Resolución Sancionatoria que indique que el Despacho "*considera de gran relevancia*" este aspecto. Y segundo, porque, en cualquier caso, el compartir o no la oficina es parte del análisis de contexto. La Superintendencia reitera una vez más que dicha relación no es "*un reproche en sí mismo ni constituye prueba de la existencia del cartel objeto de la presente investigación*".

Por lo demás, la Superintendencia llama la atención que la defensa no se haya pronunciado frente al hecho de que fue el propio **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, quien le informó a los funcionarios de esta Superintendencia que aunque la parte operativa de **DESARROLLAMOS** funciona en la carrera 50 No. 14C – 41, la parte administrativa lo hace en la oficina 807 de la Torre Valle de Lili, ubicada en la carrera 100 No. 11 – 90, Centro Comercial Holguines Trade Center⁵⁴, tal y como se estableció en la Resolución Sancionatoria, de conformidad con el respectivo certificado de existencia y representación legal, expedido por la Cámara de Comercio de Cali⁵⁵. Por lo tanto, fue a partir de las propias declaraciones de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, que la Superintendencia en buena medida concluyó que ambas empresas investigadas compartían oficina.

También llama la atención que la defensa no haya hecho referencia a que en la puerta de la oficina se encuentran los logos de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**. Para el Despacho esto, analizado en conjunto con las demás pruebas señaladas en la Resolución Sancionatoria es indicativo de que ambas compañías comparten oficina.

La defensa también señaló que la Superintendencia "*omitió con aparente conveniencia las declaraciones y los interrogatorios de parte* en los que se manifestó que para la época en la que la Superintendencia adelantó la visita, las sociedades [**PROYECTAR**] y [**DESARROLLAMOS**] se encontraban ejecutando de manera conjunta el **CONSORCIO VERSALLES PD**, cuyo representante legal y administrador era el señor **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**". Y agrega la defensa que, por lo anterior, es que se encontraban los mencionados reglamentos y certificados arriba señalados, así como que tuviera una "*oficina con paredes, computador, escritorio y sillas para invitados*"⁵⁶.

Sobre el particular, el Despacho, comparte la posición de la Delegatura en el Informe Motivado sobre este particular, en donde señaló lo siguiente:

"[L]as pruebas expuestas rebaten la explicación planteada porque, conforme con las reglas de la experiencia, si un funcionario de una compañía solo va por un periodo o de manera transitoria a un lugar, no traslada los reglamentos de higiene y seguridad industrial de la empresa, su certificación de gestión de calidad ISO 9001, el archivo

⁵³ Folio 2204 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁵⁴ Folio 973 a 974 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁵⁵ Folio 853 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁵⁶ Folio 2204 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*general, el computador y los demás documentos que se encontraron en la oficina en cuestión*⁵⁷.

Además, el hecho de que para el momento de la visita estuvieran adelantando un consorcio, ello no es excluyente respecto a que pudiesen estar compartiendo la oficina de manera permanente.

En realidad, las declaraciones consignadas en la Resolución Sancionatoria de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal y mayor accionista de **PROYECTAR**, **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** y de **CARMENZA ARCILA MONTOYA**, –esposa de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**–, accionista y miembro principal de la junta directiva de **PROYECTAR** no podían ser más claras sobre el carácter permanente de la oficina conjunta entre ambas investigadas.

Sin embargo, frente a la contundencia de estas declaraciones, la defensa se limita simplemente a señalar que "la SIC opta por transcribir apartes descontextualizados de las declaraciones obtenidas", sin explicar las razones por las cuales son apartes descontextualizados⁵⁸.

Ahora bien, la defensa también señaló que

*"Llama particularmente la atención el aparte que transcriben respecto de manifestaciones efectuadas por la señora **CARMENZA ARCILA MONTOYA** durante la práctica de la visita, quien en ningún momento rindió declaración ante los funcionarios de la entidad con el lleno del cumplimiento de los requisitos de ley, razón por la cual estás manifestaciones no pueden ser tenidas en cuenta en la presente investigación"*⁵⁹.

La defensa se refirió a la afirmación en la que durante la inspección administrativa **CARMENZA ARCILA MONTOYA** manifestó que "hace tiempo que venimos como compartiendo oficinas con ellos [con **DESARROLLAMOS**] por el tema de optimizar costos". Para el Despacho esta fue una afirmación de particular importancia toda vez que ella no solo es la esposa de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, sino también es accionista de **PROYECTAR** y ha sido accionista y administradora de **DESARROLLAMOS**.

El Despacho considera que esta es una afirmación válida para ser tenida en cuenta dentro del análisis de contexto –que se insiste no es evidencia de la conducta anticompetitiva–, toda vez que fue tomada del video del informe de la visita administrativa realizada el 24 de febrero de 2014 con el cumplimiento de todos los requisitos de ley. En todo caso, el Despacho resalta que aunque esta afirmación no fuese tenida en cuenta para evidenciar la larga y profunda relación entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** previa al proceso de licitación MC-LP-031-2013, las demás declaraciones y evidencias arriba señaladas sí dan cuenta de ello de manera evidente.

Así las cosas, el Despacho considera que ninguno de los argumentos de la defensa logran desvirtuar que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** compartían oficina. Y más importante aún, tampoco logran probar que las investigadas no tienen una larga y profunda relación previa al proceso de licitación MC-LP-031-2013.

Por otra parte, la defensa señaló que la Superintendencia se equivoca al suponer que el hecho de compartir contador y revisor fiscal da cuenta del actuar coordinado de las empresas. Lo anterior porque (i) son profesiones liberales para lo cual no existe prohibición alguna, por lo que se vulneraría el principio de buena fe de las investigadas toda vez que no existe prohibición normativa para que dos empresas cuenten con el mismo contador y revisor fiscal, (ii) lo cual además violaría el derecho de defensa de los investigados toda vez que esos hechos no fueron objeto de la imputación.

⁵⁷ Folio 1986 a 1985 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente.

⁵⁸ Folio 2205 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁵⁹ Folio 2205 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, la Superintendencia recuerda que, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, el análisis en el que se vinculó al contador y al revisor fiscal se hizo en el marco de la relación de contexto, particularmente bajo el hecho probado que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** se apoyaban en su gestión empresarial. Así, el compartir oficina evidenció que compartían infraestructura y el compartir el contador, el revisor fiscal, la secretaria, el mensajero y la persona encargada de la certificación de calidad evidenció que compartían otros recursos humanos.

La Superintendencia reitera que tanto lo relativo a compartir recursos humanos como la infraestructura se refiere a un análisis de contexto el cual lo único que evidenció es que las investigadas tenían una larga y profunda relación anterior al proceso de licitación MC-LP-031-2013. La Superintendencia reitera que a los investigados se les sancionó única y exclusivamente por las siguientes pruebas específicas –bastante contundentes por demás– relativas al mencionado proceso de selección contractual:

1. Una empleada de **PROYECTAR** estructuró el componente económico de las propuesta de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.
2. **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, gestionó documentos fundamentales dentro del proceso contractual para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**. Sin estos documentos sus propuestas no hubieran podido ser habilitadas dentro del proceso de selección contractual analizado, por lo cual tampoco hubieran sido evaluadas, y por lo tanto, tampoco hubiera sido posible la adjudicación del contrato para ninguna de ellas, el cual a la postre fue adjudicado a **PROYECTAR**.
3. Un empleado de **PROYECTAR**, en su calidad de ingeniero, avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**, la cual requería de un aval por parte de un ingeniero según los pliegos de condiciones del proceso. Sin el aval, la propuesta de **DESARROLLAMOS** tampoco hubiera sido habilitada toda vez que **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, no es arquitecto o ingeniero civil. Se resalta que este empleado de **PROYECTAR** también era el asistente de la empleada de **PROYECTAR** que estructuró el componente económico de las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**.

