



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

RESOLUCIÓN NÚMERO **11-3008** DE 2019

(11 1 FEB 2019)

Radicación 11-12476

VERSIÓN PÚBLICA

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018¹ (en adelante Resolución No. 85898 de 2018 o Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **DICONSULTORÍA S.A., INGENIERÍA DESARROLLO Y TECNOLOGÍA IDT S.A.S., CASTRO FLÓREZ S.A.S., CDC INGENIERÍA S.A.S., JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA y EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, en su calidad de agentes del mercado, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al infringir lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, se determinó que **RODRIGO LÓPEZ ARANA, ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA y LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE**, 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, por facilitar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, respecto de la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó que:

*“Con todo lo expuesto, está plenamente demostrada la existencia de un acuerdo colusorio creado y ejecutado por los consorcios **DICO IDT y PALESTINA 8**, y **DICO IDT 2 y PALESTINA 10**, que se materializó en los procesos de selección **CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009** (respectivamente) adelantados por **AEROCAFÉ** y que se extendió hasta más allá de su correspondiente adjudicación. En virtud de tal acuerdo, los referidos agentes plurales coordinaron su comportamiento antes, durante y después de que dichos procesos de selección tuvieron lugar, con el propósito de aumentar las probabilidades de resultar adjudicatarios y retribuir, vía contrataciones posteriores, a aquel agente que no resultara ganador. Este sistema que dio frutos para los investigados, ya que los contratos finalmente fueron adjudicados a los consorcios **DICO IDT y DICO IDT 2**, y se implementaron contrataciones posteriores que beneficiaron especialmente al representante legal de los consorcios competidores **PALESTINA 8 y PALESTINA 10**.*

En efecto, está plenamente probado en el Expediente que:

- ✓ *Los procesos de selección **CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009** adelantados por **AEROCAFÉ** tenían por objeto la adjudicación de interventorías para la construcción de los terraplenes No. 8 y 10 –y las obras complementarias– de tal aeropuerto. Al ser concursos de méritos, su factor más importante de competencia era la experiencia.*

¹ Folios No. 2509 a 2573 del Cuaderno Público No. 9 del Expediente No. 11-12476 (en adelante “el Expediente”). Entiéndase que cada vez que en el presente acto administrativo se haga alusión al Expediente, se hace referencia a la actuación administrativa con el radicado No. 11-12476.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- ✓ Entre **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) existió una cercanía comercial importante, pues ambos eran socios de **LAVICÓN**. De manera concomitante a tal nexo societario, concurren a los procesos de selección objeto de estudio como supuestos rivales comerciales.
- ✓ **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) conocían recíprocamente del interés que tenían en participar en los concursos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009** adelantados por **AEROCAFÉ**. Prueba de ello es que asistieron a visitas oficiales no obligatorias de tales procesos y allegaron coincidentemente documentos que no eran obligatorios en esa fase de los concursos.
- ✓ **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**), en contradicción de cualquier lógica competitiva, fomentó la asociación entre **DICONSULTORÍA** y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**), para que este último conformara los consorcios con los que compitió en su contra. Este hecho resulta particularmente relevante, ya que los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**—los cuales resultaron adjudicatarios— acreditaron la "experiencia específica" en los procesos de selección, en su totalidad, a través de **DICONSULTORÍA**, mientras que los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10** fueron rechazados, entre otras razones, por no acreditar la experiencia necesaria.
- ✓ **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) sostuvo abiertamente en su declaración que los miembros de sus consorcios sostuvieron reuniones con **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) para elaborar—o "montar"— sus propuestas. Esta declaración resulta coherente con los demás medios de prueba obrantes en el expediente.
- ✓ En la documentación contentiva de la oferta técnica de los consorcios coludidos, se encuentra que estas estructuras plurales presentaron al mismo director de interventoría: **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES**. Incluso, la hoja de vida de este profesional fue enviada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) a los consorcios "competidores" representados por **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**). Cabe anotar que el director de interventoría representaba un puntaje importante en los criterios de ponderación de los concursos (especialmente, en materia de experiencia de trabajo).
- ✓ La estrategia de coordinación implementada por los agentes investigados abarcó, incluso, el componente económico de las ofertas. En efecto, los consorcios coludidos reportaron valores idénticos o, cuando menos, bastante similares entre sí en la mayoría de los rubros de los costos directos e indirectos del factor multiplicador, y en otros costos que son de evidente variabilidad, como ciertos costos directos de operación.
- ✓ Existieron otras similitudes e identidades formales, como coincidencias del contador, de los datos de contacto y de las condiciones de las pólizas de seriedad, del contenido y formato de las "cartas de información" de los consorcios y del desglose del factor multiplicador, que corroboraron que efectivamente existió un actuar coordinado en la conformación de las ofertas.
- ✓ Después de que los concursos fueron adjudicados a los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**, se dieron negociaciones y contrataciones que estuvieron principalmente encaminadas a retribuir la colaboración prestada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**). Así, por ejemplo, se designó a este último como "codirector" en la interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción del terraplén No. 8, y en línea con ello se le arrendó una oficina, un vehículo y un equipo de laboratorio. También se le arrendó un vehículo y un equipo de laboratorio para la ejecución de la interventoría técnica del terraplén No. 10.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- ✓ *A partir de lo expuesto, para el Despacho no cabe duda de que entre los agentes investigados existió un acuerdo colusorio que abarcó la conformación de los consorcios y la estructuración de las ofertas, y que se extendió incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados.*
- ✓ *Teniendo en cuenta lo dispuesto en la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, y considerando además que el juicio de reproche de las conductas identificadas se subsume íntegramente en la dinámica del cartel colusorio evidenciado, el Despacho no considera viable imputar a su vez la prohibición general en la presente actuación administrativa. (...)"*

