



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **1728** DE 2019

(**29 ENE 2019**)

Radicación: 15-81527

VERSIÓN PÚBLICA

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

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 59027 del 7 de septiembre de 2016, la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos contra **AJUSTEC INGENIERIA LTDA** (en adelante "**AJUSTEC**"), **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, para determinar si, en su calidad de agentes del mercado, incurrieron en la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos) y en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Así mismo, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** (representante del **CONSORCIO OBRAS 2014**) y **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** (representante legal de **AJUSTEC** y representante del **CONSORCIO EDIFICACIONES 2014**), para determinar si 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, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas anticompetitivas imputadas a los agentes del mercado señalados en el párrafo anterior.

SEGUNDO: Que la presente actuación administrativa se inició con la solicitud presentada por el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, radicada con el No. 15-81527 del 13 de abril de 2015, dirigida a la Coordinación del Grupo de Trabajo Interdisciplinario de Colusiones para que iniciara una averiguación preliminar con el objetivo de determinar la existencia de presuntas prácticas comerciales restrictivas de la competencia por parte de los proponentes **CONSORCIO OBRAS 2014** (en adelante "**OBRAS 2014**") y **CONSORCIO EDIFICACIONES 2014** (en adelante "**EDIFICACIONES 2014**"), en el proceso de selección No. MCO 005-2014 adelantado por el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO**³ (en adelante "**FONADE**").

Los consorcios citados estaban integrados por las siguientes personas:

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

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

³ Empresa Industrial y Comercial del Estado, de carácter financiero, dotada de personería jurídica, patrimonio propio, autonomía administrativa, vinculada al Departamento Nacional de Planeación y vigilada por la Superintendencia Financiera. Cuenta con un régimen especial de contratación en el que aplican las normas del derecho privado y los principios de la función administrativa del artículo 209 de la Constitución Política de Colombia.

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

Tabla No. 1. Conformación de los Consorcios Edificaciones 2014 y Obras 2014

Consorcios	Integrantes del Consorcio	Porcentaje participación del integrante	Representante Legal del Integrante del Consorcio	Representante del Consorcio
EDIFICACIONES 2014	NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ	40%		OLGA LUCIA VELASQUEZ SIERRA
	AJUSTEC	60%	OLGA LUCIA VELASQUEZ SIERRA	
OBRAS 2014	MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA	40%		HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ
	HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ	60%		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de información obrante en el Expediente⁴.

A partir de la comunicación citada, y después de recaudar material probatorio en la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura profirió la Resolución No. 59027 del 7 de septiembre de 2016 (en adelante la "Resolución de Apertura"), por medio de la cual ordenó la apertura de una investigación e imputó a los investigados haber incurrido en un acuerdo colusorio en el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por **FONADE** (infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y artículo 1 de la Ley 155 de 1959).

La Resolución de Apertura soportó la imputación del presunto acuerdo colusorio en pruebas recaudadas por la Delegatura que daban cuenta de notables coincidencias inexplicables respecto de los datos inscritos en el registro de entrega, la portada de las propuestas y la información incluida en estas, las certificaciones Mipyme emitidas por contador y las pólizas de garantía de seriedad emitidas para los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014** en el proceso de selección MCO 005-2014 de **FONADE**.

Adicionalmente, la Delegatura soportó sus imputaciones en evidencias digitales y declaraciones rendidas en la etapa de averiguación preliminar.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura y corrido el término para solicitar y aportar pruebas⁵, mediante la Resolución No. 22909 del 3 de mayo de 2017⁶, la Delegatura decretó y negó algunas pruebas solicitadas por los investigados, a la vez que decretó de oficio y ordenó practicar algunas pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa.

CUARTO: Que mediante Resolución No. 39735 del 6 de julio de 2017⁷, la Delegatura: (i) estableció que debido a que la investigada **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA** desatendió de manera injustificada el requerimiento que la Delegatura formuló para que rindiera su declaración en el presente proceso, dicho comportamiento podrá ser tenido como indicio en su contra al adoptar la decisión final de esta actuación administrativa de acuerdo con los artículos 205 y 241 del Código General del Proceso (CGP); (ii) a su vez, la Delegatura manifestó que los investigados **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se abstuvieron de presentar los documentos cuya exhibición fue ordenada por la Entidad, con excepción de algunas copias de sus respectivas declaraciones del impuesto de renta y complementarios, sin sus correspondientes anexos. Por este motivo, y dado que las justificaciones dadas por los investigados no fueron encontradas satisfactorias por la Delegatura, se procedió con la sanción establecida en los artículos 267 y 268 del CGP y en el artículo 67 del Código de Comercio; y (iii) dado que se practicaron las demás pruebas decretadas, mediante esta Resolución la Delegatura dio por cerrada la etapa probatoria en el proceso y se citó a la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁴ Folios 802 al 809 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo cuando se hace referencia al "Expediente", el mismo corresponde al radicado con el No. 15-81527.

⁵ Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁶ Folios 881 al 885 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

⁷ Folios 1062 al 1063 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

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

QUINTO: Que el 8 de noviembre de 2017, una vez culminada la etapa probatoria y agotado el trámite previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con los resultados de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")⁸, en el cual recomendó:

- Declarar administrativamente responsables y sancionar a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA, HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** y **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, por incurrir en el comportamiento descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones o concursos).
- Declarar administrativamente responsable y sancionar a **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA**, representante del **CONSORCIO EDIFICACIONES 2014** y representante legal de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado el comportamiento descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- Archivar la investigación en favor de **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** respecto del cargo formulado por incurrir 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.

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

La Delegatura encontró demostrado que los investigados constituyeron un sistema de colaboración que consistía –entre otras características– en presentar varias propuestas en los procesos de selección en los que pudieran participar como aparentes competidores, con el propósito de incrementar sus probabilidades de resultar adjudicatarios de los contratos correspondientes. Tal sistema de colaboración habría sido aplicado en varias oportunidades y habría tenido lugar específicamente en el proceso MCO 005-2014 adelantado por **FONADE**.

La Delegatura sustentó su conclusión en: (i) la relación de contexto que existía entre los investigados, (ii) la evidencia recabada acerca de la aplicación sistemática del esquema colaborativo identificado, y (iii) el comportamiento coordinado específico que tuvieron los investigados en el marco del proceso de selección materia de investigación.

(i) En cuanto a la relación de contexto, la Delegatura encontró que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** tenían una relación estrecha y eran accionistas de **GPR INGENIERÍA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante "GPR", sociedad constituida en noviembre de 2010). Estos investigados participaban en procesos de selección como personas naturales en razón de su profesión como ingenieros civiles y, adicionalmente, para aquellos eventos en los que no cumplían con las condiciones para participar directamente, se presentaban a los procesos de selección mediante la sociedad **GPR**.

Cuando los investigados referidos optaban por esta última opción (participación a través de **GPR**), la planeación, elaboración y presentación de las propuestas correspondientes se desarrollaba bajo un sistema de distribución de funciones que aprovechaba la experiencia de cada uno. Así las cosas, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** se encargaba de manejar aspectos técnicos (como el análisis preliminar de los proyectos y la coordinación de profesionales en obra), mientras que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se encargaba de cumplir funciones de carácter administrativo (como la elaboración de las propuestas y el establecimiento de su valor económico).

Sin embargo, la Delegatura encontró que el referido sistema de distribución de funciones se replicaba de la misma forma en aquellos eventos en los que los investigados participaban de manera independiente, ya fuera en forma individual o a través de alguna figura asociativa con terceros, como aparentes competidores en un mismo proceso de selección.

⁸ Folios 1079 al 1124 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

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

(ii) Respecto a la aplicación sistemática del esquema colaborativo identificado, la Delegatura encontró que las actividades comerciales que **GPR, NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** desarrollaban de manera independiente se llevaban a cabo mediante el mismo personal, con los mismos proveedores y en la misma sede. Además, comprobó que en los procesos en los que participaban como personas naturales y aparentes competidores, independientemente de cuál de los dos socios obtuviera la adjudicación, parte de la ejecución del contrato correspondiente era subcontratada al socio que no hubiera resultado favorecido en el proceso de selección.

La Delegatura encontró que efectivamente eran múltiples las ocasiones en que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** había presentado propuestas para participar en procesos de selección en los que también participaba **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, y que incluso era habitual que participara en esos procesos sin darle aviso previo a este último. Tal comportamiento, antes que representar un actuar oculto, era realizado en ejercicio del rol que le correspondía en el marco del sistema de colaboración estructurado.

Frente al papel de **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ y AJUSTEC**, la Delegatura encontró demostrado que estos agentes solían participar en figuras asociativas con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** en aquellos eventos en los que estos últimos, o la sociedad **GPR**, no reunían los requisitos de experiencia necesarios para participar en procesos de selección. Sin embargo, su labor se limitaba a entregar certificaciones sobre su experiencia y suscribir documentos de la propuesta, pues no había interés de su parte en la ejecución del contrato.

Al respecto, la Delegatura consideró haber recaudado pruebas suficientes que permiten concluir que la vinculación de **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ y AJUSTEC** con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA y NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** en diferentes consorcios, así como los roles ejercidos por cada uno en dichas asociaciones, representaban una práctica institucionalizada que se había materializado en un número plural de ocasiones, durante un lapso considerable de tiempo y siempre con las mismas asociaciones (**HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ con MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA y AJUSTEC con NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**). Incluso, la Delegatura advirtió que **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** percibía a **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA, NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y GPR** como una misma persona, lo cual le permitió concluir que **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** tenía conocimiento y aceptaba la dinámica de colaboración constituida. Lo mismo puede decirse de **AJUSTEC**, toda vez que participó reiteradamente en las estructuras plurales señaladas.

Para identificar la estrategia implementada por los investigados, la Delegatura hizo un análisis económico de su comportamiento en todos los procesos de selección de los que encontró información disponible. A partir de ello, corroboró que la conducta, además de tener un carácter sistemático, tenía como propósito incrementar la probabilidad de que alguno de ellos pudiera resultar adjudicatario de los contratos correspondientes.

Sobre este último punto, la Delegatura aclaró que aunque el mecanismo de calificación de las ofertas en las que habían participado los investigados era de selección aleatoria, esto no quería decir que todos los factores de competencia les eran imprevisibles. Los proponentes contaban con suficientes elementos de juicio que les permitían predecir, con un grado razonable de aproximación, factores clave como el número de competidores y el rango en el que se iban a ubicar las ofertas.

En línea con lo anterior, la Delegatura encontró que los investigados empleaban una estrategia consistente en fijar sus ofertas económicas con valores muy cercanos. También advirtió que la estrategia implementada estaba encaminada a anclar las medias, es decir, a incrementar la probabilidad de que, en el evento en que el criterio de evaluación de las propuestas correspondiera a alguno de los valores medios previstos en el pliego de condiciones, ese valor medio resultara ubicado más cerca del punto en el que los investigados formularon sus ofertas.

(iii) Finalmente, en relación con el comportamiento específico que tuvieron los investigados en el marco del proceso de selección MCO 005-2014, la Delegatura señaló que los elementos de juicio que surgen del ejercicio de contextualización realizado y del material probatorio recaudado permiten concluir que este proceso fue un escenario más en el que el esquema de colaboración y de división de funciones de los investigados se puso en marcha.

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

Al respecto señaló que, según las reglas aplicables a este concurso, cuatro (4) de los cinco (5) mecanismos de evaluación estaban determinados por la aplicación de valores medios, de manera que era razonable que los investigados emplearan en este proceso en particular la estrategia antes descrita.

En este proceso se presentaron cinco (5) proponentes, entre ellos **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, que fungieron como presuntos competidores cuando en realidad no lo eran. Estos agentes presentaron dos (2) ofertas con valores muy cercanos entre sí, lo cual generó que la curtosis de las cinco propuestas fuera mayor que de haberse presentado solamente uno de los dos consorcios. Por ende, la conducta desplegada disminuyó la capacidad de variabilidad de la media aritmética, que fue el método que en este caso resultó seleccionado para la asignación de puntaje a las propuestas presentadas.

Para corroborar la tesis según la cual el proceso MCO 005-2014 fue un escenario más en el que el esquema de colaboración y división de funciones se puso en práctica, la Delegatura puso de presente que: (i) tal y como lo admitieron **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, ellos no cumplían los requisitos de experiencia para participar en el proceso MCO 005-2014, y, por ende, requirieron de la experiencia de terceros; (ii) quedó demostrado que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** elaboró las ofertas de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**; (iii) los consorcios de los que hicieron parte los investigados se valieron del mismo personal, proveedores y sede; (iv) se acreditó que, independientemente de cuál de los consorcios resultara adjudicatario, la ejecución contractual estaría a cargo de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**; y (v) los valores que los investigados fijaron para sus propuestas económicas respondieron a una estrategia encaminada a incrementar la probabilidad de que alguno resultara adjudicatario del contrato correspondiente

Con base en lo expuesto, la Delegatura concluyó que ante la existencia de pruebas respecto a la coordinación existente entre los investigados, era evidente la conducta colusoria que se prolongó durante todo el proceso de selección, a pesar de no haber resultado adjudicatarios del contrato en cuestión.

SEXTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, quienes dentro del término establecido para tal fin, manifestaron sus observaciones al mismo, cuyos argumentos se resumen a continuación:

6.1. Observaciones presentadas por NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ

- La colusión se presenta cuando se amañan licitaciones y las personas o las empresas se ponen de acuerdo para manipular el resultado del proceso de selección por medio de acuerdos de precios o propuestas técnicas o geográficas, y así excluir a otro competidor. En este caso nunca se tuvo esa intención.
- **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se presentaron al proceso licitatorio en el ejercicio del derecho a la libre competencia. En este sentido, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** únicamente se ofreció a hacer la "parte mecánica" de la propuesta a presentar por el consorcio donde participaba **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** por ser similar a la elaborada en su consorcio con **AJUSTEC**.
- No está demostrado en el proceso un perjuicio causado ni al Estado ni a los competidores.
- **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** siempre obró de buena fe, por lo que no vio ningún problema en prestar su colaboración para elaborar las propuestas, adquirir las pólizas y usar el mismo mensajero para ambos consorcios. Nunca tuvo la intención de cometer un delito.
- El Informe Motivado deja entrever una especie de "cacería de brujas" donde los investigados fungen como "enanos aspirantes" de un contrato de mínima cuantía, que no tiene mayor relevancia comparado con los carruseles de la contratación pública en los que se ofrecen y desembolsan dineros para tener acceso a contratos.

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

- La Superintendencia de Industria y Comercio debe tener en cuenta que los investigados no resultaron favorecidos del contrato resultante del proceso de selección No. MCO 005-2014 del **FONADE**.
- Se ha presumido en todo momento la mala fe de los investigados, en contravía de lo dispuesto en la Constitución Política.
- Las conclusiones del Informe Motivado están basadas en supuestos, no en elementos probatorios que demuestren plenamente la intención de incurrir en una conducta violatoria de la normatividad jurídica.

6.2. Observaciones presentadas por HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ

- En marzo de 2014, fecha en que se presentó la oferta para la licitación MCO 005-2014 de **FONADE**, **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** tenía un acuerdo comercial con la empresa **GPR**, representada por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, para que en las licitaciones en las que cumplieran los requisitos técnicos y económicos correspondientes se presentaran conjuntamente bajo la figura de consorcios.
- El acuerdo contemplaba la presentación de ofertas con el cumplimiento de los requisitos legales. Sin embargo, nunca se dieron instrucciones para presentar simultáneamente licitaciones con otros proponentes. Tampoco se recibieron comentarios o sugerencias por parte de **GPR** para hacer tales prácticas.
- **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** no participó ni instruyó ni conoció que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** estaba presentando dos licitaciones dentro del mismo proceso de selección.
- Como parte del acuerdo realizado, **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** colocaba a disposición del consorcio proponente su experiencia y **GPR** corría con la ejecución de la propuesta, y tenía además plena autonomía para estructurar esta última.
- En este caso, la revisión de la propuesta se hizo sin que se notara algo fuera de lo común, por cuanto solo se verificaba que los documentos entregados correspondieran a lo solicitado en los pliegos.
- El mencionado acuerdo en nada vulnera los principios de la sana competencia en Colombia, ya que **GPR** actuaría como gestor del desarrollo de la licitación y ejecución del contrato del que pudiera ser adjudicado, sin que **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** se sustrajera de sus obligaciones legales como consorciado dentro de tales momentos contractuales.
- La participación de **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** en la elaboración de la propuesta se limitó a la entrega de las certificaciones de experiencia y la suscripción de los documentos de la propuesta. Se sale de su control averiguar si se pretendió hacer alguna irregularidad.
- De haber algún error en la propuesta simplemente se perdería la oportunidad de participar, sin causar ningún daño a la entidad contratante o a otros proponentes, o incurrir en cualquier conducta punible.
- **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** siempre actuó de buena fe.
- **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** no conoce a la empresa **AJUSTEC**, ni a su representante legal ni a ninguno de sus integrantes, por lo cual es imposible haber hecho con esta empresa un acuerdo colusorio.
- **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** no ha efectuado reunión ni ha tenido comunicación con ninguno de los participantes de la licitación MCO 005-2014 para proponer o aceptar la presentación de propuestas simultáneas. Tal acuerdo no existe, al igual que no existe ninguna prueba que pueda llegar a acreditar tal circunstancia.