De allí que el análisis realizado por la Superintendencia relativo a que compartían el contador y la contadora –hecho en sí mismo no fue controvertido por la defensa– simplemente configuró una más de las numerosas pruebas que evidencian una larga y profunda relación entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** anterior al proceso de licitación MC-LP-031-2013. Por lo tanto, si son o no profesiones liberales es algo irrelevante respecto al hecho que contribuye a evidenciar dicha relación entre las investigadas, lo cual, en consecuencia, tampoco viola la presunción de inocencia de las investigadas.

Y con relación a que ello violaría el derecho de defensa de los investigados toda vez que esos hechos no fueron objeto de la imputación, la Superintendencia reitera lo concluido en la sección 3.3. de esta decisión. Se resalta que allí se señaló que para el Despacho –en la línea de lo que ha sido la doctrina de esta Superintendencia, la cual, a su vez, se soporta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca– es claro que sí pueden incluirse nuevos hechos en la Resolución Sancionatoria, siempre y cuando guarde correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, las pruebas que los sustentan se encuentren dentro del Expediente y hayan tenido la posibilidad de ser controvertidas conforme a la ley.

De otro lado, la defensa criticó que la Superintendencia haya tenido en consideración el hecho que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** también compartieran la secretaria, el mensajero y la persona encargada de la certificación de calidad.

Al respecto, el Despacho recuerda que la Superintendencia consideró que ello evidenció que las investigadas también compartían otros recursos humanos en desarrollo de su apoyo mutuo en la gestión empresarial de ambas empresas. Y lo anterior, dentro del marco del análisis de la relación de contexto.

Ahora bien, para la defensa el compartir dichos empleados "en el marco de un escenario de colaboración administrativa no representa ninguna ventaja competitiva frente a terceros y, mucho

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*menos podría considerarse que incida en la participación de las empresas en los diferentes procesos de licitación"*⁶⁰.

Sobre el particular, la Superintendencia resalta que el compartir empleados simplemente constituye una prueba adicional que, junto a otras evidencias, demuestra que las investigadas tenían una larga y profunda relación previa al proceso de licitación MC-LP-031-2013. Asimismo, la Superintendencia reitera que esto se refiere a la relación de contexto, lo cual, se insiste, no es reprochable en sí mismo ni constituye prueba de la relación anticompetitiva. Las pruebas que utilizó el Despacho para sancionar a las investigadas y que demuestran el actuar colusorio fueron arriba resumidas.

Finalmente, la defensa criticó que la Superintendencia haya puesto de presente que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** se han apoyado en otros aspectos de su gestión corporativa, tales como la subcontratación entre las empresas, la contratación de empleados de la otra sociedad y un sistema de reembolso.

En cuanto al primer punto, señalaron que este aspecto excede el objeto de la investigación y que **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, fue claro en que *"eventualmente le alquilaba maquinaria a [DESARROLLAMOS quien] también indicó que el alquiler de equipos se hacía a diferentes empresas en el mercado, afirmación que no tuvo en cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio"*⁶¹. Además, afirmaron que la subcontratación de servicios no es indicativa de la carencia o la falta de una relación de competencia entre dos agentes del mercado. Asimismo, señalaron que no está prohibida por la ley y que es una práctica común dentro del sector de la construcción, *"pero principalmente"* porque no es prueba de la existencia de una colusión en el proceso objeto de investigación.

Al respecto, el Despacho insiste que este punto tampoco excede el objeto de la investigación por las razones ampliamente reiteradas a lo largo de la presente resolución.

Además, la Superintendencia resalta que las declaraciones de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, y de **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, son claras respecto a la subcontratación. Lo anterior, por supuesto, no excluye que **PROYECTAR** pudiese haber subcontratado con otras empresas.

Igualmente, el Despacho resalta que el que **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** tengan una fuerte relación no significa que sea una relación exclusiva en la que no puedan tener fuertes relaciones comerciales con otras empresas.

El Despacho también destaca que en ningún momento ha dicho que subcontratar sea ilegal o censurable. En este sentido, se reitera, una vez más, que esa larga y profunda relación, así como las pruebas que la acreditan, no constituyen un reproche en sí mismo, ni son prueba para la sanción efectuada por esta Superintendencia a las investigadas. Se resalta que esta subcontratación es una sola más de las pruebas que, junto a otras que reposan en el Expediente, evidencian la fuerte relación entre ambas empresas anterior al proceso de licitación MC-LP-031-2013.

Con relación a la subcontratación de los empleados de otra sociedad, la defensa critica el ejercicio contable realizado por la Delegatura y adoptado por el Despacho mediante el cual concluyó que, en al menos una ocasión, uno de los representantes legales de una de las sociedades investigadas fue contratado por la otra sociedad. En este sentido, la defensa señaló que

*"[E]l Despacho no puede dejarse guiar por un ejercicio contable que no fue realizado en debida forma, por cuanto: (i) el pago sí lo hizo **PROYECTAR** a **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO** (ii) el concepto del pago efectuado es por 'Actas de Obra', cuya ejecución correspondió a diferentes proyectos (iii) el valor total del pago se recibió en diferentes instalamentos y (iv) en todo caso, el valor fue recibido de manera anterior a la presentación de las propuestas en el proceso de licitación MC-LP-031-2013"*⁶².

⁶⁰ Folio 2206 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁶¹ Folio 2206 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁶² Folio 2207 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, el Despacho considera que la explicación de la defensa, antes que desvirtuar la conclusión de la Superintendencia, la fortalece. En efecto, lo que la defensa hace es afirmar que **PROYECTAR** subcontrató no una vez sino en varias oportunidades a **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**.

Además, se resalta que en la Resolución Sancionatoria el Despacho acreditó que, en al menos una ocasión, uno de los representantes legales de una de las sociedades investigadas fue contratado por la otra sociedad. En efecto, el Despacho evidenció que un registro contable de **PROYECTAR** de la cuenta No. 740595, "*mano de obra contrat*", estaba causado a nombre de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, por \$52'570.631 en el 2013⁶³.

Y en lo relacionado a que "*en todo caso, el valor fue recibido de manera anterior a la presentación de las propuestas en el proceso de licitación MC-LP-031-2013*", el Despacho reitera la argumentación varias veces presentada a lo largo de esta decisión respecto a que este es un argumento presentado en relación al análisis de la relación contexto⁶⁴.

Por último, la defensa criticó la existencia evidenciada por la Superintendencia de un sistema de reembolso de gastos comunes bajo la dirección de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**. En este sentido, la defensa se limita a "*reitera[r] que estos hechos puntuales no son objeto de la presente investigación y tampoco sirven de sustento de la posible coordinación de los investigados para la presentación de las propuestas*"⁶⁵.

Al respecto, el Despacho resalta que la defensa no controvierte ningún aspecto del argumento. En realidad, las declaraciones expuestas en la Resolución Sancionatoria por parte de **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR** y de **AURA MARÍA REYES TORRES**, contadora de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** no dejan duda respecto a este hecho probado. Lo anterior, junto a las demás evidencias expuestas en la Resolución Sancionatoria, no deja duda alguna sobre la larga y profunda relación entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** anterior al proceso de licitación MC-LP-031-2013.