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a los agentes de mercado investigados por infringir lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así como a las personas naturales investigadas por incurrir en la responsabilidad establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, así:

Tabla No. 1. Sanciones Resolución No. 85898 de 2018

AGENTES DE MERCADO		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	DICONSULTORIA S.A.	\$ 306.246.864.00
2	CASTRO FLÓREZ S.A.S.	\$ 200.779.194.00
3	CDC INGENIERÍA S.A.S.	\$ 150.779.706.00
4	INGENIERÍA DESARROLLO Y TECNOLOGÍA IDT S.A.S.	\$ 113.280.090.00
5	EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE	\$ 105.467.670.00
6	JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA	\$ 31.249.680.00

PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	OSCAR ALBERTO MANJON ALMEIDA	\$ 167.967.030.00
2	RODRIGO LÓPEZ ARANA	\$ 93.749.040.00
3	LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE	\$ 54.686.940.00

En la Resolución Sancionatoria, también se decidió **archivar** la actuación administrativa en favor de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** en relación con 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, con fundamento en lo siguiente:

"(...) las pruebas recaudadas en la presente investigación no dan cuenta de un comportamiento diferenciable de aquel imputado contra estos sujetos en su calidad de agentes del mercado, que permita estructurar un juicio de responsabilidad administrativa independiente. Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho entiende subsumido en dicha imputación el hecho de que estos sujetos hayan autorizado, tolerado, colaborado, facilitado y ejecutaron las conductas de colusión demostradas que resultan objeto de reproche.

*En consideración de lo expuesto, este Despacho determina que **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** no serán declarados responsables con base en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009."*

Por último, en la citada Resolución No. 85898 de 2018 se decidió **archivar** en favor de las personas jurídicas y naturales referidas previamente, la investigación frente a la presunta infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), al considerar que el juicio de reproche de tales comportamientos se subsume íntegramente en la dinámica de un cartel colusorio en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 85898 de 2018 y dentro del término legal, todas las personas jurídicas, agentes de mercado y personas naturales investigadas y sancionadas, con excepción de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA**, interpusieron los respectivos recursos de reposición.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por los recurrentes:

2.1. Argumentos comunes presentados por DICONSULTORÍA, IDT, ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA y RODRIGO LÓPEZ ARANA.