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

6.3. Observaciones presentadas por MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA

- Debido a que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y la empresa **GPR** no contaban con la experiencia necesaria para participar en procesos de selección como el que aquí se investiga, entendieron que se requería de un acuerdo consorcial con otras firmas o empresarios que pudieran cumplir este tipo de exigencias. Por esta razón hicieron un acuerdo comercial con **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** para formular proposiciones como consorcios, no solo ante el **FONADE**, sino ante otras entidades.
- En virtud de tal acuerdo, **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** se limitaría a la suscripción de las propuestas y la entrega de los documentos que soportaran la experiencia y su actividad, lo que no está prohibido ni constituye ninguna práctica colusoria, restrictiva ni anticompetitiva. Por el contrario, es legal pactar la asociación consorcial para el desarrollo conjunto de propuestas y ejecuciones contractuales.
- Los documentos, soportes y requerimientos del proceso del **FONADE** fueron entregados a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** para que fuera él quien elaborara técnica y económicamente la propuesta del consorcio conformado por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** con **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ (OBRAS 2014)**, y para que adelantara las gestiones necesarias. Así, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** no participó en la elaboración técnica de tal propuesta.
- Nunca hubo acuerdo irregular, colusorio o anticompetitivo con **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** o con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**. Tampoco se fraguó fraude alguno ni frente al proceso de selección ni en la estructuración de la propuesta.
- Después del 19 de marzo de 2014, es decir, después del cierre del proceso contractual en **FONADE**, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** le comentó, reconoció y confesó a **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** que había presentado otra propuesta en nombre propio en consorcio con **AJUSTEC**, y que dicha propuesta también había sido elaborada por él, con rasgos similares a la que formuló para **OBRAS 2014**. **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** nunca tuvo conocimiento de esta situación durante el proceso de selección, por lo cual nunca hubo acuerdo anticompetitivo.
- En caso de que efectivamente se hubieran presentado propuestas similares, fue por absoluta responsabilidad de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**. Esto nunca se hizo con la autorización, coparticipación o confabulación con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**.
- El solo hecho de estar asociado con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** en **GPR** no implica *per se* que se produjeran acuerdos colusorios.
- Debe tenerse en cuenta que en el proceso de selección se dieron cinco (5) días para la formulación, estructuración y presentación de la propuesta y que las limitantes del proceso eran muy precisas.
- No aparece queja alguna formulada por algún proponente o por **FONADE**. Incluso, la actuación preliminar se inició con un radicado interno dentro de la Superintendencia de Industria y Comercio. Esto permite colegir que no hay tercero afectado ni se produjo daño alguno a la entidad contratante.
- En el marco de la averiguación preliminar no se ordenó auto de práctica de prueba alguna, no se nombró funcionario investigador o comisionado, ni se informó acerca de visitas administrativas previamente. No obstante, se tomó una declaración dentro de la visita del 24 de junio de 2015, cuando la Resolución de Apertura se produjo un año después (7 de septiembre de 2016).
- **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** nunca ha tenido la intención o el propósito de violar las normas de libre competencia, ni de acudir a mecanismos fraudulentos, ni de causar perjuicios a las comunidades o a las entidades contratantes.

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

- **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** nunca ha sido investigado o sancionado por la Superintendencia, nunca ha incurrido en responsabilidad por incumplimiento contractual o disciplinario, y no tiene faltas penales.
- Según la real academia de la lengua española, "colusión" significa "pacto ilícito en daño de tercero". De su significado natural se desprende un elemento esencial para la configuración de dicha conducta: el daño a terceros, lo cual no ocurrió en este caso.
- En el Informe Motivado se considera que se estructuraba un supuesto "sistema de colaboración", pero no se presentó una formulación fundamentada en pruebas ciertas o en hechos plenamente probados que permitieran inferir indicio alguno. Tampoco se estructuró una conducta positiva obtenida de una prueba válida que permitiera concluir o inferir que efectivamente se estructuró un acuerdo colusorio entre los investigados.
- La Delegatura no acepta que el actuar de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** fue a espaldas de **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**. Sin embargo, no presenta plena prueba del conocimiento de este último sobre el actuar anticompetitivo. Incluso, no tiene en cuenta que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, bajo gravedad de juramento, declaró que en efecto había desconocimiento por parte de los demás investigados de la presentación de una segunda propuesta en el proceso MCO 005-2014, lo cual coincide con los demás testimonios obtenidos durante la investigación.
- En el proceso sancionatorio no se presume la conducta sancionable. Por el contrario, debe probarse la ejecución efectiva de la conducta, y en este caso está probada la inexistencia de cualquier acuerdo. Nadie puede ser condenado por un hecho que no ha cometido.
- Si en la página 15 del Informe Motivado se reconoce que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** no participó en la elaboración de la oferta, debe entenderse que, en consecuencia, no participó en ningún acuerdo colusorio.
- No pueden usarse en el interrogatorio preguntas sobre la actuación de los investigados en otros casos para colegir que debieron hacer lo mismo en el caso objeto de estudio. Esto resulta carente de todo soporte probatorio. Lo que debe sustentarse con las pruebas recabadas es si para el caso del proceso contractual No. MCO-005-2014 de **FONADE** se confabularon o realizaron conductas relacionadas con un acuerdo para formular una segunda propuesta. Sin embargo, no hay prueba de ello en este caso.
- El enjuiciamiento de una conducta que pueda resultar constitutiva de una infracción de la normativa de competencia no debe realizarse de modo abstracto. Por el contrario, debe hacerse una valoración de la conducta tomándose en consideración la concurrencia del elemento volitivo y la determinación de que la conducta estuvo encaminada potencialmente a generar un daño al bien jurídico tutelado. En este caso no existe tal concurrencia.
- Resulta inverosímil hablar de pactos o acuerdos colusorios en un proceso contractual de mínima cuantía con condiciones sometidas al azar, con un parámetro de presentación de la propuesta entre el 90% y el 100%, donde nadie tenía el control del proceso contractual y donde cualquier persona podría comparecer y solo se presentaron cinco propuestas. Todo esto debe constituir un indicio a favor de los investigados, ya que no había forma de afectar la adjudicación.
- Se solicita que se declare que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** no incurrió en acuerdo colusorio alguno. No obstante, en el evento de que se determine su presunta responsabilidad, se solicita que se tengan en cuenta los atenuantes de responsabilidad correspondientes, y especialmente el monto del margen proyectado del contrato de **FONADE**, la inexistencia de antecedentes y su capital.

6.4. Observaciones presentadas por OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA y AJUSTEC INGENIERÍA LTDA

- La empresa **AJUSTEC** y su representante legal, **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA** no presentaron observaciones al Informe Motivado.

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

SÉPTIMO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 25 de abril de 2018 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia⁹, el cual recomendó por unanimidad acoger el Informe Motivado emitido por la Delegatura.

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

8.1. Competencia funcional

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

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹⁰ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: "*[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*".

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

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

8.2. Marco Normativo

Mediante la Resolución de Apertura, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **AJUSTEC INGENIERIA LTDA, NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA y HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** –en su calidad de agentes del mercado– por la presunta infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos) y artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala:

"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 Acta No. 68 del Consejo Asesor de Competencia del 25 de abril de 2018.

¹⁰ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

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

(...)

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.

(...)"

Por su parte, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

"Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".

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

Del mismo modo, la Delegatura abrió investigación contra **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** (representante del **CONSORCIO OBRAS 2014**) y **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** (representante legal de **AJUSTEC** y representante del **CONSORCIO EDIFICACIONES 2014**) – como personas vinculadas con los agentes del mercado investigados–, por presuntamente haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que señala:

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

(...)

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

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

8.3. De la conducta investigada

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, así como las normas jurídicas descritas en el numeral anterior, lo que debe determinarse en este caso es si los comportamientos desplegados por **AJUSTEC**, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, en su calidad de agentes del mercado, en el marco del proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por **FONADE**, configuran una infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones o concursos) y al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

De encontrar que los investigados incurrieron en las conductas imputadas, deberá establecerse si **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** (representante del **CONSORCIO OBRAS 2014**) y **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** (representante legal de **AJUSTEC** y representante del **CONSORCIO EDIFICACIONES 2014**), colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas violatorias de las normas de protección de la competencia adelantadas por los agentes de mercado referidos en el párrafo anterior, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

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

La *economía social de mercado* es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política de Colombia, en el cual la libre competencia económica y, por ende, la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos al mercado, constituye su columna vertebral. En este sentido, el ordenamiento jurídico colombiano

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

elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente.

En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

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

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

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

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

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

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

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

Se desprende de las normas constitucionales citadas que la libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores, o productores que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos.

Sobre el particular, la Corte Constitucional indicó lo siguiente:

*"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, **la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres.** La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.*

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores"¹¹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

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

Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para todos los ciudadanos y empresarios. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las naciones con mercados domésticos con importantes niveles de competencia, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en las que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia¹².

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante, **OCDE**):

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

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

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

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios"¹³.

En efecto, como ya ha sido mencionado, la libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, etc.

Pero estos beneficios de la libre competencia económica se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas conductas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia

¹² Consejo Privado de Competitividad: "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor? No. 4, 2008.

¹³ **OCDE**, "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia". Octubre de 2014, Págs. 2 y 3.

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

económica, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, ya no de todos sino de unos pocos. Estas prácticas comprenden los carteles empresariales y los actos de abuso de posición dominante en el mercado. Según la OCDE, los carteles empresariales constituyen la más escandalosa violación a las normas de competencia ya que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta, haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores (por lo general los más pobres) e innecesariamente costosos para otros¹⁴.

Por su parte, la adecuada ejecución de las contrataciones estatales a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permite el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección y, con ello, se logra una asignación eficiente de los escasos recursos públicos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia en el mercado.

De esta manera, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

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

Así las cosas, lo que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (*bid rigging* o *collusive tendering* en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado¹⁵:

*"Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia". En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal."*¹⁶

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

¹⁴ Tomado de OCDE, 1998. Council Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/2350130.pdf>.

¹⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

¹⁶ Cita dentro de la cita: Cfr. OCDE, "Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia", Página 9 "It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."

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

convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado."

Tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades¹⁷, la colusión en la contratación estatal puede producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

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

No está de más recordar en este punto que cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal¹⁸.

Por otro lado, se pone de presente que esta Superintendencia ha identificado, gracias a su propia experiencia y con apoyo en la doctrina y jurisprudencia internacional, que los proponentes en colusión pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas que cada oferente¹⁹; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo²⁰; y (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas.

En línea con lo expresado por la OCDE²¹, esta Superintendencia ha identificado una serie de señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria²²:

- Cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.

¹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

¹⁸ "Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia. <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

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

¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014, confirmada mediante Resolución No. 20639 de 2015.

²⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 de 2012, confirmada mediante Resolución No. 53979 de 2012.

²¹ OCDE, "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", página 14.

²² Superintendencia de Industria y Comercio, "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", páginas 10 a 12.

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

- Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente.
- Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.
- Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.
- Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón.
- Retiro sistemático de proponentes al proceso.
- Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.
- Proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.
- Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.
- Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.

Así mismo, esta Superintendencia ha identificado una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación²³:

- Posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación –media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta.
- Supresión de ofertas o no presentación de las mismas cuando surten todo el proceso precontractual, sin que haya evidencia de un motivo racional para ello.
- Rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos.
- Asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc.

Del mismo modo, esta Superintendencia publicó una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual²⁴:

- Pocos proveedores del bien o servicio a contratar.
- Necesidad periódica de adquirir el bien o servicio.
- Pocos sustitutos que puedan satisfacer la necesidad de la entidad contratante.

²³ Ibidem. Pág. 13.

²⁴ Ibidem. Págs. 14 y 15.

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

- La inexistencia o poco cambio tecnológico.
- Estabilidad en formatos y formas de evaluación.
- Fijación de barreras innecesarias a la entrada por medio de requisitos excesivos.
- Facilitación de contacto entre proponentes –actuales o potenciales–.
- Uso de fórmulas de fácil manipulación, o muy sensibles a ofertas irracionales.

Bajo el anterior contexto, este Despacho pasará a analizar el caso concreto, con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas.

8.5. Sobre el acuerdo colusorio en el caso concreto

Para la Superintendencia de Industria y Comercio está plenamente acreditado que los agentes de mercado investigados infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por haber incurrido en un acuerdo colusorio dentro del proceso de selección MCO 005-2014 adelantados por FONADE.

Para dar cuenta de lo anterior, el Despacho hará, en primer lugar, algunas consideraciones previas sobre la definición del mercado relevante. Posteriormente, se describirán los aspectos más importantes del proceso de selección referido –en el marco del cual tuvieron lugar los comportamientos colusorios objeto de investigación– y se detallarán los elementos indiciarios que dieron lugar a la apertura de esta investigación. Seguidamente, se presentará la relación existente entre los investigados en el momento en que el proceso de investigación tuvo lugar. Después, se aludirá al análisis económico sobre la conducta realizada por los investigados. Posteriormente se hará la presentación de las conclusiones de este Despacho, y finalmente se expondrá la posición del Despacho sobre la responsabilidad de cada investigado en la presente actuación administrativa y sobre los argumentos presentados por los investigados.

8.5.1. Sobre la definición del mercado relevante

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre la definición de mercado en los casos de prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública. Al respecto, ha indicado que, en dichos casos, dado que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, el mercado corresponde a cada proceso de contratación en el que se presentó la conducta restrictiva de la libre competencia económica.

En efecto, en la Resolución No. 40875 de 2013, este Despacho señaló lo siguiente:

*"Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección"*²⁵.

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

*"(...) a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues el mercado es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes"*²⁶.

²⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013.

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 de 2017, confirmada por la Resolución No. 4604 de 2018.

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

Así, de acuerdo con lo indicado anteriormente, este Despacho concluye que en el presente caso el mercado afectado corresponde al proceso de selección MCO 005-2014, a través del cual se adelantó el proceso de selección para la terminación de aula escolar en la vereda El Choco en el Municipio de Cocorná-Antioquia de FONADE.

8.5.2. Sobre el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por FONADE

La presente investigación se circunscribió al proceso de selección MCO 005-2014, el cual corresponde a una contratación de mínima cuantía adelantada por FONADE cuyo objeto era la Terminación de Aula Escolar en la vereda El Choco en el Municipio de Cocorná-Antioquia²⁷. A continuación, se presentan los aspectos más relevantes del mencionado proceso.

8.5.2.1. De los hitos del proceso de selección MCO 005-2014

- Mediante Memorando interno del FONADE del 7 de marzo del 2014 se solicitó la apertura del proceso de selección de contratación para EJECUTAR LAS OBRAS DE TERMINACIÓN AULA ESCOLAR EN LA VEREDA EL CHOCO EN EL MUNICIPIO DE COCORNÁ ANTIOQUIA²⁸.
- El 11 de marzo de 2014, FONADE publicó el "Aviso de convocatoria pública" del proceso de selección No. MCO 005-2014²⁹.
- El objeto del proceso consistió en la "TERMINACIÓN AULA ESCOLAR EN LA VEREDA EL CHOCO EN EL MUNICIPIO DE COCORNÁ ANTIOQUIA", para lo cual FONADE asignó un presupuesto oficial estimado de SESENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL CIENTO SESENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$68.460.164.00).
- El 13 de marzo de 2014 se publicaron las Reglas de Participación³⁰ del proceso de selección del asunto de este proceso.