Y en cuanto a que "*estos hechos puntuales no son objeto de la presente investigación y tampoco sirven de sustento de la posible coordinación de los investigados*", la Superintendencia reitera los argumentos sobre que esa es una sola de varias pruebas de la relación de contexto, la cual, se insiste, no es reprochable en sí misma, ni constituye prueba del actuar colusorio de las investigadas en desarrollo del proceso de licitación MC-LP-031-2013.

3.4.2.3. Frente al hecho de que las empresas mantenían estrechas relaciones desde su Constitución

Para **PROYECTAR**, **HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, este "*resulta ser el argumento más cuestionable*" de la Superintendencia. Lo anterior, porque "*en la presente investigación no se busca probar la existencia de una estrecha relación entre las empresas investigadas, sino que lo que se investiga es que las empresas de manera coordinada hubieran acordado realizar la ejecución y elaboración de las propuestas para el proceso MINCULTURA – MC-LP-031-2013*"⁶⁶.

Al respecto, la Superintendencia resalta que este hecho y las pruebas que lo demuestran son particularmente importantes para demostrar la larga y profunda relación entre las investigadas. El Despacho reitera una vez más que esta relación no es sí misma reprochable ni constituye prueba de colusión en el proceso de licitación MC-LP-031-2013. Por lo tanto, aunque evidentemente el objetivo principal de la investigación no es –citando las palabras de la defensa– "*probar la existencia de una estrecha relación entre las empresas investigadas*", esta relación sí otorga elementos de juicio que permiten contextualizar las pruebas específicas relativas al proceso de licitación pública MC-LP-031-2013.

⁶³ Folio 1791 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Archivo: BCE COMPRO.PI DIC -13.PDF.

⁶⁴ Folio 2207 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁶⁵ Folio 2207 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁶⁶ Folio 2204 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Más específicamente, la defensa criticó el análisis de la Superintendencia relativo a **CARMENZA ARCILA MONTOYA**, esposa de **HENRY LOSADA VÉLEZ** (representante legal de **PROYECTAR**) y socia de **PROYECTAR**, y quien también ha sido también socia de **DESARROLLAMOS**.

Para la defensa "no debe importar a la **SIC** que hace 20 años **CARMENZA ARCILA MONTOYA** (...) hubiera sido socia de [**DESARROLLAMOS**] desde 1991 a 1998". Para la defensa este argumento "resulta inadmisibile". Lo anterior, porque

*"i) ocurrió hace 20 años, ii) viola el principio de buena fe de la señora **CARMENZA ARCILA MONTOYA** pues su calidad de socia y/o representante legal de dicha compañía -hace 20 años- da cuenta de la existencia de un supuesto acuerdo restrictivo de la competencia en una actuación administrativa de la que ella ni siquiera es persona natural investigada, iii) se censura a los investigados por un hecho de un tercero que no tiene nada que ver con la presente investigación y que se configura en sí mismo en la libertad y la autonomía que cualquier persona tiene de hacer parte de una sociedad, iv) se cuestiona a mi representado **HENRY LOSADA VÉLEZ** el hecho de que hubiera reconocido que su esposa fue socia de [**DESARROLLAMOS**], calificando su afirmación de forma sospechosa como si reconocer tal situación fuera prueba de la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia"⁶⁷.*

Sobre el particular, en primer lugar, el Despacho resalta que la defensa, al reconocer que **CARMENZA ARCILA MONTOYA** fue socia y/o representante legal de dicha compañía hace 20 años, lo que hace es confirmar la conclusión de la Delegatura respecto al análisis de contexto: la larga y profunda relación de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** anterior al proceso de licitación MC-LP-031-2013. Esto, por supuesto, no implica una violación al principio de buena fe porque, como se ha reiterado varias veces, el análisis de contexto y las pruebas que lo soportan no constituyen un reproche en sí mismo, ni constituyen prueba de una conducta colusoria dentro del mencionado proceso de contratación. El Despacho también reitera que la sanción a las investigadas se llevó a cabo por la conducta colusoria evidenciada en dicho proceso de licitación pública MC-LP-031-2013.

En segundo lugar, por las razones antes mencionadas no existe censura alguna "a los investigados por un hecho de un tercero que no tiene nada que ver con la presente investigación y que se configura en sí mismo en la libertad y la autonomía que cualquier persona tiene de hacer parte de una sociedad"⁶⁸.

En tercer lugar, dentro del marco de lo arriba reiterado, nada permite indicar que existió algún tipo de reproche del Despacho respecto a que **HENRY LOSADA VÉLEZ** hubiera reconocido que su esposa fue socia de **DESARROLLAMOS**, ni que en criterio del Despacho "tal situación fuera prueba de la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia". Se reitera una vez más que el análisis de contexto y las pruebas que lo soportan no constituyen un reproche en sí mismo, ni constituyen prueba de una conducta colusoria dentro del mencionado proceso de contratación.

Finalmente, la defensa rechazó las consideraciones del Despacho en este sentido con respecto a **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**. En efecto, en la Resolución Sancionatoria el Despacho evidenció que, al mismo tiempo que desempeñaba su cargo en **PROYECTAR**, fue gerente y representante legal suplente de **DESARROLLAMOS**. Asimismo, se evidenció que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO** fue socio de **DESARROLLAMOS**.

La defensa rechazó estas consideraciones porque (i) "los lazos personales y profesionales -que no se niegan ni se ocultan al Despacho- permitieron que en el marco de esa relación de confianza [él] (...) fuera socio/representante legal de **DESARROLLAMOS** (...) [con lo cual] su cargo en la empresa de **PROYECTAR** no impedía a mi representado su participación en otras sociedades". Además, (ii) señalan que "no reposa en el expediente prueba alguna que indique que dicha situación de cuenta de la existencia de un acuerdo colusorio en el presente caso, más aún cuando su participación en [**DESARROLLAMOS**] fue hace más de 10 años"⁶⁹.

⁶⁷ Folio 2207 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁶⁸ Folio 2208 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁶⁹ Folio 2208 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, se insiste en que lo evidenciado por el Despacho respecto a la relación de contexto es la existencia de una larga y profunda relación entre los investigados anterior al proceso de licitación pública MC-LP-031-2013. Y que esa relación no reprochable en sí misma y que constituyó prueba para las sanciones administrativas. El Despacho también reitera la sanción a las investigadas se llevó a cabo por la conducta colusoria evidenciada en dicho proceso de licitación pública MC-LP-031-2013.

En consecuencia, el Despacho concuerda con la defensa en que nada impedía a **RUBÉN DARIÓ SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, ser "*socio/representante legal de DESARROLLAMOS*". Asimismo, coincide en que ello no es prueba alguna "*que indique que dicha situación de cuenta de la existencia de un acuerdo colusorio en el presente caso, más aún cuando su participación en [DESARROLLAMOS] fue hace más de 10*".

Por lo tanto, y teniendo en cuenta lo arriba señalado respecto a lo pretendido por la Superintendencia con el análisis de contexto -es decir, evidenciar una larga y profunda relación de contexto anterior al proceso de licitación pública MC-LP-031-2013- el Despacho considera improcedentes los argumentos de la defensa a efectos de controvertir las sanciones de la Superintendencia.

3.5. Análisis del Despacho sobre los argumentos relacionados con que la Superintendencia supuestamente no realizó una debida valoración de las pruebas

La defensa señaló que "*en las líneas anteriores se indicó que la denominada relación de contexto no debe ser tenida en cuenta por cuanto no hizo parte de la imputación efectuada a mis representados*"⁷⁰.