- Existe una violación al principio de legalidad e infracción al artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, en relación directa con el principio de tipicidad del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, como consecuencia de que operó la caducidad de la facultad sancionatoria. En consecuencia, la tesis reiterada, con abuso de autoridad, sobre una interpretación amañada en relación con el efecto y no con el objeto de la causal investigada constituye un abuso del derecho, según la Sentencia T-280 de 2017 de la Corte Constitucional.
- En virtud del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la conducta restrictiva se reprime tanto por la intención de las empresas en su realización como por su resultado. La desagregación de la anterior disposición impone unos límites, tanto para el objeto como para el efecto, dirigidos a saber o conocer cuándo se agota la conducta reprochable de conformidad con la normatividad referenciada en cada uno de los casos, en el evento de probar la realización de alguno(s) de los acuerdos tipificados. Así, en el dispositivo legal no hay conductas que reprochar posteriores a la adjudicación del contrato estatal.
- Con la finalidad de determinar el momento a partir del cual comienza a correr el término de caducidad es necesario establecer cuándo se entiende consumada la conducta a sancionar. Para tal efecto, es de suma utilidad lo enseñado por la ciencia del derecho penal acerca de la conducta como elemento del tipo penal. Así, la norma con la cual se fundamenta la sanción es de ejecución inmediata y no de tracto sucesivo, mucho menos posterior a la ejecución del contrato.
- Para la inoperancia de la caducidad no basta que se expida el acto administrativo que inicia la investigación. Es necesario, además, que el acto administrativo por medio del cual se impone la sanción haya sido notificado dentro del término de caducidad previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. En el presente caso, la investigación se abrió el 30 de marzo de 2012, con la Resolución No. 20396, por lo que la caducidad de la facultad sancionatoria opera desde el 31 de marzo de 2017.
- Con fundamento en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, es claro que no en todos los acuerdos contrarios a la competencia del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 hay conductas de tracto sucesivo, especialmente, en el numeral 9, respecto del verbo rector, coludir o distribuir.
- Desde el principio de tipicidad, los "beneficios" que se obtienen de la eventual colusión o distribución de adjudicaciones de contratos o distribución de concursos no hacen parte de la conducta típica, ni del verbo rector, por lo que el inicio del término para la caducidad es a partir de la expedición del acto administrativo de adjudicación.
- No existió ni colusión, ni distribución de adjudicaciones de contratos, ni distribución de concursos, porque no se estableció cuál de estas conductas fue la tipificada para imponer la sanción.
- La Resolución Sancionatoria se fundamenta en indicios sin pruebas contundentes y se limita a plantear coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado de tiempo, por dos o más empresas, en este caso consorcios, que son el resultado de la naturaleza del proceso de Convocatoria Pública - Concurso de Méritos.
- Se desconoció que la "Consultoría para la Interventoría de obras es una NÓMINA ESPECIALIZADA DE PROFESIONALES para el seguimiento que las variables de adjudicación, depende de factores técnicos y nunca económicos, propuestos desde el inicio por la entidad pública contratante ASOCIACION AEROPUERTO DEL CAFÉ, que exigía conforme al decreto nacional 2474 de 2008 con el cual se adelantó el proceso contractual una Propuesta Técnica Simplificada" y, además, que "no hay costos de producción que es un servicio que regula la misma entidad (específicamente se ve en el formato establecido para la oferta económica)".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, previstos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, "*los considera la SIC como una responsabilidad objetiva precisamente por las coincidencias y similitudes, pero no probatoriamente*".
- Los eventos consignados en la Resolución Sancionatoria se asemejan a una presunción de ilegalidad, que se desvirtúan con la simple demostración de la participación del **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ** y de la firma **ESPARZA INGENIERÍA LTDA**. Esto significa que en el mercado de las Consultorías para las Interventorías de Obra existe libertad de entrada, libertad de escogencia, pero no libertad ni variedad de precios o servicios, pues estos son impuestos por la entidad pública contratante **-ASOCIACION AEROPUERTO DEL CAFÉ-**, razón para discernir que no hay alteración ni distorsión del mercado.
- Con la mera demostración de participación de otras empresas, en consorcio o directamente, se desacredita el argumento para imponer las sanciones. No basta con acreditar la existencia de un acuerdo para establecer que se trata de un medio "*torcido o desleal*", pues se requiere también demostrar que ese acuerdo de voluntades tuvo por objeto impedir, restringir o falsear a la competencia.
- Fue por una "*voluntad exterior*" -evaluación de las ofertas por la entidad pública contratante-, sin injerencia de los investigados, que no fueron tenidas en cuenta las propuestas del **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ** y **ESPARZA INGENIERÍA LTDA**, quienes pudieron ser adjudicatarios si hubieran cumplido las exigencias mínimas establecidas en los pliegos de condiciones.
- En los casos de Concurso de Méritos para la Interventoría de Contratos de Obra en los que eventualmente y, en gracia de discusión, se obtiene la adjudicación de un contrato como consecuencia de un acuerdo anticompetitivo, no hay afectación al mercado durante la ejecución de este, toda vez que no hay sobreprecio. Lo que se paga no constituye conductas de tracto sucesivo, puesto que la titularidad en el pago si bien es del contratista, se invierte en los profesionales exigidos para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas.
- Lo que pagó o paga el Estado por el servicio contratado no es el resultado de precios supra-competitivos ni de acomodación de un proceso de contratación pública. Los valores y las cargas laborales las impone la entidad pública contratante, constituyéndose en un acto idóneo y legal para trasladar recursos de los consumidores. El concurso de méritos *per se* es un mecanismo para proteger al consumidor.
- En la graduación de la multa no se estableció en cuánto se incrementó el patrimonio de los sancionados.
- Se incurrió en vías de hecho, violentando el debido proceso y los principios que rigen la función administrativa, dando paso a un defecto fáctico y sustantivo o material. El primero, debido a que no se corroboró con **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ** y **ESPARZA INGENIERÍA LTDA** las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre su participación en los procesos licitatorios, así como el rechazo de sus propuestas. El segundo, por desconocer el principio de tipicidad, interpretando indebidamente la figura del tracto sucesivo como hecho constitutivo de la falta, desconociendo la naturaleza del concurso de méritos.
- No se distorsionó el mercado ni hubo colusión en concursos (que no en licitaciones) ni distribución de adjudicaciones de contratos, ni distribución de concursos. Contrario a los argumentos comparativos que se realizaron en la Resolución Sancionatoria, los "**CONCURSOS DE MÉRITOS**" no son comparables nunca con procesos licitatorios de "**OBRA**" o de "**CONCESIÓN (como el referido Ruta del Sol - Odebrecht)**", donde sí se presentan precios supra-competitivos o productos que distorsionan el mercado.
- Una razón para refutar la decisión sancionatoria tiene que ver con la normativa de la época que regía el procedimiento de selección del Consultor para la Interventoría de Obras, esto es, los artículos 12, 55, 57 y 71 del Decreto 2474 de 2008.
- Resulta sorprendente cómo la Superintendencia de Industria y Comercio obra contra sus propios actos, el pronunciamiento del Tribunal Administrativo de Cundinamarca citado en la Resolución Sancionatoria, no fue puesto de presente por los investigados, sino que este "*supuestamente*"