El término para presentar propuestas finalizó el 19 de marzo de 2014. De acuerdo al registro y el acta de cierre de presentación, se entregaron las siguientes propuestas:

Tabla No. 2. Propuestas presentadas en el proceso de selección No. MCO 005-2014 del FONADE

No.	Proponente
1	MAP CONSTRUCCIONES S.A.S.
2	MYM INGENIERA S.A.S.
3	HÉCTOR ANTONIO TRIVIÑO HERRERA
4	CONSORCIO OBRAS 2014
5	CONSORCIO EDIFICACIONES 2014

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de información obrante en el folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

- De acuerdo con las Reglas de Participación del proceso de selección No. MCO 005-2014, para la calificación de las ofertas económicas FONADE estableció los siguientes mecanismos de adjudicación:

²⁷ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 (CD) del Expediente. Ruta de acceso: D:\MCO-005-2015\MCO-005-2014\4233_2014031307443830 REGLAS DE PARTICIPACION MCO 005-2014.pdf

²⁸ Folio 12 del Cuaderno Público No. 1 (CD) del Expediente. Ruta de acceso: D:\FONADE2\2140708\SOLICITUD APERTURA DE PROCESO N 2031 DE 2014

²⁹ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 (CD) del Expediente. Ruta de acceso: D:\MCO-005-2015\MCO-005-2014\4233_20140311100953AVISO DE CONVOCATORIA PÚBLICA MCO 005 2014.pdf

³⁰ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 (CD) del Expediente. Ruta de acceso: D:\MCO-005-2015\MCO-005-2014\4233_2014031307443830 REGLAS DE PARTICIPACION MCO 005-2014.pdf

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

Imagen No. 1. Mecanismos de Adjudicación

MECANISMO 1	"Oferta más baja"
	El primer lugar en el orden lo ocupará la oferta con el menor valor total ofertado, en segundo lugar el oferente con el valor total ofertado inmediatamente superior, y así sucesivamente.
MECANISMO 2	"Media geométrica"
	En el evento en que el mecanismo establecido corresponde media geométrica se utilizará para establecer la asignación de puntaje y el orden el procedimiento indicado en el numeral 2.4.7.3.
MECANISMO 3	"Media aritmética"
	En el evento en que el mecanismo establecido corresponde media aritmética se utilizará para establecer la asignación de puntaje y el orden el procedimiento indicado en el numeral 2.4.7.3.
MECANISMO 4	"Media aritmética alta"
	En el evento en que el mecanismo establecido corresponde media aritmética alta se utilizará para establecer la asignación de puntaje y el orden el procedimiento indicado en el numeral 2.4.7.3.
MECANISMO 5	"Media aritmética baja"
	En el evento en que el mecanismo establecido corresponde media aritmética baja se utilizará para establecer la asignación de puntaje y el orden el procedimiento indicado en el numeral 2.4.7.3.

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

- El 19 de marzo de 2014 se realizó la audiencia de cierre en la cual se determinó al azar como mecanismo de adjudicación la media aritmética³¹.
- Las ofertas económicas de todos los participantes debían presentar un valor no superior al 100% ni inferior al 90% del presupuesto, por lo cual se asignó el puntaje a cada una de ellas y se determinó el siguiente orden de cumplimiento de las reglas de participación:

Tabla No.3. Evaluación ofertas económicas presentadas proceso de selección No. MCO 005-2014

Orden de elegibilidad	Orden de presentación de oferta	Proponente	Valor oferta	Puntaje
1	2	MYM INGENIERIA S.A.S.	\$66.687.399	98,22
2	4	OBRAS 2014	\$66.171.386	97,12
3	1	MAP CONSTRUCCIONES 2014	\$65.966.572	95,63
4	5	EDIFICACIONES 2014	\$65.563.267	92,68
5	3	HÉCTOR ANTONIO TRIVIÑO HERRERA	\$68.438.723	0
Media Aritmética			\$66.565.469,40	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de información obrante en el folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

- Respecto de las ofertas seleccionadas, se verificó el cumplimiento de los requisitos jurídicos, técnicos y financieros, se resolvieron las observaciones y se aprobó el informe de evaluación mediante el cual el Comité Evaluador recomendó adjudicar el proceso de selección No. MCO 005-2014, al proponente **MYM INGENIERIA S.A.S.** por un valor de SESENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS OCHENTA Y SIETE MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS M/CTE \$66.687.399.

8.5.3. Elementos indiciarios de una colusión en el marco de las propuestas presentadas por los consorcios OBRAS 2014 y EDIFICACIONES 2014 en el proceso de selección MCO 005-2014

Ahora, este Despacho coincide con la Delegatura respecto a la existencia de un número considerable de elementos indiciarios en el proceso de selección MCO 005-2014 del FONADE que apoyan la conclusión a la que llega esta Entidad respecto a la infracción cometida por parte de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA, HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ y AJUSTEC** establecida en el numeral 9 del artículo 47 del

³¹ Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 (CD) del Expediente. Ruta de acceso: D:\MCO-005-2015\MCO-005-2014\4233_2014031908094428 REGISTRO ENTREGA DE OFERTAS, ACTA DE FINALIZACION Y ACTA DE AUDIENCIA DE CIERRE.pdf

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

Decreto 2153 de 1992, por la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los investigados, el cual tenía por objeto la colusión en el proceso de selección referido.

Así las cosas, se procede a enlistar dichos elementos que apoyan la posición de este Despacho:

1. De acuerdo al documento de registro de entrega de ofertas, las propuestas económicas para el proceso licitatorio en cuestión presentadas por los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** fueron radicadas ante el **FONADE** el mismo día, con tan solo un minuto de diferencia y entregadas por la misma persona, **ANDRÉS LEGUIZAMON CARVAJAL**.

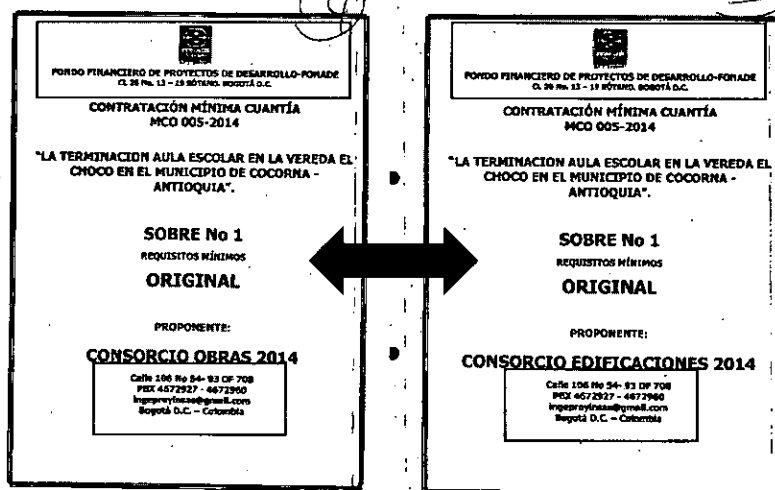
Tabla No. 4. Registro de entrega de propuestas del proceso de selección No. MCO 005-2014

Fecha	Hora	Nombre del Oferente	Nombre de quien entrega la oferta
19/03/2014	8:57 AM	Consortio Obras 2014	ANDRÉS LEGUIZAMON CARVAJAL
19/03/2014	8:58 AM	Consortio Edificaciones 2014	ANDRÉS LEGUIZAMON CARVAJAL

Fuente: Elaboración Superintendencia de Información obrante en el Folio 20 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

2. Los documentos presentados por los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** presentaban un alto grado de similitud entre ellos. A modo de ejemplo, la portada de las propuestas radicadas presentaban el mismo diseño, marcos, logos incorporados e información de contacto de los proponentes.

Imagen No. 2. Portadas de propuestas de los consorcios OBRAS 2014 y EDIFICACIONES 2014 en el proceso de selección No. MCO 005-2014



Fuente: Folio 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

3. De igual forma, las pólizas de seriedad de ambos consorcios, **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, presentaban un alto grado de similitud. Ambas pólizas fueron emitidas el mismo día (18 de marzo de 2014), por la misma aseguradora (Suramericana), en la misma sucursal (oficina 2614) y a través del mismo intermediario de seguros (**DPS ASESORES LTDA.**)³².
4. Los documentos de conformación de ambos consorcios, **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, fueron suscritos en la misma fecha y ambos registran la misma dirección como lugar de la sede de los consorcios, mismos correos electrónicos y mismos teléfonos.

³² Folios 50 y 99 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

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

Imagen No. 3. Hoja de Firma de Documentos de Conformación de consorcios OBRAS 2014 y EDIFICACIONES 2014 en el proceso de selección No. MCO 005-2014

<p>6. La sede del Consorcio es:</p> <p>Dirección de correo: Calle 106 No 54-83 Of 708 Correo electrónico: ingeproyinsas@gmail.com Teléfono: 4672977 Telefax: 4672960 Ciudad: Bogotá</p>	<p>6. La sede del Consorcio es:</p> <p>Dirección de correo: Calle 106 # 54-83 Of 708 Correo electrónico: ingeproyinsas@gmail.com Teléfono: 4672977 Telefax: 4672960 Ciudad: Bogotá D.C.</p>
<p>En concordancia, se firma en Bogotá, a los 18 días del Mes de Marzo de 2014.</p>	<p>En concordancia, se firma en Bogotá D.C., a los 18 días del mes de Marzo de 2014.</p>

Nelson Ernesto Peña
NELSON ERNESTO PEÑA R.
 EN NOMBRE PROPIO
 C.C. 79.977.831 de Bogotá

Hernando Lancheros Ibáñez
HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ
 EN NOMBRE PROPIO

Lucía Velásquez S.
LUCEA LUCIA VELÁSQUEZ S.
 Representante Legal
AJUSTEC INGENIERÍA LTDA

Martín Alejandro Restrepo Atuesta
MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA
 EN NOMBRE PROPIO

ACEPTACIÓN REPRESENTACIÓN DEL CONSORCIO

ACEPTAMOS REPRESENTACIÓN

Lucía Velásquez S.
LUCEA LUCIA VELÁSQUEZ SIENRA
 Representante Legal
CONSORCIO EDIFICACIONES 2014
 C.C. 64.854.742 Sincetajo

Hernando Lancheros Ibáñez
HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ
 RL CONSORCIO OBRAS 2014

Fuente: Folio 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

5. Los certificados Mipymes de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** reflejan grandes similitudes, tienen las mismas fechas y fueron suscritos por el mismo contador.

Imagen No. 4. Certificación Mipyme NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA en el proceso de selección No. MCO 005-2014

<p>MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA NIT: 72.005.111-4</p> <p>CERTIFICACIÓN MIPYME</p> <p>Bogotá D.C. 18 de Marzo de 2014</p> <p>Señores FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE Ciudad,</p> <p>ref.: MCO 005-2014</p> <p>Asunto: Certificación MIPYME</p> <p>Yo LIBARDO DE JESÚS ORTIZ RICO con T.P. 53182-T, como contador del señor MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.005.111 de Barranquilla actuando como persona Natural bajo el NIT 72.005.111-4, manifiesto bajo gravedad de juramento que cumple con todos los requisitos considerados para ser MIPYME; según lo establecido en el artículo 2 de la Ley 905 de Agosto de 2004, y demás normas vigentes y aplicables sobre la materia, en cuanto a ser MIPYME, por lo que es considerado como PEQUEÑA EMPRESA al tener unos Activos Totales de 1009 SMMLV y una planta de personal de 2 Trabajadores.</p> <p>Cordialmente,</p> <p><i>Libardo Ortiz Rico</i> LIBARDO DE JESÚS ORTIZ RICO CONTADOR TP 53182-T</p>	<p>↔</p>	<p>Nelson Ernesto Peña Rodríguez NIT: 79.977.831-4</p> <p>CERTIFICACIÓN MIPYME</p> <p>Bogotá D.C. 18 de Marzo de 2014</p> <p>Señores FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO-FONADE Ciudad,</p> <p>ref.: MCO-005-2014</p> <p>Asunto: Certificación MIPYME</p> <p>Yo LIBARDO ORTIZ RICO con TP 53182-T, como contador del señor NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.977.831 de Bogotá actuando como persona Natural bajo el NIT 79.977.831-4, manifiesto bajo gravedad de juramento que cumple con todos los requisitos considerados para ser MIPYME; según lo establecido en el artículo 2 de la Ley 905 de Agosto de 2004, y demás normas vigentes y aplicables sobre la materia, en cuanto a ser MIPYME. Además es considerado como Pequeña empresa ya que los Activos Totales son de 754 SMMLV y cuenta con 2 Trabajadores de planta.</p> <p>Cordialmente,</p> <p><i>Libardo Ortiz Rico</i> LIBARDO ORTIZ RICO Contador TP 53182-T</p>
---	----------	--

Calle 106 No 54-83 Oficina 708 Teléfono 4672977
 ingeproyinsas@gmail.com
 Bogotá D.C. - Colombia

Fuente: Folio 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

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

Así las cosas, este Despacho reconoce que los elementos indiciarios descritos anteriormente son de gran importancia en la valoración hecha por esta Superintendencia, pues debe recordarse, como lo ha manifestado anteriormente esta Entidad³³, que en los casos de colusión la prueba indiciaria juega un papel fundamental, en la medida en que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, precisamente por el carácter usualmente secreto de las mismas.

Lo anterior, según lo señala también la OCDE, se ha traducido en que estos agentes actúen "por debajo de los radares", de tal manera que cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia³⁴, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

Es así como, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

"...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que "el derecho de la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ...hay que resaltar –continúa la sentencia indicada- que estas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda". Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 de abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia³⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto).

En igual sentido en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile se ha manifestado sobre la prueba indiciaria lo siguiente:

"(...) La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia³⁶.

Finalmente, en Estados Unidos los tribunales han condenado por colusión diferentes conductas sobre la base de prueba indirecta. Como señala el profesor y abogado practicante Irving Scher "puesto que los tribunales reconocen que rara vez se cuenta con evidencia directa de un acuerdo de colusión, la prueba circunstancial se permite y puede ser decisiva/resolutiva"³⁷. Lo anterior ha sido confirmado por el juez Richard Posner, quien ha señalado que "la mayoría de los casos son contruidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial"³⁸.

³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013.

³⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). "SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION". 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&docLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&docLanguage=en)

³⁵ RESOLUCION (Expediente 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. En: www.tdcompetencia.es

³⁶ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, FNE contra Isapre ING S.A. y otros, Sentencia N°57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5° del voto de minoría.

³⁷ Irving Scher (ed), *Antitrust Adviser*, Ed. 4, Thomson-West, 2007. P. 1.17 ("Because courts recognize that there rarely is direct evidence of an express agreement to conspire, circumstantial evidence is admissible and can be dispositive")

³⁸ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) ("...most of cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence..."). Esto también se encuentra evidente en el caso

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

Ahora bien, en el presente caso, y a pesar del número considerable de elementos indiciarios presentados anteriormente, este Despacho advierte que desde la etapa de averiguación preliminar logró establecerse que las ofertas presentadas por los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** en el marco del proceso de selección MCO 005-2014, efectivamente fueron elaboradas por una misma persona y de manera conjunta, a pesar de ser presentadas por dos consorcios aparentemente competidores. Lo anterior queda soportado en la declaración rendida por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** durante la etapa de averiguación preliminar, en la que admitió haber elaborado ambas propuestas y aseguró que independientemente de cuál de los dos consorcios resultará adjudicatario, la ejecución del respectivo contrato estaría a cargo de la sociedad comercial GPR, de la cual sus únicos accionistas son NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ (miembro del consorcio EDIFICACIONES 2014) y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA (miembro del consorcio OBRAS 2014).

A continuación se transcribe el aparte correspondiente de la declaración de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**:

DELEGATURA: *¿La oferta económica la configura usted solo?*

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: *Sí claro.*

DELEGATURA: *¿Y usted ha compartido esta información con algún socio? ¿Con MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA con NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ con (...)?*

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: *¿En cuanto a qué?*

DELEGATURA: *Para la configuración de las ofertas económicas*

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: *No, porque las ofertas económicas yo las monto, ellos no tienen conocimiento, ósea, el que montó las ofertas económicas soy yo*

(...)

DELEGATURA: *Usted podría explicarle a este despacho ¿por qué se da esa igualdad en esas dos propuestas, en esas dos portadas?*

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: *Sí claro, claro si te puedo dar información, las dos propuestas posiblemente se presentaron con diferentes socios, entonces no tienen, no tenemos ningún inconveniente en dejar la misma portada, porque en caso tal de que un consorcio o el otro salgan, el manejo administrativo se va a hacer por este lado, entonces no tenemos ningún inconveniente.*

(...)