Al respecto, el Despacho reitera lo arriba señalado en el sentido que para el Despacho -en la línea de lo que ha sido la doctrina de esta Superintendencia, la cual, a su vez, se soporta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca- es claro que sí pueden incluirse hechos en la Resolución Sancionatoria, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, y las pruebas que los soporten se encuentren dentro del expediente y hayan tenido la posibilidad de ser controvertidas conforme a la ley. Además, tal y como arriba también se señaló, siguiendo la doctrina de esta Superintendencia:

"Aceptar la tesis de los investigados llevaría a la conclusión absurda de que se debería prescindir del periodo probatorio por cuanto las pruebas practicadas con posterioridad a la apertura de la investigación serían inexistentes para la Autoridad"⁷¹. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

La defensa continuó su argumentación señalando que, teniendo en cuenta lo anterior,

"la SIC no realizó una valoración de las pruebas de conformidad con las reglas de la sana crítica pues dirigió sus esfuerzos a establecer la denominada relación de contexto para fortalecer el análisis del comportamiento coordinado, y en este sentido, la verdadera valoración para probar los hechos objeto de investigación carece de motivación y sustento.

*Es decir, que esta necesidad de fortalecer el análisis de la supuesta coordinación ocurre ya que las pruebas que obran en el expediente en realidad no dan cuenta de la existencia de un actuar coordinado, y por el contrario sí denotan la ocurrencia de algunas situaciones que de ninguna manera pueden ser consideradas como propias de un acuerdo restrictivo de la competencia"*⁷².

Sobre el particular, la Superintendencia resalta que, como se verá a continuación, la fortaleza de la teoría del caso respecto del actuar coordinado de las investigadas en el proceso de licitación MC-LP-031-2013 es contundente. De allí que el argumento de la defensa sobre que la

⁷⁰ Folio 2208 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁷¹ Resolución No.103652 del 30 de diciembre de 2015. La Resolución No.103652 del 30 de diciembre de 2015 decidió unos recursos de reposición a la Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015.

⁷² Folio 2208 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Superintendencia tuvo que fortalecer su teoría del caso con las numerosas pruebas que soportan el análisis del caso sea improcedente.

Por lo demás, las pruebas que evidencian dicha relación de contexto fueron pruebas recolectadas durante la investigación, las cuales fueron conducentes para probar el punto de la Superintendencia con la relación de contexto: la larga y profunda relación de las investigadas **anterior** al proceso de licitación MC-LP-031-2013. Estas pruebas, además, sirven para contextualizar las pruebas específicas del actuar coordinado, las cuales, en cualquier caso, son en sí mismas suficientemente claras a la luz de las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, en lo que respecta a las pruebas específicas, lo primero que buscó controvertir la defensa es que las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** fueron estructuradas por las mismas personas.

En particular, respecto de la oferta económica, la defensa señaló que la Superintendencia "no hizo el análisis conjunto de las pruebas que obran en la investigación". Así, por un lado, afirmó que la Superintendencia "infiere que el haber encontrado un archivo en el computador de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** [directora del departamento de costos de **PROYECTAR**] es prueba suficiente para aseverar que ella fue la que realizó la propuesta económica". Pero, por otro lado, la defensa agregó que "el Despacho del Superintendente no tuvo en cuenta lo manifestado por **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO** [representante legal de **DESARROLLAMOS**] en el interrogatorio en el cual afirmó bajo la gravedad de juramento que él era quien había elaborado la propuesta económica para **DESARROLLAMOS**". Por lo tanto, para la defensa "esta es la prueba pertinente para acreditar quien realizó la propuesta económica de **DESARROLLAMOS**".

Al respecto, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria respecto a que se probó que en el computador de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, inspeccionado mediante visita administrativa, se encontraron los archivos denominados "PRESUPUESTO OFICIAL MINCULTURA 031 DAGUA – Pl. SAS" y "Borrador – PRESUPUESTO OFICIAL MINCULTURA 031 DAGUA", los cuales constituyen las ofertas económicas tanto de **PROYECTAR** como de **DESARROLLAMOS** para el proceso contractual objeto de esta actuación. Por si fuera poco, estos documentos **fueron creados y guardados en su computador antes de la fecha dispuesta para la entrega de las propuestas**. Más aún, al percatarse de lo sospechoso que resultaba que en su computador se encontraran ambas propuestas, al ser interrogada sobre este particular, **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE** reconoció que "no tendría[n] porque haber estado ahí"⁷³.

Así las cosas, para el Despacho es evidente que, a la luz de las reglas de la experiencia, **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, elaboró la propuesta económica de **PROYECTAR** y de **DESARROLLAMOS**.

Frente a lo señalado por **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS** en su declaración durante la etapa probatoria, si bien él señala que es él quien elabora las propuestas de **DESARROLLAMOS**, también reconoce que pide ayuda técnica específica a los miembros de su equipo.

Por lo tanto, y teniendo en cuenta que el propio **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, admitió en su declaración que él realizó la gestión de documentos que el Despacho evidenció fueron fundamentales para la participación de ambas empresas dentro del proceso contractual, pareciera que para **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, los apoyos que otros profesionales le hubiesen podido otorgar son solo simplemente sustentos a la propuesta que él habría elaborado.

Sin embargo, lo cierto es que independientemente de la interpretación que **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, le otorgue a la autoría de una propuesta, el hecho es que está evidenciado que el componente económico de la propuesta para ambas empresas fue elaborado que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**. O lo que es igual, que ella preparó la propuesta económica para ambas empresas.

⁷³ Folio 1829 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente. Minuto: 49:35.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, si bien en su declaración **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS** dijo que **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, no le ayudó a preparar la propuesta objeto de la presente investigación, lo cierto es que las demás pruebas "*apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica*", tal y como lo establece el artículo 176 del Código General del Proceso llevan al Despacho a sostener lo concluido en la Resolución Sancionatoria.

Nada distinto puede concluirse luego de una apreciación probatoria de este tipo a la luz de las evidencias arriba señaladas. ¿A qué otra conclusión razonable puede llegarse si se encuentran en su computador la propuestas económicas de ambas empresas con fechas de creación y guardado antes de la fecha dispuesta para la entrega de las propuestas? Como ella misma lo señaló en su declaración, "*no tendría[n] porque haber estado ahí*"⁷⁴.

En ese sentido, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria respecto a que esta prueba guarda correspondencia con el rol trascendental que desempeñaba **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, para ambas empresas investigadas en la elaboración de sus propuestas y las ofertas económicas, el cual fue explicado en detalle en el análisis de contexto.

Por otro lado, la defensa también criticó las conclusiones de la Superintendencia respecto a que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, gestionó documentos fundamentales dentro del proceso contractual para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** y sus representantes legales. En este sentido, la defensa presentó varios argumentos.

En primer lugar, afirmó que esta gestión

*"tiene su origen en la solicitud a título de favor personal y de amistad que hubiere efectuado **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, más no porque dicha situación hubiera obedecido al acatamiento de una orden o a la prueba de un actuar coordinado para la presentación de las propuestas"*⁷⁵.

Al respecto, el Despacho reitera que encontró evidenciado que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, gestionó documentos fundamentales dentro del proceso contractual para que las propuestas de las investigadas pudieran ser evaluadas, tales como los que acreditan los requisitos habilitantes, así como la garantía de seriedad de la oferta.

Asimismo, reitera que ello fue evidenciado, entre otras, bajo el reconocimiento de este hecho por parte del propio **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, y de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**.

Así, el Despacho considera que lo que le corresponde es valorar las pruebas "*apreciadas en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica*", tal y como lo establece el artículo 176 del Código General del Proceso. En consecuencia, la Superintendencia se sostiene en que la interpretación de este hecho es que **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, gestionó documentos fundamentales dentro del proceso contractual para **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** y sus representantes legales, en marco del actuar coordinado dentro del proceso de licitación MC-LP-031-2013.

En segundo lugar, la defensa considera que

*"[a]dicionalmente, la ejecución de dicha labor no revestía [de] ningún tipo de pericia, ni conocimiento técnico especializado que implicara que tenía que ser realizado por el perfil de un profesional como lo es el Director de Licitaciones, ya que esta tarea puede ser ejecutada hasta por cualquier persona con conocimientos significativamente básicos en navegación por Internet"*⁷⁶.

⁷⁴ Folio 1829 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente. Minuto: 49:35.

⁷⁵ Folio 2209 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁷⁶ Folio 2209 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

El Despacho no comparte este análisis de la defensa. En efecto, se reitera que sin estos documentos las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** no hubieran podido ser habilitadas dentro del proceso de selección contractual analizado, por lo cual tampoco hubieran sido evaluadas, y por lo tanto, tampoco hubiera sido posible la adjudicación del contrato para ninguna de ellas, el cual a la postre fue adjudicado a **PROYECTAR**.

De allí que sea fácil concluir que la gestión de esta documentación requiere de un profesional de la mayor competencia y ojalá experiencia, como es el caso de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**. Del cuidado que se tenga en esta gestión dependerá que el trabajo realizado por los demás profesionales como **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, tenga posibilidades de ser exitoso. Se reitera que sin estos documentos las propuestas no habrían podido ser siquiera evaluadas.

En tercer lugar, la defensa afirmó que

*"[s]i bien es cierto los documentos son requisitos habilitantes, la realidad es que la estructuración de la propuesta para que en su conjunto sea tenida en por la entidad contratante estuvo a cargo de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, tal y como el mismo lo declaró en diligencia de interrogatorio y bajo la gravedad de juramento"*⁷⁷.

Al respecto, el análisis del Despacho sigue la línea de lo arriba expresado respecto al rol de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**. Así, esta Superintendencia considera que, independientemente de la interpretación que **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, le otorgue a la autoría de una propuesta, el hecho es que está evidenciado que el componente documental de la propuesta para ambas empresas fue elaborado por **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**. O lo que es igual, que él preparó la propuesta documental para ambas empresas.

Por otro lado, la defensa también criticó las conclusiones de la Superintendencia relacionadas con que un empleado de **PROYECTAR** avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

En este sentido, el Despacho resalta que este aval fue esencial para que **DESARROLLAMOS** pudiera participar. En efecto, y tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, si el representante legal de alguna de las empresas investigadas no era arquitecto o ingeniero civil, como era el caso de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, era necesario que su propuesta estuviera avalada por algún profesional de esas disciplinas. De lo contrario, la propuesta no quedaría habilitada, por lo que no podría ser evaluada, y por ende, adjudicado el contrato.

En este caso, el Despacho evidenció que **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, empleado de **PROYECTAR**, fue quien avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS** en su calidad de ingeniero, y en los términos requeridos por el pliego de condiciones. Más aún, la Superintendencia evidenció que **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE** era asistente de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, quien, como arriba se evidenció, preparó el componente económico de las propuestas de ambas empresas.

Frente a estas evidencias la defensa argumentó que *"el ingeniero **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE** no tiene un contrato sometido a una cláusula exclusividad para la prestación de servicios solo con **PROYECTAR**"*⁷⁸. El Despacho no comparte esta apreciación no solo porque en nada desestima el actuar coordinado claramente evidenciado, sino porque de aceptarse conllevaría al absurdo de que quienes no tengan cláusulas de exclusividad contractual estarían habilitados para actuar coordinadamente en procesos de licitación.

Finalmente, frente estas evidencias la defensa señaló que *"el aval no constituye una prueba que sea pertinente para acreditar el actuar coordinado"*⁷⁹. El Despacho tampoco comparte esta

⁷⁷ Folio 2209 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁷⁸ Folios 2209 y 2210 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁷⁹ Folio 2209 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

afirmación no solo porque es en sí misma insostenible, sino porque no está soportada en argumento o prueba adicional alguna.

3.6. Análisis del Despacho sobre los argumentos relativos al análisis económico de las propuestas.

PROYECTAR presentó algunos argumentos relacionados con el análisis económico de las propuestas. La empresa afirmó que la Superintendencia de Industria y Comercio no realizó ningún tipo de análisis suficiente y detallado que soporte la contradicción del ejercicio económico presentado por **PROYECTAR** en sus observaciones al Informe Motivado y que, en su concepto, resulta ser un argumento valioso para la graduación final de la sanción.

Adicionalmente, manifestó que no es cierto que la probabilidad de éxito conjunta fuera del 25% pues la Superintendencia no contempló la probabilidad condicional que apenas era de 10,04%.

Frente a este punto, el Despacho reitera a la sancionada que, teniendo en cuenta que el análisis económico presentado en la Resolución Sancionatoria, no tenía el alcance de actuar como prueba para demostrar la existencia de la conducta anticompetitiva, validar o contradecir el ejercicio económico presentado por **PROYECTAR** en nada modificaba las conclusiones a las que se arribó respecto de su responsabilidad. En este sentido, el Despacho concuerda con la empresa, como lo indicó, en que el ejercicio apenas resulta ser ilustrativo y no aporta un valor probatorio importante.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la conducta fue sancionada por su objeto, no corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar si la estrategia seguida por los sancionados fue o no útil para aumentar, en la mayor medida posible, sus probabilidades de resultar adjudicatarias del contrato. Para el Despacho es suficientemente claro que su conducta sí tuvo la potencialidad de afectar la competencia pues, como ya se indicó, que dos agentes se presenten de forma coordinada a un proceso, automáticamente altera las probabilidades de éxito en su favor y en detrimento de sus competidores quienes, de forma legal, presentan una única oferta. Lo anterior fue ilustrado por el Despacho haciendo uso de probabilidades simples pues un ejercicio más sofisticado no aporta elementos adicionales para llegar a la conclusión de que dos ofertas tienen mayor probabilidad de ganar que una.

3.7. Análisis del Despacho respecto de los argumentos sobre una presunta violación al derecho al debido proceso de los investigados y a los principios del ejercicio de la función administrativa por la supuesta imputación de un sistema de turnos

Los investigados argumentaron una vulneración al debido proceso y los principios del ejercicio de la función administrativa por una supuesta imputación respecto a un sistema de turnos.

Tal y como antes se señaló, **PROYECTAR**, **HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARIO SOLARTE BUITRAGO** afirmaron que ello correspondía a un prejuizgamiento de la Superintendencia de Industria y Comercio de una conducta relacionada con "*un sistema de turnos o carrusel*". Lo anterior, teniendo en cuenta que dicha conducta no fue imputada en la presente investigación y que, con las conclusiones que se obtuvieron, también se estaría vinculando a **HÉCTOR HERNANDO CASTELLANOS** y a **MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERÍA LTDA.**

Por su parte, **DESARROLLAMOS** y **DIEGO LUÍS OCAMPO GIRALDO** manifestaron que "*los supuestos elementos materiales de prueba que nunca fueron decretados mediante acto administrativo en términos de la normatividad procesal aplicable y por ende como es lógico, no fueron puestos a consideración de los investigados, para que pudieran ejercer en debida forma su derecho de defensa y contradicción o que por lo menos se hubieran pronunciado sobre el particular*"⁸⁰.