DELEGATURA: *No importa cuál de los dos se lo gane lo va a manejar acá...*

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: *Sí claro.*

DELEGATURA: *¿en GPR?*

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: *Claro, porque es que nosotros hablamos con AJUSTEC, señores AJUSTEC ¿ustedes manejan el contrato? Me dicen no NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, realmente a nosotros no nos interesa, ustedes manejen esa vaina. ¿Sí? MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA le dice, nos podemos presentar esta opción con ustedes señor HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ, obviamente ellos son conocedores, bueno sí presentémonos entonces, listo no hay problema"³⁹.*

City of Tuscaloosa v. Harcros Chems., 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998): "Solo en casos raros el demandante puede establecer la existencia de una conspiración mostrando explícitamente un acuerdo; la mayoría de conspiraciones se infieren del comportamiento de los investigados [...] y de otra evidencia circunstancial [...]" ("[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behaviour of the alleged conspirators [...] and from other circumstantial evidence [...]").

³⁹ Folio 599 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

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

Adicionalmente, tal y como lo demostró la Delegatura, las siguientes pruebas corroboran la afirmación de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** de haber sido él quien elaboró las propuestas de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** en el proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE**:

- Los documentos con los nombres "*FORMATO 7 NP.xls.*" y "*FORMATO 7 mr.xls.*", correspondientes a las "*OFERTAS ECONOMICAS*" de cada consorcio en el proceso de selección objeto de este caso, al igual que el documento "*ANÁLISIS DETALLADO DEL AIU*" que presentaron igualmente ambos consorcios, fueron creados, guardados y modificados en la misma fecha, con minutos de diferencia y por el mismo usuario: ("nelson")⁴⁰.
- De igual forma, en el computador de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se encontraron los formatos de las propuestas entregadas por los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** en el proceso MCO 005-2014 del **FONADE**.

En virtud de lo anterior, este Despacho encuentra que en el presente caso la Delegatura presentó un considerable número de elementos indiciarios, que junto a la confesión hecha por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, permiten inferir la existencia de una conducta anticompetitiva.

8.5.4. Sobre la relación existente entre NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA

De acuerdo con la información que obra en el Expediente, este Despacho encuentra suficiente evidencia que soporta que la relación entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, miembros de los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014** respectivamente, es una relación de vieja data que, en conjunto con los otros elementos probatorios obrantes en el Expediente, permite afirmar que los investigados han establecido toda una estrategia de participación conjunta y coordinada en los diferentes procesos de selección en los que participan, con el objeto de aumentar sus probabilidades de éxito, y que fue aplicada en el proceso MCO 005-2014.

Lo anterior, como se pasa a explicar en detalle, tiene sustento en los siguientes elementos que fueron probados dentro de esta actuación administrativa: (i) una sanción procesal impuesta a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** por medio de la cual se tiene por cierto que la relación entre estos investigados se extiende a la determinación coordinada de los contenidos sustanciales de las ofertas y a la participación conjunta en la ejecución de los contratos en los que cualquiera de esas personas resultara adjudicataria; (ii) la constitución de una sociedad por parte de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, y la división de tareas establecida por los investigados para el cumplimiento del objeto social de dicha sociedad; (iii) el traslado de dicha división de tareas a los casos en que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** participan de manera independiente en procesos de selección como aparentes competidores; (iv) utilización de un mismo personal de trabajo e instalaciones por parte de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** para la elaboración y presentación de las propuestas en los procesos en los que participan conjunta o independientemente; y (v) la práctica establecida entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** respecto a que, en los casos en que dichos investigados participan en procesos de selección de manera independiente y como aparentes competidores, en el escenario en que alguno de los dos resulte adjudicatario del contrato licitado, éste reservará un monto de dinero con el fin de contratar los servicios del otro investigado en la etapa de ejecución del contrato.

(i) Sanción procesal

Mediante la Resolución No. 39735 del 6 de julio de 2017⁴¹, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia impuso una sanción procesal a los investigados **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, por abstenerse injustificadamente de presentar los documentos cuya exhibición se ordenó en este proceso por

⁴⁰ Folio 771 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁴¹ Folios 1074 al 1075 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

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

medio de la Resolución No. 22909 del 3 de mayo 2017, que servirían para acreditar las características de la relación entre ellos.

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

De acuerdo con lo anterior, debería entenderse que está probada en el proceso la relación de coordinación y participación conjunta de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** en los diferentes procesos de selección, incluyendo el proceso MCO 005-2014 del FONADE, en virtud de la sanción procesal mencionada.

Sin embargo, para no dejar dudas al respecto, es pertinente proceder a continuación a presentar algunas de las pruebas adicionales que la Delegatura expuso para demostrar la relación de coordinación histórica entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**.

(ii) Constitución de sociedad común y división de tareas

Según la información que reposa en el Expediente, la relación entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** data del año 2009, cuando los investigados trabajaban juntos con **OMAR RAFAEL PERTÚZ RESTREPO**⁴². Adicionalmente, a partir del año 2010, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** decidieron trabajar como independientes, para lo cual constituyeron mediante documento privado del 22 de noviembre de 2010⁴³, inscrito el 23 de noviembre del mismo año en la Cámara de Comercio de Bogotá, la sociedad comercial **GPR INGENIERÍA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A.S.**, cuyo objeto social es:

*"(...) prestar tanto en el país como en el exterior servicios de consultoría, asesoría técnica y económica. Diseño, interventoría y construcción de obras en las diversas ramas de la ingeniería, arquitectura y del medio ambiente; gerencia, planeación y desarrollo de proyectos, planeación y desarrollo de obras de montaje o construcción; prestación de servicios de ingeniería básica y de detalle, afines con la ingeniería civil, la arquitectura y demás ingenierías"*⁴⁴.

De acuerdo a las declaraciones de los investigados, dicha sociedad ha sido utilizada por sus accionistas de manera subsidiaria, como vehículo jurídico para participar en procesos de selección en los cuales ellos, como personas naturales, no cumplen con los requisitos mínimos habilitantes. Lo anterior tiene sustento en la declaración de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** realizada durante la etapa probatoria:

*"Bueno, dado que hasta ahora estamos adquiriendo experiencia, no tenemos mucha experiencia como ingenieros civiles, el ingeniero **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** es persona natural independiente, tiene sus documentos para licitar ante el Estado, de igual manera **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** también es ingeniero civil independiente y cuenta con sus documentos, que en caso tal de que no nos podamos presentar a ciertas licitaciones optamos porque [GPR], que es la empresa en la cual*

⁴²Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 (minutos 7:15, 8:17 y 16:53) y Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minutos 12:21 y 14:02).

⁴³ Folio 656 del Cuaderno Público No. 3.

⁴⁴ Folio 657 del Cuaderno Público No. 5.

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

hacemos parte, presente algunas propuestas o satisfaga unas necesidades de la entidad que esté requiriendo el servicio mediante licitaciones públicas⁴⁵.

Ahora bien, la Delegatura logró demostrar, con soporte en la información existente en el Expediente, que en los eventos en que los investigados **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** han participado en procesos de selección por medio de su sociedad **GPR**, han mantenido una división de tareas específicamente demarcada de acuerdo a las capacidades de cada uno de ellos, que les ha permitido conjuntamente presentar las propuestas en los respectivos procesos. Así, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** ha sido el encargado de adelantar los aspectos técnicos durante la etapa precontractual, es decir, analizar elementos básicos como las zonas, el objeto, las vías de acceso y la duración de la obra. Por su parte, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** ha tenido la tarea de encargarse de las funciones administrativas en la etapa precontractual, que se traducen en la elaboración de las propuestas y establecer su valor económico.

Esta división de tareas, según la información obrante en el Expediente, también se ha trasladado a la etapa post contractual, en donde **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** se ha encargado de coordinar los profesionales de obra, estar al tanto de los comités y atender los requerimientos técnicos. Por su parte, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se ha encargado del manejo administrativo de la ejecución del contrato.

Como soporte de lo anterior, obra en el Expediente la declaración de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, en la cual manifestó que:

*"Como representante de GPR el ingeniero MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA desarrolla toda la parte técnica de los proyectos, él es el que se encarga de coordinar los profesionales en obra, estar pendiente de los comités, atender requerimientos de las entidades, técnicos, el tema técnico"*⁴⁶.

De igual forma, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó al respecto lo siguiente:

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: *Pues yo soy la persona que maneja en la disciplina en que me desarrollo yo manejo la parte técnica, esa es mi competencia y mi función*⁴⁷

(...)

DELEGATURA: *¿Usted adelanta alguna labor en la elaboración de las propuestas de (...) GPR?*

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: *No, en las elaboraciones no. Yo veo algún proceso y yo lo que, el alcance mío, digámoslo así, es mirar zonas, objeto, vías de acceso, costo, duración, digamos que unos parámetros básicos*⁴⁸

DELEGATURA: *Indique a este Despacho, ¿cuál es la función de NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ dentro de GPR?*

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: *Pues él tiene también a cargo, o es decir su competencia es netamente administrativa*⁴⁹

(...)

DELEGATURA: *¿Cuáles son las funciones de la parte administrativa, que según usted nos comentó, las realiza NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ?*

⁴⁵ Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 (minute 13:04).

⁴⁶ Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 15:08).

⁴⁷ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 13:08).

⁴⁸ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 16:03).

⁴⁹ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 13:35).

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

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ pues arma licitaciones, el tema contable, el tema de salud, de parafiscales, mensajería, es decir cuando hay que llevar correspondencia, recibir, etc.

(...)⁵⁰

Eso último también fue reiterado por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** en su declaración⁵¹.

(iii) División de tareas como competidores

Establecido lo anterior, se pasa a explicar una situación de extrema relevancia para el caso en cuestión, que para el Despacho soporta de manera evidente la existencia de una relación regida por la coordinación entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** en diferentes procesos de selección.

En este orden de ideas, el Despacho pone de presente que a pesar de haber constituido una sociedad comercial de manera conjunta, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, como se encuentra ampliamente probado en el Expediente, han seguido participando de manera individual, como personas naturales, en diferentes procesos de selección.

Sin embargo, quedó evidenciado que la división de trabajos que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** mantienen a la hora de presentarse en nuevos procesos de selección a través de su sociedad **GPR** que fue explicada anteriormente, se ha manifestado en exactas condiciones precisamente en los casos en que han decidido presentarse a procesos de selección supuestamente de manera independiente, como personas naturales, bien sea individualmente o por medio de consorcios u otras figuras asociativas establecidas en la ley, como aparentes competidores.

Sobre lo anterior, en su declaración **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** dijo lo siguiente:

DELEGATURA: Ahora sí por favor, indíqueme a este Despacho cuando usted como persona natural, independiente de **GPR** va a participar en un proceso de selección, ¿cómo realiza la propuesta?

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: Igual, de la misma manera

DELEGATURA: No, es que cuando es con **GPR** usted dijo que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** era el que, que usted revisaba unas cosas, los costos, y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se encargaba de elaborar, de documentar y formar el paquete y de ir a radicar. Entonces la pregunta ahora es, no estamos en **GPR**, es usted **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, persona natural y se va a presentar ¿Cómo elabora la propuesta? ¿La hace usted? ¿Se la hace alguien más? ¿Cómo?

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: No no no de igual manera. Yo recopiló la información que necesito, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** hazme el favor, ármame esto acá, radícame esto por favor, tan. Así. Yo armo una parte, armo un paquete, se viene para Bogotá, se envía pues por correo.

DELEGATURA: ¿Quién prepara la propuesta en el aspecto económico cuando es **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** quien se va a presentar a un proceso de selección contractual?

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ⁵²

(...)

⁵⁰ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 1:19:48).

⁵¹ Folio 1048 de Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 22:35).

⁵² Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 33:17).

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

"DELEGATURA: Y ¿Por qué se da esa dinámica de colaboración con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**?

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: Porque **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** es además de mi amigo es mi socio

DELEGATURA: Pero, por eso le hice énfasis en que, ya no le estoy preguntando desde **GPR**, sino como **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, oferente individual.

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: Si, si correcto.⁵³

Esta declaración fue ratificada por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**⁵⁴, quien afirmó que cuando **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** ha participado en procesos de selección de manera independiente y no a través de la sociedad **GPR**, éste se ha limitado a manifestarle su intención de participar en los procesos de selección que considera viables, para que sea **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** quien elaborare las propuestas y establezca el valor de la ofertas económicas que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** o el consorcio en el cual estuviere participando presentaran.

De igual forma, quedó demostrado que esta dinámica se ha repetido en iguales condiciones cuando **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** ha decidido participar en algún proceso de selección de manera independiente, individualmente o por medio de consorcios o cualquier otra figura asociativa con terceros⁵⁵.

Así, no queda duda para este Despacho que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** han establecido e institucionalizado todo un sistema de cooperación y coordinación para la presentación de propuestas en procesos de selección, bien cuando se han presentado conjuntamente por medio de su sociedad **GPR**, o bien cuando se han presentado de manera independiente, individualmente o por medio de consorcios o cualquier otra figura asociativa con terceros.

Dicha cooperación, valga decir, ha implicado el trabajo conjunto de ambos investigados en el análisis y preparación que hacen sobre las propuestas a presentar, pues cada uno de ellos aporta sus conocimientos, que sumados permiten la presentación de propuestas económicas. Por esta razón, este Despacho encuentra sustentado que independientemente de si la propuesta es presentada por **GPR**, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** o **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, ambos investigados se han involucrado en el análisis y preparación de los diferentes elementos necesarios para la presentación de las propuestas, incluso cuando participan en los procesos como aparentes competidores.

(iv) Utilización de un mismo personal de trabajo e instalaciones

Como un factor adicional a la participación activa de ambos investigados en la etapa precontractual de los procesos de selección, se encuentra demostrado que se han valido del mismo personal, mismos proveedores y misma sede de trabajo, para la preparación de las propuestas, lo cual fortalece aún más la tesis de que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, no solo tienen conocimiento de los procesos en los que participa cada uno, sino que dichos procesos se enmarcan en una estrategia conjunta y de coordinación entre ellos.

Como pasa a exponerse, las propias declaraciones de **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** durante la investigación soportan lo anterior.

1) Por un lado, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** manifestó⁵⁶ durante la etapa de averiguación preliminar que **ANDRES LEGUIZAMON CARVAJAL**, quien fue la persona

⁵³ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 28:31).

⁵⁴ Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 1:28:30).

⁵⁵ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 1:00:42).

⁵⁶ Folio 599 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

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

encargada de radicar las propuestas de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** en el proceso de selección MCO 005-2014, es el mensajero de GPR, y por tanto mantiene relaciones laborales tanto con NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ como con MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA;

- 2) Por el otro lado, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó que **LIBARDO DE JESUS ORTIZ RICO** prestó sus servicios de contador a **GPR**⁵⁷ para la época del proceso MCO 005-2014 del **FONADE**. Incluso, fue dicho contador quien firmó las certificaciones Mipyme que se anexaron a las propuestas económicas presentadas por los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014**.
- 3) Adicionalmente, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** reconocieron que dicho contador, además de apoyarlos en los procesos de selección con la firma de los respectivos formatos, lleva su contabilidad como personas naturales⁵⁸.
- 4) A su vez, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** manifestó que tanto él como **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** han utilizado los servicios del mismo intermediario de seguros (**DPS ASESORES LTDA**⁵⁹) a la hora de presentarse en los diferentes procesos de selección. Lo anterior está sustentado en el correo electrónico que se presenta a continuación, remitido el 29 de enero de 2014⁶⁰, en el cual **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** solicita las pólizas de los consorcios **MARSELLA 2014** (integrado por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **AJUSTEC**) y **RISARALDA 2014** (integrado por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ**) para el proceso de selección No. OPC 003 de 2014 del **FONADE**.

Imagen No. 5. Correo electrónico del 29 de enero de 2014 de NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ al intermediario de seguros DPS ASESORES LTDA

From: Nelson Peña <nelsonro25@gmail.com>
 Sent: 1/29/2014 8:21:45 PM +0000
 To: Dilma Peña Sanchez <dilmapseguros@gmail.com>
 Subject: Solicitud de Pólizas Fonade
 Attachments: REGLAS DE PARTICIPACION OPC 003-2014.pdf; Formato Solicitud de Póliza.xls; Documento_Consorcial OPC-189-2013.doc; Formato Solicitud de Póliza.xls; Documento_Consorcial OPC-003 mr.doc

Buena Tarde Sra Dilma

Agradezco su colaboración con la expedición de estas dos pólizas.