Y agregan que, "*visto a la luz de los postulados del artículo 3 de la Ley 1437 pueden llegar a observarse como proceder eventuales tendenciosos, contrarios al deber de actuar con buena fe probidad procesa*". Lo anterior, "*puede llegar a apreciarse con una apariencia oscura*

⁸⁰ Folio 2229 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

como si se tratara de una investigación oculta, pero dentro del marco y en desarrollo de una investigación formal"⁸¹.

Al respecto, el Despacho resalta que lo que se hizo en la Resolución Sancionatoria fue presentar dos ejemplos de participación alternada de las empresas en procesos consecutivos adelantados por algunas entidades estatales. Lo anterior, se llevó a cabo en el marco del análisis de la relación de contexto entre **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS**, el cual fue descrito en la sección de análisis económico de la conducta a manera ilustrativa para contextualizar dicho examen.

En consecuencia, se reitera lo señalado a lo largo de la presente resolución en el sentido que el análisis de la relación de contexto no es un reproche en sí mismo ni constituye prueba de la existencia del cartel objeto de la presente investigación.

Asimismo, el Despacho resalta y reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria respecto a que el análisis económico fue expuesto a manera ilustrativa sobre cómo el comportamiento colusorio de los investigados los benefició en desmedro de sus competidores.

Lo anterior, porque se encontró demostrada la colusión de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** en el análisis específico del proceso de selección MC-LP-031-2013 del **MINCULTURA**. Así, y de conformidad con el régimen de competencia por objeto o *per se*, cualquier análisis económico sobre sus efectos no tenía la capacidad de desvirtuar su responsabilidad.

En consecuencia, ninguna "prueba" utilizada dentro del análisis económico pudo haber servido para probar la conducta colusoria, y por lo tanto, sancionar a alguno de los investigados.

Así las cosas, dichos ejemplos presentados por el Despacho no constituyeron prueba alguna para sancionar a los investigados. En esta medida, no es cierto, tal y como lo afirmaron **PROYECTAR**, **HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARIO SOLARTE BUITRAGO**, que la Superintendencia de Industria y Comercio esté prejuzgando, y por tanto, incurriendo en una violación al debido proceso bien a los sancionados, o bien a **HÉCTOR HERNANDO CASTELLANOS** o a **MEDIDAS ELÉCTRICAS DE INGENIERÍA LTDA** por un supuesto sistema de turnos o carrusel.

Lo anterior es además un imposible jurídico porque estas últimas personas sencillamente no fueron objeto de investigación, ni mucho menos de sanción. De allí que también argumentar que "*ninguno de ellos haya tenido la oportunidad de ejercer su derecho de defensa*" o, como lo señalaron **DESARROLLAMOS** y **DIEGO LUÍS OCAMPO GIRALDO**, que "*los supuestos elementos materiales de prueba que nunca fueron decretados mediante acto administrativo en términos de la normatividad procesal aplicable y por ende como es lógico, no fueron puestos a consideración de los investigados, para que pudieran ejercer en debida forma su derecho de defensa y contradicción o que por lo menos se hubieran pronunciado sobre el particular*", sea ostensiblemente improcedente.

En conclusión, no se está frente a una violación al derecho al debido proceso de los investigados y a los principios del ejercicio de la función administrativa por la supuesta imputación de sistema de turnos porque esta es una conducta (i) que nunca fue imputada, ni por supuesto sancionada, y porque (ii) se presentó dentro del análisis de contexto económico, por lo cual no fue prueba de sanción tanto por su condición de ser parte del estudio de contexto, como por ser parte del examen económico.

3.8. Análisis del Despacho respecto a los argumentos relativos a una supuesta falsa motivación del acto administrativo sancionatorio

PROYECTAR, **HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARIO SOLARTE BUITRAGO** alegaron una supuesta falsa motivación del acto administrativo sancionatorio, con lo con lo cual se configuraría una "*clara violación al debido proceso y al derecho de defensa de los investigados*". La defensa considera que ello se dio porque "*el Despacho omitió dar respuesta a los argumentos presentados en las observaciones al informe motivado, toda vez que en la mayoría de los casos se limitó a indicar que el argumento no prosperaba, o que como se encontraba probado no había lugar a dar respuesta a los mismos*"⁸².

⁸¹ Folio 2231 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁸² Folio 2213 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

El Despacho no comparte lo señalado por la defensa sobre el particular. Lo anterior, no solo porque a partir del análisis de la Resolución Sancionatoria es evidente que la Superintendencia contestó a los argumentos de una forma organizada y precisa, sino porque la defensa no soporta con ejemplos específicos su afirmación. El Despacho llama la atención respecto a que si un abogado realiza un cargo tan delicado como el de la falsa motivación debería soportarlo con un mayor rigor.

3.9. Análisis del Despacho respecto de los argumentos sobre la dosificación de las sanciones

Las sancionadas también presentaron argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones que a continuación el Despacho revisará y responderá.

En primer lugar, en sus peticiones, indicaron que la multa fue desproporcional. Al respecto, el Despacho insiste, tal y como fue mencionado en la sección referente al cálculo del monto de las sanciones en la Resolución Sancionatoria, que para una "adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable", la Superintendencia de Industria y comercio evaluó los criterios contenidos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente, referentes, entre otros, a la gravedad de la falta, el impacto de la misma sobre el mercado, los beneficios obtenidos por los infractores y su capacidad económica. Así, no es cierto que los montos de las sanciones impuestas hayan resultado desproporcionados con relación a la conducta realizada por los investigados.

Sobre el criterio relacionado con el impacto de la conducta en el mercado, **PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARIO SOLARTE BUITRAGO** indicaron que la Resolución Sancionatoria hizo referencia al gasto en compras públicas que realiza el Estado como porcentaje del PIB. Sin embargo, en su opinión, esto en nada tiene que ver con el mercado realmente afectado relacionado con obras de infraestructura en casas de cultura en Valle del Cauca.

El Despacho invita a la sancionada a consultar el considerando **DÉCIMO SEGUNDO** de la Resolución Sancionatoria en el cual se realizó un análisis más detallado del impacto de la conducta en el mercado. Si bien dicha sección inicia haciendo referencia al gasto en compras públicas que realiza el Estado como porcentaje del PIB, dicha referencia es relevante para contextualizar sobre la gravedad de comportamientos como el de los sancionados. No obstante, la sección en mención también enfatiza en la importancia de un gasto eficiente en la ejecución de obras como las casas de la cultura en diferentes municipios y las implicaciones negativas que tiene el uso inadecuado de estos recursos, como producto de una conducta anticompetitiva que lesione la libre competencia entre posibles encargados de la ejecución de dichos recursos. De una lectura conjunta y completa de la Resolución Sancionatoria puede evidenciarse entonces que el Despacho realizó un análisis que le permitió concluir que la conducta reprochada sí afectó de forma significativa el mercado, por no permitir un uso eficiente de recursos públicos destinados a compras, particularmente en lo relacionado con obras de infraestructura en casas de cultura.

Respecto del criterio relacionado con el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, **PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARIO SOLARTE BUITRAGO** señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio debió considerar que la utilidad del contrato no supera los 110 millones de pesos con lo cual la multa impuesta resulta desproporcionada. En este mismo sentido, **DESARROLLAMOS** y **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO** manifestaron que la empresa no percibió utilidades del contrato y que la sanción impuesta equivale a cerca del 20% del valor del mismo.

En este punto el Despacho se permite recordarle a los investigados que el objetivo principal de las sanciones que se imponen por comisión de conductas anticompetitivas es el de disuasión del comportamiento. Esto es, además de penalizar una conducta prohibida por la ley, las sanciones deben servir para eliminar los incentivos de las empresas, tanto sancionadas como las demás participantes en el mercado, a comportarse de forma anticompetitiva. Por lo anterior, mal haría esta Superintendencia en sancionar basada en utilidades obtenidas por la ejecución de los contratos, pues tal y como lo indican los sancionados, la utilidad es aquel beneficio resultante de restar los costos totales a los ingresos percibidos, monto que significaría ganancias para las empresas incluso si de él se restaran las sanciones impuestas bajo esta teoría. Es claro que lo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

anterior en ningún caso significaría un elemento de disuasión para los sancionados en la medida en que se seguirían cometiendo prácticas restrictivas de la competencia mientras se obtienen beneficios de tal comportamiento reprochable. Por lo anterior, el argumento resulta improcedente y será descartado por el Despacho.

Ahora bien, esto no significa entonces que el criterio relacionado no haya sido tenido en cuenta. Lo que sí se consideró en la evaluación del criterio relacionado con el beneficio obtenido por la infracción, fue el valor del contrato que fue adjudicado a **PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARIO SOLARTE BUITRAGO** como resultado de la estrategia anticompetitiva que en el presente caso resultó ser exitosa. Dicho valor alcanzó la suma de MIL CIEN MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS SEIS M/CTE (\$1.100.843.406).

En línea con lo anterior, **PROYECTAR, HENRY LOSADA VÉLEZ** y **RUBÉN DARIO SOLARTE BUITRAGO** agregaron que el monto total de las sanciones fue excesivo teniendo en cuenta que *"las obras civiles fueron entregadas y, por tanto, se cumplió el cometido del proceso de licitación"*.

Al respecto, el Despacho precisa que en ningún momento se realizó reproche alguno en la Resolución Sancionatoria relacionado con la ejecución o la finalización de las obras por parte de los sancionados. La competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio para evaluar la responsabilidad de los sancionados en este caso se enfocó, tal y como corresponde, en el actuar anticompetitivo de los agentes en escenarios en donde debieron competir legalmente, sin entrar a evaluar si en los demás escenarios su comportamiento fue el esperado. En este sentido, que las obras hayan sido entregadas escapa del análisis de esta autoridad y se advierte que, en todo caso, portarse como debería hacerlo cualquier contratista del Estado no puede verse como un criterio para dosificar las sanciones.

DESARROLLAMOS y **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO** solicitaron subsidiariamente considerar otro tipo de multa, por ejemplo una amonestación, teniendo en cuenta que: (i) no resultaron adjudicatarios del proceso objeto de análisis, (ii) no existe prueba del beneficio obtenido con la conducta, y (iii) no cuentan con antecedentes por infracciones al régimen de la libre competencia económica.

Frente al particular, el Despacho presentará las consideraciones por las cuales no le asiste la razón a los sancionados por lo que no se acogerá su solicitud. Por un lado, la Superintendencia de Industria y Comercio ya tuvo en cuenta en la dosificación de la sanción el hecho que **DESARROLLAMOS** y **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO** no resultaron adjudicatarios del proceso objeto de análisis, tal y como pudo evidenciarse en la sección 13.1.2. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria. En la misma sección, se estableció que pese a que quien logró obtener el contrato fue **PROYECTAR**, lo anterior reflejó el éxito de la estrategia cartelista desarrollada por ambas empresas, brindándole beneficios a las mismas al afectar de manera artificial el desarrollo del proceso contractual.

Ahora bien, sobre la ausencia de antecedentes por infracciones al régimen de la libre competencia económica, el Despacho recuerda a los sancionados que, en el caso de **DESARROLLAMOS**, y de acuerdo a lo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 la Ley 1340 de 2009, la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen es una circunstancia de agravación pero no de atenuación de la sanción. En este sentido, mal haría la Superintendencia de Industria y Comercio en basar su análisis en tal evidencia. Para el caso de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, y de acuerdo con lo establecido en el numeral 13.2.2. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria, el Despacho, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, estableció que *"no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia"*, criterio que fue tenido en cuenta para la dosificación de la sanción impuesta.

Por todo lo anterior, puede concluirse que el Despacho tuvo en cuenta todos los argumentos presentados por los sancionados en la dosificación de las multas impuestas, con lo cual no es procedente modificar las mismas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por último, todos los sancionados solicitaron recalcular la sanción impuesta toda vez que, en su concepto, debió calcularse basada en información patrimonial del periodo de ocurrencia de los hechos y no en información de 2017.

Esta petición resulta a todas luces improcedente y por tal razón se rechazará. Se recuerda a los investigados que el principal objetivo de hacer uso de información patrimonial es asegurar que la dosificación de la sanción se realice con un valor que refleje su situación patrimonial actual —es decir al momento de pagar la multa— de modo que logre capturarse la verdadera capacidad de pago de los agentes económicos. Por tal razón, usar información de 2017, correspondiente a los últimos valores disponibles, lo que garantiza es que los sancionados puedan pagar la multa sin que la misma resulte desproporcionada o confiscatoria.

3.10. Análisis del Despacho respecto argumentos relacionados con que la conducta investigada no es típica, antijurídica y culpable

Como antes se señaló, **DESARROLLAMOS** y **DIEGO LUIS OCAMPO** consideraron que no incurrieron en una conducta típica, antijurídica y culpable. En consecuencia, argumentaron que "[d]e no configurarse alguno de los tres elementos antes señalados, nos encontraríamos frente a una conducta que no puede ser objeto de sanción alguna por parte de la administración"⁸³.

Al respecto, el Despacho reitera lo expresado por la Superintendencia en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la defensa pretende hacer un juicio de responsabilidad penal, lo cual es a todas luces improcedente en una sanción administrativa como la presente.

En efecto, el artículo 9 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece lo siguiente:

"Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad".

Sobre el particular, el Despacho reitera que el Consejo de Estado ha señalado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos como el penal, admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad. En ese sentido, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dicho 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 (...)"⁸⁴.

Así las cosas, el Despacho resalta y reitera que con base en esta jurisprudencia, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado en varias ocasiones que en materia de derecho administrativo sancionatorio no es necesaria la determinación del factor subjetivo a efectos de determinar la responsabilidad. Por lo tanto, para acreditar la responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio es suficiente probar el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida⁸⁵.

El Consejo de Estado también ha manifestado que:

⁸³ Folio 2226 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁸⁴ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 2009. Rad. No. 13495.

⁸⁵ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28350 de 2004 (Caso Cristalería PELDAR S.A.), la Resolución 37033 de 2011 (Caso Centro de Diagnóstico Automotor de Córdoba E.U. y otros), la Resolución No. 46111 de 2011 (Caso ACEMI y otros) y la Resolución 70736 de 2011 (Caso Centro de Diagnóstico Automotor de Caldas y otros).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...) Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionada a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas (...)"⁸⁶.

Por su parte, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-595 de 2010 lo siguiente:

"En primer lugar; la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en orden a señalar que el principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva). (...)".