Gracias

NP

Nelson E. Peña Rodríguez.
 Ingeniero Civil
 Ingeproyin S.A.S.
 Calle 106 # 54-93 Grupo 7, Torre 4 Of. 708
 Telefax: (1) 4672927 - 4672960
 E-mail: nelsonro251@gmail.com

Fuente: Folio 630 y 635 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

- 5) Finalmente, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** reconoció⁶¹ que las propuestas que presentan **GPR**, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA**

⁵⁷ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 (minuto 21:09).

⁵⁸ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 (minuto 30:02) y Folio 1048 del cuaderno publico No. 6 (minuto 32:06).

⁵⁹ Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 (minute 1:10:46).

⁶⁰ Folio 630 y 635 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente Path: 01_DPS_ASESORES.ad1/DESCARGAS/dilmapseguros@gmail.com descargas.ost/[root]/Raiz
 Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Importantes/Solicitud de Pólizas Fonade.

⁶¹ Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 1:00:29).

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

RODRÍGUEZ de manera individual o en conjunto, son elaboradas en la sede de **GPR**. Esto fue reiterado por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** en su declaración⁶².

(v) Subcontrataciones posteriores a la adjudicación

Finalmente, se encontró probado que en los casos en que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** participan en procesos de selección como aparentes competidores, en caso que alguno de los dos resulte adjudicatario del contrato licitado, mantendrá una reserva de dinero destinada a la subcontratación del otro investigado para que este último preste sus servicios en la ejecución del respectivo contrato.

Esto quedó sustentado en las declaraciones de los investigados. Así, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** manifestó lo siguiente:

"DELEGATURA: Es decir, si va en un consorcio **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** con otro personaje que se quiera presentar al proceso y en el otro consorcio, como competidor además de **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** que estaba en ese consorcio, va **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** con otra persona natural, si alguno de los dos consorcios resulta ser adjudicatario, ¿se llegaría eventualmente a subcontratar los servicios que presta **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** o que presta **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**? Digamos, ¿trabajarían en equipo?

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: Yo apporto mis honorarios administrativos y viceversa el ingeniero aporta sus honorarios administrativos, técnicos perdón.

DELEGATURA: Entonces, en el ejemplo, el consorcio conformado por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y otra persona natural resulta adjudicatario...

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: Si...

DELEGATURA: Usted cuando comienza la ejecución del proyecto va y le dice a **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA:** **MARTÍN** necesito su ayuda en los aspectos técnicos de este proceso...

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: Correcto

DELEGATURA: ¿Y viceversa?

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ: Es correcto⁶³.

Por su parte, sobre este punto, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó lo siguiente:

"DELEGATURA: Explique por favor a este Despacho cómo se ejecuta un contrato cuando usted **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, de manera independiente, resulta adjudicatario o haciendo parte de un consorcio donde no está ni **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** ni **GPR**. ¿Cómo se ejecuta ese contrato?

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: Yo lo ejecuto teniendo en cuenta que yo soy el técnico, es decir la parte técnica de ese consorcio como **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** la maneja y la parte administrativa se subcontrata con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**. Hay un recurso para que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** me apoye en esa parte.

DELEGATURA: Ok. Explique por favor a este Despacho, ¿Cómo se ejecuta un contrato cuando **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, de manera independiente o haciendo parte de un consorcio, con personas diferentes a **GPR** o a usted, resulta adjudicatario?

⁶² Folio 599 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente (TESTIMONIO_MARTÍN_ALEJANDRO_RESYREPO.mp3 minuto 26:07).

⁶³ Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 1:32:25).

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

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA: *Pues bueno, él es autónomo y en algunas ocasiones pues ocurre que él me subcontrata el tema técnico, pero no es una regla a cumplir.*⁶⁴

(vi) Conclusión sobre la relación entre los investigados

Ahora bien, este Despacho reconoce, como lo ha hecho en anteriores oportunidades⁶⁵, que las relaciones pre-existentes entre los oferentes en un proceso de selección, sean estas personales o profesionales, no son censurables en sí. En efecto, no solo es natural y legal que empresas que hayan participado en calidad de consorcios o Uniones Temporales en diferentes procesos de selección, se presenten en procesos posteriores como competidores, sino que es una práctica altamente común.

Así, no debe entenderse bajo ningún punto de vista que esta Entidad se encuentra censurando por sí misma la realización de consorcios o cualquier otra figura asociativa autorizada por la ley, que en muchas ocasiones, por el contrario, resulta altamente eficiente y pro competitivo.

Sin embargo, sí es obligación de este Despacho mencionar que, tal y como lo han reconocido entidades internacionales como la **OCDE**, los contactos previos entre competidores, acompañados de otras señales de alerta, extrañas e irregulares, pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión.

De esta forma, en el presente caso este Despacho dio cuenta de la existencia de evidencia que demuestra que los investigados han tenido relaciones personales y profesionales en el pasado, la cual, al ser acumulada al acervo probatorio, refuerza la conclusión de la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los investigados.

Así las cosas, al hecho de que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** tuvieran relaciones personales y profesionales desde el año 2009, se le deben adicionar los siguientes elementos probados por el Despacho: (i) la constitución de una sociedad en el año 2010 de la cual **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** son sus únicos accionistas, y que fue incorporada con el fin de utilizarla como vehículo para participar en los procesos de selección en los cuales los investigados no cumplieran con los requisitos habilitantes para participar; (ii) la existencia de una división de tareas estrictamente definida entre los investigados, la cual se puso en marcha tanto en las ocasiones en que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** participaban en procesos de selección de manera independiente y como aparentes competidores, como en los casos en que participaban por medio de la sociedad de la cual son accionistas; (iii) la utilización de un mismo personal y herramientas de trabajo para la elaboración y presentación de las propuestas económicas; y (iv) la práctica que tenían **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, consistente en que en los casos en que participaban como aparentes competidores, en caso de resultar alguno de los dos como adjudicatario del contrato licitado, subcontrataría los servicios del investigado perdedor para la ejecución del contrato.

En virtud de todo lo anterior, este Despacho considera que, independientemente de la sanción procesal contra **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** a la que se hizo alusión anteriormente, con las pruebas presentadas anteriormente queda en evidencia, no solo la existencia de una relación pre-existente entre los investigados, sino la presencia de un acuerdo de cooperación existente entre ellos, por medio del cual aunque aparentemente participen en diferentes procesos de selección como competidores, en la realidad y la práctica actúan como un solo grupo, presentando propuestas paralelas en los procesos de su interés y llevando a cabo la ejecución de los contratos adjudicados conjuntamente.

En efecto, las pruebas obrantes en el Expediente, muestran de manera clara y evidente que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** tienen una práctica institucionalizada de presentar ofertas aparentemente independientes en diferentes procesos de selección, pero que en la realidad dichas propuestas son elaboradas por la misma persona en paralelo y contando con la participación de ambos investigados, pues uno de ellos se

⁶⁴ Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minute 38:52).

⁶⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53914 de 2013.

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

encarga de hacer el análisis técnico y el otro el análisis administrativo que resultará en las propuestas económicas a presentar. Adicionalmente, queda completamente en evidencia que, sin importar cuál de los dos socios resulte adjudicatario, los dos se verán beneficiados pues se subcontrataban entre ellos para la etapa de ejecución del contrato.

Por este motivo, este Despacho coincide con la Delegatura en que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** tienen una relación que consiste en un sistema de cooperación y coordinación para la presentación de diferentes propuestas económicas en procesos de selección, la cual utilizaron, entre otros, en el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por el **FONADE**. Este comportamiento debe ser sancionado en virtud del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, de la información que obra en el Expediente y que fue recolectada por la Delegatura durante las etapas de averiguación preliminar y de investigación, se encuentra que adicional a la estrecha relación existente entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** que deriva en una violación al régimen de libre competencia, es evidente que estos últimos actuaron en diferentes ocasiones a través de figuras asociativas conformadas en conjunto con **AJUSTEC** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**.

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que esto fue lo ocurrido efectivamente en el presente caso, para el Despacho, **AJUSTEC** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** deben ser considerados miembros del acuerdo colusorio que dio inicio a la presente actuación administrativa, y por tanto sancionados como tal. De esta forma, a continuación se presentará un análisis detallado respecto a la relación entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, por un lado, y **AJUSTEC** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** por el otro, y las razones por las cuales para el Despacho considera que los últimos deben ser sancionados igualmente.

8.5.5. Sobre la relación existente entre NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA con AJUSTEC y HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ y la responsabilidad de estos últimos

(i) Relación existente entre NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA con AJUSTEC y HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ

En el presente proceso quedó ampliamente demostrado que en ocasiones, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** han carecido de la experiencia que se ha necesitado acreditar para cumplir con los requisitos habilitantes en los diferentes procesos de selección en los que han decidido participar. Por esta razón, en oportunidades han buscado conformar figuras asociativas con terceras personas que cuenten con la experiencia necesaria para participar en los respectivos procesos de selección.

De esta forma, en el Informe Motivado, la Delegatura trajo a colación un número de procesos de selección, entre los cuales están los procesos MCC 108-2012 del **FONADE**, OCC 024-2013 del **FONADE**, Convenio Interadministrativo No. 211048 celebrado entre el **FONADE** y el **ICBF** y OPC 003-2014 del **FONADE**, en los cuales **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** participaron en diferentes consorcios conformados con terceras personas para acreditar la experiencia requerida.

Ahora bien, llama la atención de este Despacho que: (i) por un lado, en todos los procesos anteriormente mencionados, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** acreditó su experiencia con la participación por medio de consorcios conformados con la empresa **AJUSTEC**; y (ii) la empresa **GPR** acordó con **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** el participar de manera conjunta en procesos de selección futuros en los cuales éste último pudiera aportar su experiencia para cumplir con los requisitos habilitantes exigidos por la entidad contratante⁶⁶. Así, el Despacho encontró evidencia de que la participación conjunta de los cuatro investigados en este caso ya había tenido lugar en el

⁶⁶ Se debe resaltar que, según la información obrante en el Expediente, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** identificaba a la empresa **GPR** y a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** como un solo equipo, y no hacía distinción alguna entre la sociedad y sus socios. Esto está soportado con las declaraciones hechas por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, obrantes en el folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 1:30:09).

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

proceso de selección OPC 003-2014 del FONADE, en donde participaron todos los investigados en este proceso, por medio de dos consorcios conformados exactamente de la misma forma como están conformados los consorcios OBRAS 2014 y EDIFICACIONES 2014 en el proceso MCO 005-2014 del FONADE.

De esta forma, este Despacho encuentra demostrado que entre **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC**, por un lado, y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, por el otro, ha existido un actuar conjunto y coordinado por medio del cual los primeros acreditan la experiencia de la cual carecen los últimos para la participación y presentación de propuestas económicas en los procesos de selección de su interés.

Ahora bien, en lo que respecta al caso objeto de la presente actuación, este Despacho advierte que se aportaron y recolectaron las suficientes pruebas que permiten establecer que **AJUSTEC** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** efectivamente participaron en el proceso objeto de esta investigación en el marco del acuerdo anteriormente explicado, aportando las respectivas certificaciones sobre su experiencia y suscribiendo los documentos necesarios para cumplir con los requisitos habilitantes del proceso MCO 005-2014 del FONADE. A su vez, quedó demostrado que en caso de resultar adjudicatario alguno de los consorcios en los que participaban **AJUSTEC** o **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, a la hora de adelantar las funciones en la etapa de ejecución del contrato, serían **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** quienes adelantarían todas las funciones, sin la intervención de **AJUSTEC** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**.

Sobre lo anterior, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** manifestó:

"DELEGATURA: ¿Cuál era el interés de AJUSTEC para presentarse en este proceso MCO-005-2014?"

***NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ:** Ninguno. No les interesa el proyecto. Por eso fue que nos dan tanta, o sea, yo lo vi viable para mí, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** como ingeniero civil para desarrollar mi profesión lo vi viable. A **AJUSTEC INGENIERÍA** no le sirve porque ellos tienen otros negocios, pues obviamente de pronto más grandes que lo que posiblemente yo aspiraba en ese momento poder presentar. Pero no les interesa para nada, por eso es que ellos me dan la potestad a mí, de realizar un tipo de proyectos como estos, y me dan plena autonomía de poderlo ejecutar en caso de que salga adjudicado.*

DELEGATURA: Si no tienen interés, ¿cuál es la utilidad para AJUSTEC de participar en este proceso en consorcio o unión temporal con usted?"

***NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ:** Simplemente yo le solicité el favor, de que nos prestara o me prestara la experiencia a mí, para yo obviamente, o sea, en este proceso de ingeniería civil uno tiene que acceder a las personas para que le presten la experiencia para poder adquirir la experiencia. ¿Sí? Entonces, ellos tienen su experiencia, para mí es fácil decirle, ¿será que ustedes me pueden facilitar su experiencia para yo poder comenzar a coger experiencia en ese determinado proyecto, o en esa determinada área? Entonces, ellos no tienen problema de prestarme la experiencia en ese determinado momento. Pero a ellos no les interesa, ni desarrollar el proyecto.*

DELEGATURA: ¿En la parte de la ejecución tienen participación?"

***NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ:** No, para nada. La ejecución la realizamos, la realizo yo⁶⁷.*

Las anteriores declaraciones de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** fueron ratificadas por **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC**. Así, el primero manifestó que si bien había llegado a un acuerdo con **GPR**, éste se limitaba exclusivamente al compromiso de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** de presentarse en los procesos de selección con la empresa cuando se cumplieran los requisitos necesarios para ello, caso en el cual se limitaría a prestar su experiencia, por medio de la acreditación correspondiente. Por su parte, **GPR** y sus accionistas se comprometían a elaborar las propuestas económicas a presentar y a ejecutar el contrato en caso de resultar adjudicatarios.

⁶⁷ Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente (minuto 1:57:07).

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

En su escrito de descargos **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** manifestó:

*"Como parte del acuerdo mencionado, el suscrito colocaba a disposición del Consorcio proponente su experiencia y **GPR** corría con la ejecución de la propuesta, teniendo plena autonomía de presentar una propuesta lógica y siguiendo los parámetros de las Entidades Contratantes"*⁶⁸.

En igual sentido se manifestó en sus observaciones al Informe Motivado presentado por la Delegatura, al mencionar que:

*"Como parte del acuerdo mencionado, el suscrito **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** colocaba a disposición del Consorcio proponente su experiencia y **GPR** corría con la ejecución de las propuestas; teniendo plena autonomía de presentar una propuesta lógica y siguiendo los parámetros de las Entidades Contratantes (...)"*⁶⁹.

Así, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** manifestó que en el marco del acuerdo llegado con **GPR**, su función frente a las propuestas económicas elaboradas por los accionistas de **GPR** consistía simplemente en verificar los requisitos exigidos dentro del respectivo proceso de selección, sin hacer ningún otro tipo de control de fondo sobre la propuesta⁷⁰. Lo anterior fue lo que ocurrió efectivamente en el proceso MCO 005-2014 del **FONADE**.

Por su parte, la empresa **AJUSTEC**, manifestó en sus descargos lo siguiente:

*"Sin embargo, desde un principio el interés de **AJUSTEC** y de **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ**, actuando como representante legal de ambas, únicamente era el de recibir una utilidad sin necesidad de intervenir en la ejecución de un posible contrato, como lo habían establecido con el señor **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, prestar o ceder la experiencia de **AJUSTEC** para poder participar en el proceso de selección. (...)"*⁷¹.

En este sentido, tanto la empresa **AJUSTEC** como **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** reconocieron su participación en los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014**, sin embargo, aseguraron que su labor se limitó al aporte de experiencia y a suscribir los documentos necesarios para cumplir los requisitos habilitantes, sin estar interesados en el proyecto ni en la ejecución del mismo, y desconociendo cualquier acuerdo de participación conjunta entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**.

De esta forma, para el Despacho queda en evidencia la existencia de una relación previa entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** con **AJUSTEC** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, la cual sumada al resto del acervo probatorio permite concluir que **AJUSTEC** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** hacían parte del acuerdo colusorio investigado y sancionado en la presente actuación administrativa.

(ii) La responsabilidad de HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ y AJUSTEC como miembros de los consorcios OBRAS 2014 y EDIFICACIONES 2014

Ahora bien, contrario a lo argumentado por los investigados, la Delegatura en su Informe Motivado manifestó que efectivamente sí es posible llegar a la conclusión que, a pesar de tener una participación pasiva en el proceso de elaboración de las propuestas económicas, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y la empresa **AJUSTEC** "sabían perfectamente de la dinámica en la que se habían involucrado y de sus propósitos, así como de su papel en ese sistema".