Así las cosas, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, el Despacho reitera lo expresado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la defensa pretende hacer un juicio de responsabilidad penal, lo cual es a todas luces improcedente en una sanción administrativa como la que nos ocupa.

3.11. Análisis del Despacho respecto a los argumentos sobre la responsabilidad de las personas naturales

Frente a este punto, la defensa expone un argumento general y unos particulares para las personas naturales sancionadas.

En cuanto al general, afirman que *"por cuanto ya operó el fenómeno de la facultad sancionatoria del Estado [al haber operado la caducidad], razón por la cual también perdió competencia para pronunciarse sobre la posible conducta de las personas naturales investigadas"*⁸⁷.

Al respecto, el Despacho reitera lo arriba señalado en el sentido que la Superintendencia sí sancionó válidamente a las investigadas desde la perspectiva de la caducidad. En efecto, dado que el contrato ni siquiera se ha liquidado, la caducidad no ha empezado siquiera a contabilizarse. Más aún, incluso si aceptara la tesis que la caducidad debe contarse a partir de la adjudicación del contrato, esta Superintendencia habría estado plenamente facultada para llevar la sanción objeto de la presente actuación administrativa: el contrato fue adjudicado el 24 de febrero de 2014 y la resolución fue adoptada y notificada el 31 de enero y el 13 de febrero de 2019.

En cuanto a los argumentos particulares, con relación a **HENRY LOSADA VÉLEZ**, representante legal de **PROYECTAR**, la defensa señaló que

*"[e]l Despacho asegura que su participación es evidente que conocía y permitió que sus empleados estructuraran la parte económica y de ambas propuestas. Situación que no fue probada en el proceso", ya que la SIC no probó que las propuestas económicas hubieran sido elaboradas por empleados de PROYECTAR (...) y está probado que el descargue de documentos por parte de RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO fue consecuencia de una solicitud a título de favor personal y de amistad, más en ninguna parte se acreditó la participación de HENRY LOSADA VÉLEZ en ese actuar, es más en ninguna de las etapas de estructuración de las propuestas"*⁸⁸.

Por las razones señaladas a lo largo del presente acto administrativo y de la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia considera que está plenamente probado que (i) **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, preparó el componente económico de las propuestas de ambas empresas, (ii) que **RUBÉN DARÍO**

⁸⁶ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 6 de agosto de 1992. Rad. No. 3941.

⁸⁷ Folio 2213 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

⁸⁸ Folio 2213 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

SOLARTE BUITRAGO, director de licitaciones de **PROYECTAR**, realizó la gestión de documentos fundamentales para la participación de ambas empresas dentro del proceso contractual, y (iii) que **OSCAR HUMBERTO VALDÉS ALZATE**, empleado de **PROYECTAR**, y, más específicamente, asistente de **MARÍA YAMILE OJEDA SOLARTE**, directora del departamento de costos de **PROYECTAR**, avaló la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

En ese orden de ideas, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que, a luz del abundante material probatorio allí analizado, es evidente su participación en el comportamiento coordinado que llevaron a cabo las personas jurídicas investigadas en el proceso de selección que interesa en este caso. En efecto, para el Despacho quedó demostrado que él conocía y permitió que sus empleados estructuraran la parte económica y documental para ambas propuestas, así como el aval de la propuesta de **DESARROLLAMOS**.

En cuanto a la responsabilidad de **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, la defensa no expone argumentos adicionales a que la presente no fue una conducta típica, antijurídica y culpable, los cuales ya fueron arriba analizados y declarados improcedentes. Por lo tanto, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que su responsabilidad se encuentra demostrada mediante diversas pruebas obrantes en el Expediente. En efecto, para el Despacho es evidente que conocía o al menos debió conocer que la parte económica y documental para ambas propuestas fue realizada por ambas empresas coordinadamente. Asimismo, es claro que el aval que recibió del empleado de **PROYECTAR** para su propuesta contó con su concurso.

Finalmente, en cuanto a **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, la defensa señaló que

"[c]ontrario a la teoría del caso que está manejando la SIC, la responsabilidad que se le endilga se limita única y exclusivamente al haber obtenido documentos que no revestían ningún valor estratégico ni sensible de cara a la propuesta de [DESARROLLAMOS], más allá de que los documentos pudieran haber sido considerados como habilitantes, los mismos habían podido ser tramitados por cualquier persona y el problema real se limita a su relación de amistad con DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO"⁸⁹

Por las razones señaladas a lo largo de esta resolución y de la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia considera que esta gestión documental sí tiene un valor estratégico. Para el Despacho esto es evidente toda vez que, como se ha reiterado, sin estos documentos las propuestas de **PROYECTAR** y **DESARROLLAMOS** no hubieran podido ser habilitadas dentro del proceso de selección contractual analizado, por lo cual tampoco hubieran sido evaluadas, y por lo tanto, tampoco hubiera sido posible la adjudicación del contrato para ninguna de ellas, el cual a la postre fue adjudicado a **PROYECTAR**.

Asimismo, el Despacho reitera que por lo anterior la gestión de esta documentación requiere de un profesional de la mayor competencia y ojalá experiencia, como es el caso de **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**. También se reitera que, de conformidad con lo señalado en el párrafo anterior, del cuidado que se tenga en esta gestión dependerá que el trabajo realizado por los demás profesionales tenga posibilidades de ser exitoso.

Finalmente, el Despacho, de conformidad con los argumentos expuestos en esta decisión administrativa y de la Resolución Sancionatoria, considera que la amistad entre **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR** y **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, no es el asunto de mayor relevancia en el caso concreto. Por el contrario, lo determinante es que, independientemente de la interpretación que **DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO**, representante legal de **DESARROLLAMOS**, le otorgue a en qué consiste la autoría de una propuesta, el hecho es que está evidenciado que el componente documental de la propuesta para ambas empresas fue elaborado por **RUBÉN DARÍO SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**. O lo que es igual, que él preparó la propuesta documental para ambas empresas.

⁸⁹ Folio 2214 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por lo tanto, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la responsabilidad de **RUBÉN DARIÓ SOLARTE BUITRAGO**, director de licitaciones de **PROYECTAR**, se encuentra demostrada mediante diversas pruebas obrantes en el Expediente.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:


ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 2076 del 31 de enero de 2019.

ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S., DESARROLLAMOS INGENIERÍA LTDA., HENRY LOSADA VÉLEZ, DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO y RUBÉN DARIÓ SOLARTE BUITRAGO**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **10 MAY 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: J. Gómez
Revisó: A. Pérez
Aprobó: A. Barreto

NOTIFICAR

PROYECTAR INGENIERÍA S.A.S.
Nit. 800.119.214-4
HENRY LOSADA VÉLEZ
C.C. 14.999.573
RUBÉN DARIÓ SOLARTE BUITRAGO
C.C. 94.317.041
Apoderada
MABEL JULIANA CHINCHILLA GUERRERO
C.C. 1.022.323.092
T.P. 179.024 del C.S. de la J.
Carrera 10 No. 91-10 Torre A Oficina 502
Edificio Los Robles
Bogotá D.C.
julianachinchilla@gmail.com
julianachinchilla@chinchillasolano.com

DESARROLLAMOS INGENIERÍA LIMITADA
Nit. 800.254.539-1
DIEGO LUIS OCAMPO GIRALDO
C.C.16.825.105
Apoderado
JUAN GUILLERMO ORTÍZ ROJAS
C.C. 1.026.252.232
T.P. 190.320 del C.S. de la J.
Calle 93 # 16 - 46 Oficina 603
Bogotá D.C.