La Delegatura llegó a dicha conclusión, luego del análisis de tres elementos que consideró suficientes para demostrar lo anterior:

1. La participación de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y la empresa **AJUSTEC** fue indispensable para que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO**

⁶⁸ Folio 841 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁶⁹ Folio 1148 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁷⁰ *Ibidem*.

⁷¹ Folio 841 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

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

RESTREPO ATUESTA pudieran participar en el proceso de selección MCO 005-2014 y para la configuración del acuerdo anticompetitivo;

- HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y la empresa **AJUSTEC** participaron junto a **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** en anteriores procesos de selección bajo el mismo esquema y conformando consorcios con la misma estructura de los consorcios conformados en el proceso de selección objeto del presente caso. Para la Delegatura, bajo este supuesto, no es posible afirmar que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y la empresa **AJUSTEC** "de verdad ignorarán por completo que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** (...) tomaban parte en procesos de selección de manera coordinada para efectos de incrementar su probabilidad de victoria".
- En caso que alguno de los consorcios en los que participaban los investigados hubiera quedado elegido, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** o **AJSUTEC** habrían recibido la remuneración pactada en el documento de conformación del respectivo consorcio.

Al respecto, este Despacho reconoce que los elementos establecidos por la Delegatura pueden efectivamente ser indicios de que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y la empresa **AJUSTEC** conocían de los comportamientos de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, este Despacho pone de presente un punto adicional, que llevará a la conclusión de que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC**, al haber participado en el proceso de selección MCO 005-2014 como miembros de los consorcios involucrados en la presente investigación, deben también ser considerados responsables de la ejecución del acuerdo en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En efecto, en primer lugar debe resaltarse que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC**, independientemente de cual fuera su intención o propósito a la hora de participar en el proceso de selección objeto de investigación, de manera expresa aceptaron participar en el proceso de selección MCO 005-2014 junto con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** a través de la figura de consorcios, la cual se encuentra ampliamente regulada en el ordenamiento jurídico nacional.

Así, este Despacho encuentra importante mencionar y resaltar que los consorcios son una figura existente en el ordenamiento jurídico colombiano, que carece de personería jurídica, por lo cual sus miembros mantienen su individualidad y responsabilidad solidaria durante todo el proceso de selección, viéndose directamente afectados por las acciones adelantadas por el consorcio. Así, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

"Como se desprende de la norma recién citada, en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, no hay una participación accionaria o de cuotas de interés social por parte de sus integrantes, pues éstos no configuran un capital social sino que se unen, con su capacidad económica y técnica y su experiencia para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad estatal, asumiendo responsabilidad solidaria ante ésta.

No hay propiamente aportes de dinero, trabajos o bienes con la finalidad de constituir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, know-how, maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo.

El consorcio o la unión temporal no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad"⁷².

⁷² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Rad. No. 1513.

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

De esta forma, se entiende que el consorcio es una figura asociativa utilizada por contratistas que deciden juntar esfuerzos para presentar propuestas económicas en los diferentes procesos de selección adelantados por las entidades nacionales y ejecutar los contratos adjudicados, pero sin perder su individualidad frente a las propuestas presentadas y frente a las entidades contratantes.

En el mismo sentido, es importante mencionar que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 establece que por medio de los consorcios, dos o más personas en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones que se deriven de dicha conducta. Por esta razón, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato mismo, afectarán a todos los miembros que conforman el consorcio⁷³.

Sobre lo anterior, el Consejo de Estado también ha manifestado que:

*"La celebración de contrato estatal con un consorcio, está previsto por el Estatuto de Contratación cuando dos o más personas, naturales o jurídicas, (nacionales – públicas o privadas – o extranjeras) en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato. **En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que lo conforman (art. 7°, Ley 80 de 1993)**"⁷⁴.*

En este orden de ideas, este Despacho resalta el hecho mencionado reiteradamente, respecto a que los consorcios carecen de personería jurídica, por lo cual los miembros del mismo conservan plena individualidad y estarán afectados por las acciones que realice el consorcio. En este sentido, las normas vigentes sobre la materia disponen que la conformación de un consorcio para presentar una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, comporta la responsabilidad solidaria de sus integrantes por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato.

Adicionalmente, la preparación y presentación de una propuesta económica implica obligaciones a cargo del consorcio oferente y de sus integrantes, de cumplir con las normas y principios que rigen los procesos de contratación estatal, como lo son los principios de legalidad y buena fe. En este sentido, el Consejo de Estado ha manifestado que los interesados en contratar con el Estado, deben proceder con un actuar diligente, prudente y de buena fe durante toda la etapa pre y post contractual⁷⁵.

En virtud de lo anterior, y bajo las normas y la jurisprudencia anteriormente mencionadas, este Despacho encuentra suficientes elementos que demuestran que los integrantes del consorcio, individualmente considerados, están obligados a responder por el contenido de la propuesta económica presentada por el consorcio del cual hacen parte, y por tanto, por la comisión de cualquier conducta ilegal y anticompetitiva como la investigada en el presente proceso.

Por estas razones, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y la empresa **AJUSTEC** están obligados a responder por el contenido de la propuesta económica presentada por el consorcio del cual hacían parte en el proceso de selección MCO 005-2014, y por tanto, responder por la conducta anticompetitiva que comportaban dichas propuestas, siendo de esta forma responsables por la comisión de la conducta establecida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, y adicionalmente, este Despacho considera que no puede perderse de vista que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** no era únicamente miembro del consorcio **OBRAS 2014**, ni que se limitó exclusivamente a aportar su experiencia para cumplir el requisito habilitante para participar en el proceso MCO 005-2014. Por el contrario, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** era representante del mencionado consorcio, tal y como quedó establecido en el documento de conformación que obra en el Expediente.

Este elemento, que en opinión del Despacho ha sido pasado por alto inexplicablemente por el investigado en sus comentarios al Informe Motivado, es por el contrario de alta importancia, pues

⁷³ Ley 80 de 1993. Artículo 7. – De los Consorcios y Uniones Temporales.

⁷⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 enero de 1997.

⁷⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contenciosos Administrativo. Sentencia del julio 28 de 2011. Rad. No. 1999-00040.

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

aumenta de manera significativa la obligación de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** de tener un comportamiento diligente durante todas las etapas del proceso, y mostrar un actuar de buena fe y honradez ante la entidad con la que estaba contratando.

Como puede verse en la imagen a continuación, en el documento de conformación del consorcio **OBRAS 2014** que fue aportado al proceso licitatorio, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** fue nombrado como representante del consorcio, facultado para "firmar, presentar la propuesta y, en caso de salir favorecidos con la adjudicación del contrato, firmarlo y tomar todas las determinaciones que fueren necesarias respecto de su ejecución y liquidación".

Imagen No. 6. Documento de Conformación de Consorcio OBRAS 2014 en el proceso de selección No. MCO 005-2014

MODELO DE INFORMACIÓN DE CONFORMACIÓN DE CONSORCIO

Señores
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE
Bogotá, D.C.

REFERENCIA: **CONTRATACIÓN MÍNIMA CUANTÍA MCO-005-2014**

Los señores, **MARTIN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, debidamente autorizados para actuar en nombre y representación de **MARTIN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, con domicilio en la calle 106 No. 54-93 Of 708 en la ciudad de Bogotá, identificado con NIT 72005111-4, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** en nombre propio con domicilio en la Av. Carrera 45 No 103-34 Oficina 502 con NIT 19.260.302-3, respectivamente, manifestamos por este documento, que hemos convenido acordarnos en **CONSORCIO**, para participar en la **CONTRATACIÓN MÍNIMA CUANTÍA MCO-005-2014**, cuyo objeto es contratar la "LA TERMINACIÓN AULA ESCOLAR EN LA VEREDA EL CHOCO EN EL MUNICIPIO DE COCORNA - ANTIOQUIA", y por lo tanto, expresamos lo siguiente:

1. La duración del consorcio no podrá ser inferior al lapso comprendido entre la fecha de entrega de la propuesta y un (1) año después de finalizado el contrato objeto del presente proceso de selección.
2. El Consorcio está integrado por:

NOMBRE	PARTICIPACIÓN (%) (1)
MARTIN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA	40%
HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ	60%

(1) El total de la columna, es decir la suma de los porcentajes de participación de los integrantes, debe ser igual al 100%.
3. El Consorcio se denomina **CONSORCIO OBRAS 2014**
4. La responsabilidad de los integrantes del Consorcio es solidaria.
5. Los integrantes del Consorcio Autorizan como representante del Consorcio al Ingeniero **MARTIN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, identificado con C.C. 19.260.302 de Bogotá de, quien está expresamente facultado para firmar, presentar la propuesta y, en caso de salir favorecidos con la adjudicación del contrato, firmarlo y tomar todas las determinaciones que fueren necesarias respecto de su ejecución y liquidación, con amplias y suficientes facultades y como su suplente a **MARTIN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, identificado con C.C. 72.005.111 de Barranquilla, quien tendrá las mismas facultades del representante legal en su ausencia.

Fuente: Folio 13 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

Por este motivo, el Despacho considera que no hay lugar a la afirmación del investigado en sus comentarios al Informe Motivado en donde manifiesta que no solo no conocía sobre las conductas anticompetitivas de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, sino que, según su dicho, se "salía de su control" conocerlos.

Para el Despacho, esa afirmación no tiene cabida en este caso, pues la obligación de diligencia de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** era doble. Por un lado, por su calidad de miembro del consorcio, responsable solidariamente por todas las actuaciones del mismo como quedo establecido. Y por el otro lado, por su calidad de representante del consorcio, en virtud de la cual firmaría el acuerdo resultante del proceso de selección con la entidad estatal en caso de ser adjudicatario del mismo. Esta última función, implicaba sin lugar a dudas el ejercicio de las funciones con estricto cumplimiento del deber de buena fe y mostrando un actuar honrado frente a la entidad contratante.

De esta forma, para el Despacho un desconocimiento por parte de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** se traduciría en un actuar deshonesto y de mala fe ante la entidad contratante, pues sin lugar a dudas lo mínimo que debería esperar una entidad estatal de una persona con la que tiene la posibilidad de firmar un contrato es que esta última haya tenido un comportamiento leal y honesto en el proceso licitatorio, teniendo pleno conocimiento del contenido de la propuesta y documentos presentados, habiendo realizado una supervisión detallada al proceso de elaboración de la

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

propuesta económica y demás documentos, evitando cualquier contacto con sus competidores y cumpliendo toda la normatividad que regula el proceso de selección objeto del presente caso.

Ahora bien, aunque este Despacho reconoce que no le corresponde, y no son sus funciones, sancionar la violación al principio de la buena fe en el proceso de contratación estatal, por el contrario sí le corresponde manifestar que el comportamiento negligente de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** no puede ser utilizado como justificación de su responsabilidad bajo las normas de libre competencia, cuya aplicación es facultad de este Despacho.

Así las cosas, dada la naturaleza de la figura asociativa del consorcio y las obligaciones adquiridas por **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC**, no hay duda de que estos últimos conocían, o en su defecto, debieron haber conocido suficientemente la propuesta económica y demás documentos presentados ante el FONADE, y debieron, como mínimo, haberse asegurado que su participación en el proceso de selección MCO 005-2014 no estuviera enmarcada en un sistema de cooperación y coordinación como el que se presentó en el presente caso.

Así las cosas, este Despacho considera que además de **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** son responsables de la colusión que se demostró en el proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE**, en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

8.5.6. Análisis económico del comportamiento de los investigados

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

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

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

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

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

Si bien la transparencia de la información no resultaba por sí misma en una ventaja única para los investigados, lo cierto es que dicha reducción en la incertidumbre de sus decisiones sumada a un comportamiento cooperativo entre los mismos, sí resultó en un escenario idóneo para que los

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

investigados aumentarían la probabilidad de que alguno de ellos resultara adjudicatario del proceso, tal y como lo demostró la Delegatura haciendo uso de modelos matemáticos de simulación de variables aleatorias.

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

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

Así las cosas, para esta Superintendencia es claro que el comportamiento de los investigados, además de ser sistemático, resultó idóneo para aumentar las probabilidades de resultar adjudicatarios mediante la presentación de ofertas que les permitieran actuar como competidores cuando en realidad no lo eran

8.5.7. Conclusiones del Despacho sobre la conducta de los investigados

En virtud de lo expuesto, este Despacho concluye que en el presente caso hay suficientes elementos de prueba que demuestran que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** coludieron en el proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE**, luego de tener en cuenta lo siguiente:

- Se probó a lo largo del proceso la existencia de un número considerable de elementos indiciarios que permitieron inferir la existencia de un acuerdo colusorio entre los miembros de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** en el proceso de selección MCO 005-2014 y justificaron la apertura de la presente investigación. Dichos elementos consisten, entre otros, en la presencia de similitudes inexplicables en las propuestas presentadas por los mencionados consorcios, lo cual ha sido entendido por esta Entidad, y por las diferentes autoridades y doctrinantes en la materia a nivel internacional, como elementos indiciarios de la existencia de un acuerdo colusorio sancionable a la luz de las normas de libre competencia.
- Este Despacho encontró prueba suficiente de que los investigados **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** tienen una relación de vieja data, y que desde hace varios años vienen participando en procesos de selección por medio de diferentes consorcios, aparentando ser competidores sin serlo en realidad. Como se vio a lo largo de este documento, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** son socios y únicos accionistas de la sociedad **GPR**, y han establecido una mecánica de trabajo, la cual consiste en que se apoyan mutuamente a la hora de escoger los procesos de selección y preparar los documentos necesarios para presentar las ofertas económicas. Quedó demostrado igualmente que dicha mecánica de trabajo es aplicada de idéntica forma en las ocasiones en que deciden participar en procesos de selección de manera independiente y como aparentes competidores.
- Se encuentra ampliamente demostrado que los investigados se valen de un mismo personal y herramientas de trabajo a la hora de preparar y presentar las propuestas económicas, y en caso de resultar adjudicatario alguno de los investigados de alguno de los procesos de selección en los que participan de manera independiente, dicho investigado reserva un monto de dinero destinado exclusivamente a subcontratar los servicios del otro, resultando ambos beneficiados del contrato adjudicado. Existen elementos de prueba suficientes que demuestran que este sistema de cooperación fue puesto en marcha en el proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE**, objeto de la presente investigación.

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

- Para perfeccionar la mecánica anteriormente descrita entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, estos se valen de la experiencia de los terceros con los que conforman los consorcios utilizados como vehículos para participar en los diferentes procesos. En este orden de ideas, el Despacho encuentra ampliamente soportado que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y la empresa **AJUSTEC** participaron en diferentes procesos con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, aportándoles su experiencia y suscribiendo los documentos para participar, incluyendo el proceso de selección MCO 005-2014 del **FONADE**.
- **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y la empresa **AJUSTEC** son igualmente responsables de la conducta anticompetitiva, teniendo en cuenta su calidad de miembros de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, lo cual los hace solidariamente responsables por todos los hechos y omisiones de dichos consorcios durante la presentación de las propuestas económicas. De igual forma, teniendo en cuenta la obligación que genera la responsabilidad solidaria de verificar que los consorcios por medio de los cuales estaban participando en el proceso MCO 005-2014 del **FONADE** no estuvieran realizando un actuar anticompetitivo, este Despacho considera que el argumento de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** sobre el desconocimiento de la conducta, evidencia un actuar negligente que de ninguna manera puede exonerarlos de su responsabilidad.
- Este Despacho acogió el análisis económico hecho por la Delegatura por medio del cual quedó demostrada la idoneidad de la conducta de los investigados de afectar la libre competencia en el proceso de selección MCO 005-2014, independientemente del resultado final de dicho proceso de selección. Como fue demostrado, el actuar conjunto y coordinado de los investigados tuvo como resultado aumentar su probabilidad de éxito en el proceso de selección, lo cual demuestra la potencialidad de la conducta de afectar el mercado.
- Desde la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura obtuvo la confesión por parte de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** de haber elaborado él mismo las propuestas económicas presentadas por los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** en el marco del proceso de selección objeto del presente proceso, lo cual comporta que las propuestas económicas presentadas por dos competidores en un proceso de selección sean elaboradas conjuntamente por uno de los competidores.

Este Despacho recuerda que lo que es reprochable desde el punto de vista de las normas de la libre competencia es que los agentes que participan en un proceso de selección coordinen su comportamiento, defraudando los intereses del Estado y las expectativas legítimas de los demás proponentes que participan de manera autónoma y transparente en el proceso. Por este motivo, este Despacho concluye que la conducta de los investigados en el presente caso debe ser castigada y considerarse anticompetitiva a la luz del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

8.5.8. Sobre la violación al Artículo 1 de la Ley 155 de 1959

El Despacho procede a manifestarse con respecto a la posible infracción por parte de los investigados de la denominada prohibición general, establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, toda vez que la misma fue imputada en la Resolución de Apertura al inicio de esta investigación.

Al respecto, este Despacho considera, como ha sido reiteradamente la posición de esta Superintendencia, que cuando se evidencia que un investigado vulnera lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 relativo a la colusión en procesos de contratación pública, necesariamente también hace lo propio con la prohibición general dispuesta en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En efecto, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la competencia en un mercado⁷⁶. De esta manera, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las

⁷⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

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

incorpora.

En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

En resumen, cuando una conducta se encuadra dentro de las prácticas restrictivas de la competencia previstas en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, también se encuadraría en lo dispuesto por la prohibición general, teniendo en cuenta que esta abarca todos los procedimientos, prácticas o sistemas que limiten la competencia, sin excluir los expresamente descritos por la ley. Sin embargo, lo anterior no significa que una violación a la prohibición general también implique automáticamente la violación de una de las prácticas consideradas como anticompetitivas por el Decreto 2153 de 1992, toda vez que una práctica puede tender a limitar la libre competencia pero estar enlistada en las conductas anticompetitivas del Decreto 2153 de 1992⁷⁷.

Por lo anterior, este Despacho considera que, al estar probado dentro del Expediente que los investigados infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, también infringieron lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

NOVENO: Que una vez acreditada la infracción imputada, el Despacho procederá a determinar la responsabilidad individual de los investigados.

9.1. Responsabilidad agentes de mercado

El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

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

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...)"

Así mismo, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones,

⁷⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 91235 de 2015.

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

el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías.

(...)"

9.1.1. Responsabilidad de NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ y MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA

Del material probatorio que obra en el Expediente, y que fue puesto de presente en esta Resolución, este Despacho encuentra plenamente demostrado que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** incurrieron en el acuerdo anticompetitivo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al implementar directamente y a través de los consorcios que integraron –como agentes del mercado–, un esquema de colaboración y coordinación el cual aplicaron en el proceso de selección MCO 005-2014 del FONADE, que abarcó la conformación de los consorcios con los que participaron en el mencionado proceso y la estructuración de las ofertas con las que compitieron.

Con su comportamiento, estos investigados violaron los principios que regían el proceso de selección referido, al aparentar competencia mediante consorcios que, antes que realmente competir, actuaban de manera conjunta, coordinada y predeterminada. Se destaca que este actuar coordinado entre los investigados se enmarca en un sistema de colaboración que emplearon sistemáticamente durante un tiempo considerable, y que incluía una distribución de funciones entre los investigados de conformidad con su experiencia, utilización de recursos compartidos, la vinculación de terceros para poder cumplir los requisitos habilitantes y poder efectivamente participar en los diferentes procesos de selección y, finalmente, el planteamiento de una estrategia que buscaba incrementar la probabilidad de éxito de alguno de los investigados en el respectivo proceso. Finalmente, en caso que alguno de los investigados fuera adjudicatario del contrato resultante del proceso de selección, subcontrataría el trabajo del investigado que no resultara ganador, desarrollando ambas funciones durante la ejecución del respectivo contrato. De esta forma, en cualquier escenario, los dos investigados se verían favorecidos.

La estrategia utilizada, consistía en promover la presentación de más de una oferta económica en los procesos de selección en los que los investigados decidieran participar, estableciendo en las mencionadas propuestas contenidos que incrementarían su probabilidad de éxito, como fue explicado en esta Resolución.

Adicionalmente, este Despacho pone de presente la sanción procesal que fue impuesta por la Delegatura a los investigados consistente en aplicar los artículos 267 y 268 del Código General del Proceso y el artículo 67 del Código de Comercio, por medio de la cual se tiene por cierto el hecho de que la relación existente entre **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** se extiende a la determinación coordinada de los contenidos sustanciales de las ofertas económicas presentadas por estos últimos en los diferentes procesos de selección y a la participación conjunta en la ejecución de los contratos en los que cualquiera de esas personas resultara adjudicataria, con lo que reúnen los elementos de configuración del acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por todo lo anterior, este Despacho encuentra que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** adelantaron una conducta constitutiva de un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica, previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y por lo tanto deben ser declarados responsables a la luz del ordenamiento nacional.

9.1.2. Responsabilidad de HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ y AJUSTEC

Del material probatorio que obra en el Expediente, y que fue puesto de presente en esta Resolución, este Despacho encuentra plenamente demostrado que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC**, incurrieron de igual forma en el acuerdo anticompetitivo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al participar del esquema de colaboración y coordinación en el proceso de selección MCO 005-2014 del FONADE adelantado por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**.

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

En este sentido, lo primero que hay que poner de presente es que quedó ampliamente demostrado que la función de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** en los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** se limitó a aportar su experiencia y suscribir los documentos necesarios con el fin de cumplir con los requisitos habilitantes que permitirían a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** participar en los respectivos procesos de selección. Una vez garantizada la participación, serían **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** los encargados de adelantar todas las funciones tendientes a la preparación y presentación de las ofertas económicas, y posteriormente a la ejecución del contrato en caso de resultar alguno de los consorcios adjudicatario. Así, el único interés que quedó demostrado tenían **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** de participar en los procesos, era el de recibir las utilidades pactadas en caso de que el consorcio en el que participaran resultara adjudicatario del contrato en cuestión.

Ahora bien este Despacho encuentra que en virtud de su calidad de miembros de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** son responsables solidarios sobre las propuestas presentadas en el proceso de selección MCO 005-2014. De igual forma, son responsables de cualquier actuación, hecho y omisión que presente el consorcio del cual son miembros en desarrollo de la propuesta.

Por todo lo anterior, y luego de haber evaluado detenidamente el expediente, este Despacho encuentra que **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** y **AJUSTEC** adelantaron una conducta constitutiva de un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica, previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y por lo tanto deben ser declarados responsables a la luz del ordenamiento nacional.

9.2. Responsabilidad de las personas naturales no agentes de mercado

9.2.1. Responsabilidad de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**

En la Resolución de Apertura fue imputado a **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, por un lado, el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, lo cual ya fue abordado anteriormente.

Pero por el otro lado, se le imputó haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en su condición de persona natural por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos restrictivos que se imputaron a los agentes de mercado.

Sin embargo, este Despacho decide acoger la recomendación hecha por la Delegatura con respecto a archivar la investigación con respecto a esta segunda imputación, es decir la relacionada con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, toda vez que en el Expediente solo se encontraron pruebas que sustentaron la actuación de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** como agente de mercado, más no como persona natural facilitadora de la conducta.

Por este motivo, este Despacho considera que no hay mérito para declarar responsable a **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ** con fundamento en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

9.2.2. Responsabilidad de **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** en calidad de representante legal de **AJUSTEC**

El Despacho encontró probado que **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA**, en su calidad de representante legal de la sociedad **AJUSTEC**, promovió la participación de esta sociedad en el sistema de colaboración y cooperación objeto de este proceso.

Así, **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** fue quien vinculó a la sociedad que representa con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, suministró toda la documentación necesaria para hacer viable la participación del consorcio **EDIFICACIONES 2014** en el proceso MCO 005-2014 del **FONADE**, negoció la remuneración y ejerció como representante del consorcio en cuestión durante el proceso.

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

Además de lo anterior, este Despacho encuentra que como representante legal de **AJUSTEC** y representante del consorcio **EDIFICACIONES 2014, OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** tenía toda la capacidad, y obligación, de tener pleno conocimiento sobre la práctica restrictiva en cuestión, sin embargo, al igual que fue expresado con **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, la negligencia mostrada por **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** permitió que la mencionada práctica restrictiva se materializara.

Finalmente, como se mencionó anteriormente, este Despacho no olvida que **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** se abstuvo de atender debidamente la presente actuación administrativa, incumpliendo a todos los requerimientos hechos por la Entidad, no compareció a la audiencia del Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, convocada por la Delegatura y no presentó comentario alguno al Informe Motivado. Por estos motivos, esta conducta será tomada como un indicio en contra de la investigada **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA**.

Por lo anterior, se encuentra mérito suficiente para declarar responsable a **OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA** en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, teniendo en cuenta que con su conducta toleró y facilitó la conducta investigada en la presente actuación administrativa, consistente en la conformación de consorcios, o diferentes figuras asociativas, entre la empresa que representa, **AJUSTEC** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, con el objeto de participar en diferentes procesos de selección de manera coordinada con otros consorcios, aumentando su probabilidad de éxito en los mencionados procesos de selección.

DÉCIMO: Consideraciones del Despacho en relación con los argumentos presentados por los investigados

Frente a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados, a continuación este Despacho abordará los argumentos que no hayan sido respondidos en consideraciones anteriores.

10.1. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con el objeto del acuerdo y la falta de intención de los investigados

Algunos de los investigados, específicamente **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, manifestaron en sus observaciones al Informe Motivado que no deben ser sancionados por esta Entidad debido que en su actuar nunca tuvieron la intención de violar las normas de libre competencia en Colombia, y que por tanto, no puede hablarse de la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Según los investigados, siempre actuaron de buena fe, a pesar de que la Superintendencia presumió en todo momento lo contrario, sin presentar pruebas contundentes sobre la presencia de una intención que permita concluir la existencia de un acuerdo entre los competidores.

Al respecto, el Despacho encuentra pertinente recordar que el régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado.

Así, en la Resolución No. 103652 de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó lo siguiente:

*"Sobre este particular, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos modalidades en las que se puede presentar una conducta anticompetitiva. Por una parte, están los acuerdos que tengan **por objeto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización** y, por la otra, aquellos acuerdos que tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización"* (Subraya y negrilla fuera de texto).

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

*"Así, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de un conducta anticompetitiva **por objeto**, y que ella tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla **por objeto**"* (Subraya y negrilla fuera de texto).

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

Hay que resaltar de igual forma que esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia y doctrina internacional experta en la materia. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*, manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en *"determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia"*⁷⁸, razón por la cual no es necesario examinar las intenciones subjetivas de las partes, así como tampoco es relevante el análisis sobre el conocimiento del infractor de estar cometiendo una conducta violatoria del régimen de competencia⁷⁹.

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

Al respecto, el Consejo de Estado afirmó, en un caso anterior de acuerdo de precios, que la intención de las partes era irrelevante a la hora de analizar la conducta anticompetitiva por objeto. Así, el alto Tribunal manifestó que:

*"No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste **tuviera por objeto** o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"*⁸⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así, queda en evidencia que en Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Aplicado lo anterior al caso concreto, en primer lugar es importante mencionar que el sistema de cooperación y coordinación existente y utilizado por los investigados, sin duda alguna tuvo la potencialidad, **idoneidad** y suficiencia para afectar el proceso de libre competencia en el proceso de selección No. MCO 005-2014 del FONADE. Como quedó explicado anteriormente, la conducta desplegada por los investigados sin duda alguna tuvo la capacidad para, por un lado, aumentar la probabilidad de éxito de los investigados en el proceso mencionado (independientemente de si resultaron adjudicatarios o no del contrato), y por el otro, aumentar el riesgo de defraudar al Estado con un proceso de contratación poco competitivo.

⁷⁸ Corte de Justicia Europea, Caso C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637. Para. 17.

⁷⁹ Bailey, David. *Common Market Law Review, Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600, 2012. UK. P. 578.

⁸⁰ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010.

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

Así las cosas, con respecto a la defensa de los investigados, si bien estos últimos podían no tener la intención o propósito subjetivo de coludirse en el proceso de licitación en cuestión, este Despacho debe mencionar que lo anterior es irrelevante para el caso en concreto, pues como se explicó de manera detallada, al determinar la existencia de un acuerdo con el objeto, la potencialidad, la capacidad y la idoneidad de afectar el mercado, los aspectos subjetivos, como la intención de los investigados, no deben ser tenidos en cuenta para determinar la ilicitud de la conducta.

Por esta razón, el Despacho no encuentra sustento en la defensa de los investigados respecto a la falta de pruebas sobre su intención y su constante actuar de buena fe durante el proceso licitatorio, y por el contrario, encuentra completamente probado la existencia de un acuerdo que tenía **por objeto** la colusión en licitaciones públicas, violando así el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

10.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con los efectos de la conducta

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA y HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ manifestaron en sus comentarios al Informe Motivado que no existe prueba del daño causado a la entidad contratante o a alguno de los otros proponentes, razón por la cual no puede hablarse de la existencia de un ilícito. Al respecto, este Despacho debe manifestar lo siguiente:

Como quedó establecido desde la Resolución de Apertura, la imputación formulada por esta Entidad a los investigados consistió en la violación del numeral 9 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la existencia de un acuerdo que tenía **por objeto** la colusión en licitaciones públicas.

Así, y como este Despacho lo manifestó en el apartado anterior, el régimen de competencia en Colombia diferencia entre las conductas anticompetitivas por su efecto y las conductas anticompetitivas por objeto, como es el caso de las colusiones en licitaciones públicas.

De esta forma, es preciso anotar en este punto que, el hecho de que este tipo de conductas sean reprochables "por objeto", quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. En otras palabras, la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual no es cierto que la Autoridad deba entrar a verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

Lo anterior tiene sustento en la doctrina internacional especializada, la cual ha reconocido que si una conducta tiene, por su objeto, la potencialidad, idoneidad y capacidad de afectar la libre competencia, no hay necesidad que la autoridad de competencia se desgaste haciendo un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta⁸¹.

De igual forma, en el ámbito local, esta entidad ha establecido en varias ocasiones que sobre las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no es necesario entrar a analizar sus efectos. Así, en Resolución No. 103652 de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que:

*"Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que **Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado**"⁸². (Subraya y negrilla fuera de texto).*

De esta forma, este Despacho encuentra que la defensa de los investigados desconoce por completo que en el supuesto de un acuerdo anticompetitivo **por objeto**, solo será necesario probar la efectiva existencia del mismo para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de libre

⁸¹ Bailey, David. Common Market Law Review, *Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600, 2012. UK. Pp. 566-567.

⁸² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 103652 de 2015.

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

competencia en Colombia⁸³. Por este motivo, no es de ninguna manera necesario que la Autoridad, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, tenga que demostrar los efectos de dicho acuerdo en el mercado⁸⁴.

Así las cosas, este Despacho encuentra que no puede aceptarse el argumento planteado por los investigados sobre la necesidad de analizar los efectos reales de su conducta en el proceso licitatorio MCO 005-2014 del FONADE para determinar la existencia de una conducta anticompetitiva, y que, por el contrario, la Delegatura presentó pruebas suficientes que demuestran que la conducta investigada en este caso tenía efectivamente el objeto de coludirse en el proceso licitatorio, afectando su desarrollo como un proceso libremente competitivo.

10.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la falta de conocimiento de MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA respecto a la participación conjunta y coordinada en diferentes procesos de selección

En sus comentarios al Informe Motivado, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó que la Delegatura desconoció que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, bajo gravedad de juramento, declaró que en efecto había desconocimiento por parte de los demás investigados de la presentación de una segunda propuesta en el proceso MCO 005-2014 por parte del consorcio conformado por él y **AJUSTEC**.

Al respecto hay que mencionar que en la declaración rendida por **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** durante la etapa de investigación⁸⁵, éste manifestó que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** solo tuvo conocimiento al momento de ser notificados de la Resolución de Apertura del presente proceso que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se encontraba participando de igual manera en el proceso MCO 005-2014, por medio de un consorcio diferente⁸⁶.

Sin embargo, este Despacho encuentra importante advertir que las pruebas obrantes en el Expediente, permiten demostrar que, contrario a lo manifestado por los investigados, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** sí tenía conocimiento desde antes de la Resolución de Apertura de la presente investigación que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se encontraba participando en el proceso MCO 005-2014 a través de otro consorcio.

De esta forma, se procede a presentar los elementos utilizados por el Despacho para llegar a la anterior conclusión:

En primer lugar, el Despacho reitera que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** son, como ellos mismos lo manifestaron durante la etapa de investigación, amigos y socios, accionistas de la sociedad **GPR**, por medio de la cual también participan en procesos de licitación. Por este motivo, este Despacho encuentra razonable pensar que existe una gran y constante comunicación entre ellos, que les permite estar al tanto de los procesos de selección en los que tienen interés de participar.

Adicionalmente, y como lo aceptaron en sus declaraciones rendidas ante la Entidad, estos investigados tenían institucionalizado un sistema de cooperación que consistía en que, sin importar si se presentaban en un proceso de selección como personas naturales independientes o conjuntamente como **GPR**, **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** elaboraba las propuestas económicas a presentar y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** hacía el análisis técnico previo que era necesario. Además de esto, se encontraron pruebas suficientes que demuestran que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** operaban desde una misma sede y compartían personal de trabajo que les ayudaba con el montaje de las propuestas. De esta forma, y teniendo en cuenta esta división de trabajo estrictamente

⁸³ *Ibidem*.

⁸⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Informe Motivado. 12-86114 de 2016 Caso Agencias de Casting, IM. 13-266923 de 2016 Caso Pañales, IM. 14-151036 de 2016 Caso Cuadernos, IM 15-81775 de 2017 Caso Vigilancia SIC (Cosequín y San Martín).

⁸⁵ Folio 1048 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

⁸⁶ Esta afirmación es reiterada por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** en su declaración, la cual obra en el Folio 1052 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

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

establecida por los investigados, y las facilidades que compartían, este Despacho no encuentra razonable pensar que las conductas adelantadas por uno de ellos era de total desconocimiento del otro.

Igualmente, los investigados reconocieron durante sus declaraciones que en caso de que alguno de los dos resultara adjudicatario en alguno de los procesos de selección en los que participaban por medio de consorcios independientes, conformados con terceras personas, tanto **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** como **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** dejaban un monto de dinero reservado para la subcontratación del investigado perdedor en el proceso, para que apoyara la ejecución del contrato desde su área de experiencia: **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** desde lo administrativo y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** desde lo técnico. Para el Despacho esta conducta es una prueba más de que los investigados tenían establecido un sistema de coordinación, el cual hace impensable que no tuvieran ningún conocimiento de los procesos en los que cada uno participaba.

Los anteriores elementos permiten al Despacho llegar a la conclusión de que los investigados **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** y **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** conocían de los procesos en los que ambos participaban, y no dejan espacio a dudas de que coordinaban su actuar en los diferentes procesos de selección.

Así las cosas, el Despacho considera que en el Expediente reposan suficientes pruebas que desmienten la afirmación hecha por los investigados durante sus declaraciones consistentes a que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** había tenido conocimiento de la participación de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** a través de otro consorcio solo hasta el momento de ser notificados de la Apertura de la presente investigación por parte de esta Superintendencia.

10.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con aspectos procesales

En sus comentarios al Informe Motivado, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** manifestó que en el marco de la averiguación preliminar, no se ordenó auto de práctica de prueba alguna, no se nombró funcionario investigador o comisionado, ni se informó acerca de visitas administrativas previamente, y no obstante, en dicha visita administrativa se tomó una declaración que fue la base para la apertura del proceso.

Al respecto, este Despacho debe manifestar que, tal y como quedó establecido en la Resolución número 22909 del 3 de mayo de 2017⁸⁷, expedida en la presente investigación, los numerales 62, 63 y 64 del Artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 establecen varias actividades, que en materia probatoria, esta Superintendencia está completamente facultada para realizar. Así, la Entidad está facultada para (i) realizar visitas de inspección; (ii) decretar y practicar pruebas; (iii) recaudar toda la información conducente para la investigación; (iv) solicitar el suministro de "*datos, informes, libros y papeles de comercio que requiera para el ejercicio de sus funciones*" y; (v) practicar interrogatorios, "*bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el [Código General del Proceso], a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos*".

Ahora bien, con respecto al procedimiento que debe seguirse para ejercer las funciones anteriormente descritas, es relevante mencionar que, por remisión expresa del último inciso del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, debe acudir al Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), que a su vez, mediante el artículo 306 remite al Código General del Proceso (CGP) para estos efectos. Por este motivo, es posible concluir que las reglas aplicables para el decreto, práctica y valoración de pruebas en el marco del procedimiento administrativo sancionatorio en materia de libre competencia corresponden a las del procedimiento civil.

En este sentido, y estando en el marco del procedimiento civil, debe darse lectura al artículo 165 del CGP, el cual establece que "*[e]l juez practicará las pruebas no previstas en este código, de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes*" y por tanto, para el caso de la visita administrativa de inspección, el medio de prueba más semejante en el procedimiento civil es sin duda la inspección judicial, motivo por el cual, se aplicarán las normas de dicho medio de prueba.

⁸⁷ Folios 1030 al 1046 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

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

Así, y dando la explicación anterior, este Despacho ratifica lo que ya había sido mencionado en el marco de este proceso de la siguiente forma:

1. Los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio estaban plenamente facultados para practicar las declaraciones en el marco de la visita administrativa adelantada en la etapa de averiguación preliminar; y
2. La práctica de una visita administrativa de inspección en el marco de la etapa de averiguación preliminar no tiene que ser notificada a las personas que deben soportar la práctica de ese medio de prueba. Lo anterior, teniendo en cuenta que, como lo ha reconocido la jurisprudencia⁸⁸, con fundamento en el artículo 13 de la Ley 155 de 1959, la etapa de averiguación preliminar tiene carácter reservado. En consecuencia, no hay obligación de notificar ninguna de las actuaciones adelantadas por la Entidad durante esta etapa. Adicional a esto, el artículo 189 del CGP establece la posibilidad de adelantar inspecciones judiciales – y por lo tanto visitas administrativas de inspección– de manera extraprocesal y sin citación de la contraparte.

Por este motivo, este Despacho encuentra que no le asiste razón al investigado de cuestionar el actuar de la Entidad durante la etapa de averiguación preliminar, y que todas las actuaciones que se adelantaron en dicha etapa fueron sujetas a la ley y la jurisprudencia de las altas cortes y tribunales administrativos.

DÉCIMO PRIMERO: Monto de la sanción

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"*⁸⁹.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia de Industria y Comercio de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando están relacionadas con la adquisición de bienes y servicios por parte del gobierno, que como se señaló anteriormente, resulta ser una de las más gravosas, teniendo en cuenta que el gasto del gobierno representa cerca del 15% del gasto total de la economía y que cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable pues limita, y en algunos

⁸⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003, Rad. No. 7909; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección A. Providencia de 17 de julio de 2003. Rad. No. 2003-00547-01; Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Recurso de insistencia del 27 de abril de 1999; Corte Constitucional. Sentencia SU-620 de 1996.

⁸⁹ Corte Constitucional, Sentencia C- 125 de 2003.

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

casos elimina, los beneficios que se derivan de una asignación eficiente de los recursos públicos. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en el marco de compras públicas tendrá un impacto importante en la economía, la industria y el bienestar de la población colombiana.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado.

Bajo ese contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

11.1. Agentes de mercado

11.1.1. Sanción a pagar por AJUSTEC

En cuanto a los criterios de graduación aplicables de la sanción a imponer a **AJUSTEC**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues, dado que la conducta sucedió en el marco de un proceso para la adjudicación del proyecto cuyo objeto era la terminación de un aula escolar en la vereda El Chocó en el municipio de Cocorná, Antioquia, no permitió la adecuada ejecución de las compras públicas, impidiendo, por un lado, el libre acceso de diversos oferentes al mercado, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por **FONADE**, pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **AJUSTEC** tuvo una participación activa en la conducta anticompetitiva que se acreditó en el proceso de selección adelantado por **FONADE**, toda vez que conformó el consorcio **EDIFICACIONES 2014** junto con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, ejerciendo a su vez la representación legal de dicho consorcio.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que **AJUSTEC** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

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

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a la investigada **AJUSTEC**, se le impondrá una multa de **TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 380.933.360.00)** equivalentes a **CUATROCIENTOS SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (460 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 0,46% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.1.2. Sanción a pagar por NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues, dado que la conducta sucedió en el marco de un proceso para la adjudicación del proyecto cuyo objeto era la terminación de un aula escolar en la vereda El Chocó en el municipio de Cocorná, Antioquia, no permitió la adecuada ejecución de las compras públicas, impidiendo, por un lado, el libre acceso de diversos oferentes al mercado, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por **FONADE**, pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** tuvo una participación activa en la conducta anticompetitiva que se acreditó en el proceso de selección adelantado por **FONADE**, toda vez que, junto con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, constituyó un sistema de colaboración y una estrategia encaminada a incrementar la probabilidad de que alguno de los investigados resultara adjudicatario del contrato en mención.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho tendrá en cuenta que durante la práctica de pruebas que tuvo lugar el 12 de mayo de 2017, decretada en el numeral 5.4. del **ARTÍCULO QUINTO** de la Resolución No. 22909 de 2017, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se abstuvieron de presentar los documentos solicitados y que, después de analizar sus justificaciones, la Delegatura no las consideró suficientes, por lo cual impuso una sanción procesal a los investigados prevista en los artículos 267 y 268 del Código General del Proceso y el artículo 67 del Código de Comercio, consistente en tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión que constituyeron el objeto de la prueba en cuestión.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, al investigado **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, se le impondrá una multa de **VEINTISEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DOCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 26.499.712.00)** equivalentes a **TREINTA Y DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (32 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al % aprox. de su patrimonio líquido de 2015 y al % aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,03% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

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

11.1.3. Sanción a pagar por **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues, dado que la conducta sucedió en el marco de un proceso para la adjudicación del proyecto cuyo objeto era la terminación de un aula escolar en la vereda El Chocó en el municipio de Cocorná, Antioquia, no permitió la adecuada ejecución de las compras públicas, impidiendo, por un lado, el libre acceso de diversos oferentes al mercado, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por **FONADE**, pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** tuvo una participación activa en la conducta anticompetitiva que se acreditó en el proceso de selección adelantado por **FONADE**, toda vez que, junto con **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, constituyó un sistema de colaboración y una estrategia encaminada a incrementar la probabilidad de que alguno de los investigados resultara adjudicatario del contrato en mención.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho tendrá en cuenta que durante la práctica de pruebas que tuvo lugar el 12 de mayo de 2017, decretada en el numeral 5.4. del **ARTÍCULO QUINTO** de la Resolución No. 22909 de 2017, **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** se abstuvieron de presentar los documentos solicitados y que, después de analizar sus justificaciones, la Delegatura no las consideró suficientes, por lo cual impuso una sanción procesal a los investigados prevista en los artículos 267 y 268 del Código General del Proceso y el artículo 67 del Código de Comercio, consistente en tener por ciertos los hechos susceptibles de confesión que constituyeron el objeto de la prueba en cuestión.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, al investigado **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, se le impondrá una multa de **CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 41.405.800.00)** equivalentes a **CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (50 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al **■**% aprox. de su patrimonio líquido de 2015 y al **■**% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,05% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.1.4. Sanción a pagar por **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ**

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues, dado que la conducta sucedió en el marco de un proceso para la adjudicación del proyecto cuyo objeto era la terminación de un aula escolar en la vereda El Chocó en el municipio de Cocorná, Antioquia, no permitió la adecuada ejecución de las compras públicas, impidiendo, por un lado, el libre acceso de diversos oferentes al mercado, y

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

por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad.

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección MCO 005-2014 adelantado por **FONADE**, pues su actuar coordinado afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** tuvo una participación relevante en la conducta anticompetitiva que se acreditó en el proceso de selección adelantado por **FONADE**, toda vez que conformó el consorcio **OBRAS 2014** junto con **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, ejerciendo a su vez la representación legal de dicho consorcio.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho observó que **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, al investigado **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ**, se le impondrá una multa de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 44.718.264.00)** equivalentes a **CINCUENTA Y CUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (54 SMLMV)**.

Esta sanción equivale al % aprox. de su patrimonio líquido de 2015 y al % aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,05% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

11.2. Personas naturales

11.2.1. Sanción a **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA**, representante legal de **AJUSTEC**.

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA**, 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, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que la investigada participó en la conducta restrictiva durante todo el tiempo de su ejecución.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso y sus objetivos. Lo anterior es relevante pues, dado que la conducta sucedió en el marco de un proceso para la adjudicación del proyecto cuyo objeto era la terminación de un aula escolar en la vereda El Chocó en el municipio de Cocorná, Antioquia, no permitió la adecuada ejecución de las compras públicas, impidiendo, por un lado, el libre acceso de diversos oferentes al mercado, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que la investigada hubiese sido sancionada, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal*, este Despacho tendrá en cuenta que la investigada no asistió a la declaración de parte decretada en el numeral 5.2. del **ARTÍCULO QUINTO** de la Resolución No. 22909 de 2017 y que tampoco presentó justificación alguna por su inasistencia.

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

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que la investigada toleró y facilitó el acuerdo anticompetitivo.

Se tiene entonces que a la investigada **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA** se le impondrá una multa de **TREINTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$31.468.408.00)** equivalentes a **TREINTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (38 SMLMV)**.

La anterior sanción equivale al 1,9% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **AJUSTEC INGENIERIA LTDA**, identificada con NIT 810.004.716-1; y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ**, identificado con C.C. 79.977.831 de Bogotá; **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.005.111 de Barranquilla; y **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.260.302 de Bogotá, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a los anteriores agentes de mercado responsables de violar la libre competencia las siguientes multas:

2.1. A AJUSTEC INGENIERIA LTDA, identificada con NIT 810.004.716-1, una multa de **TRESCIENTOS OCHENTA MILLONES NOVECIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 380.933.360.00)** equivalentes a **CUATROCIENTOS SESENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (460 SMLMV)**.

2.2. A NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ, identificado con C.C. 79.977.831 de Bogotá, una multa de **VEINTISEIS MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS DOCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 26.499.712.00)** equivalentes a **TREINTA Y DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (32 SMLMV)**.

2.3. A MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.005.111 de Barranquilla, una multa de **CUARENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS CINCO MIL OCHOCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 41.405.800.00)** equivalentes a **CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (50 SMLMV)**.

2.4. A HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.260.302 de Bogotá, una multa de **CUARENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS DIECIOCHO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$ 44.718.264.00)** equivalentes a **CINCUENTA Y CUATRO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (54 SMLMV)**.

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

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

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

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que **OLGA LUCIA VELASQUEZ SIERRA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 64.554.742, incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por facilitar y tolerar las conductas anticompetitivas violatorias del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER las siguientes sanciones a la persona natural responsable de violar la libre competencia:

4.1. A OLGA LUCIA VELASQUEZ SIERRA, identificada con cédula de ciudadanía No. 64.554.742, una multa de **TREINTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUATROCIENTOS OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$31.468.408.00)** equivalentes a **TREINTA Y OCHO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (38 SMLMV)**.

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

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

ARTÍCULO QUINTO: ARCHIVAR la investigación en favor de **HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.260.302 de Bogotá, por no haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en relación con lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

ARTÍCULO SEXTO: ORDENAR a las personas naturales y jurídicas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **AJUSTEC INGENIERIA LTDA; NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ; MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA; HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ; y OLGA LUCIA VELASQUEZ SIERRA**, informan que:*

*Mediante Resolución No. **№ - 1728** de 2019 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **AJUSTEC INGENIERIA LTDA; NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ; MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA; HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ; y OLGA LUCIA VELASQUEZ SIERRA**, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*

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

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

ARTÍCULO SÉPTIMO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **AJUSTEC INGENIERIA LTDA; NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ; MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA; HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ; y OLGA LUCIA VELASQUEZ SIERRA**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de

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

reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

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

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los (29 ENE 2019)

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: T Posada/A García
Revisó: A Pérez
Aprobó: A Barreto

NOTIFICAR

AJUSTEC INGENIERIA LTDA

NIT 810.004.716-1

OLGA LUCIA VELÁSQUEZ SIERRA

Cédula de Ciudadanía 64.554.742

Apoderado

Doctor

GIOVANNY ROJAS VELÁSQUEZ

Cédula de Ciudadanía No. 1.152.186.703

Tarjeta profesional No. 222.515 del Consejo Superior de la Judicatura

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

E-mail: giorojasvelasquez@gmail.com

MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA

Cédula de Ciudadanía 72.005.111

Apoderado

Doctor

ANGÉL PORTO GUZMÁN

Cédula de ciudadanía No. 8.734.671

Tarjeta Profesional No. 50.643 del Consejo Superior de la Judicatura

Carrera 54 No. 68-196, oficina 412 (Edificio Prado Office Center), Barranquilla

E-mail: angelportoguzman@hotmail.com

NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ

Cédula de Ciudadanía No. 79.977.831

Carrera 70B No. 5-40, Bogotá D.C.

HERNANDO LANCHEROS IBAÑEZ

Cédula de Ciudadanía No. 19.260.302

Carrera 45 No. 103-34, oficina 502, Bogotá D.C.

E-mail: hlancheros@hotmail.com