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

fue el que le sirvió de fundamento a la Delegatura para proyectar su Informe Motivado y concluir que no había caducidad.

- Se configura falsa motivación y desviación de poder en el acto administrativo como consecuencia de que se desconoció el pronunciamiento –reiterativo– del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A", del 9 de julio de 2015 en relación con que "(...) *la conducta reprochable, de conformidad con la normatividad referenciada, se agotó en el acuerdo colusorio, sin que puedan considerarse los beneficios que tengan los pactantes en razón del acuerdo, como parte de la conducta típica, es decir, cuando se consolidan los efectos del acuerdo; siendo la conducta continuada por parte de los demandantes.*"
- Existe mala fe, abuso de autoridad, falsa motivación y desviación de poder por emplear en la Resolución Sancionatoria una sentencia favorable a los intereses de la Entidad, pero que la *ratio decidendi* no coincide con la situación del caso concreto y, además, es una providencia que no se encuentra en firme, lo que constituye una evidente deslealtad procesal.
- Los indicios empleados en la Resolución Sancionatoria son una "*inferencia con peligrosa subjetividad*" de la que hace gala el Superintendente para arribar a su decisión, sin saber cuál fue el título de imputación de las conductas tipificadas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Es obligación del Superintendente probar la existencia de ese acuerdo con los efectos endilgados y que estos respondan válidamente a contravenir la libre competencia.
- En el presente caso, "(...) *el precio y de contera el mercado no fue el objeto o el efecto de acuerdo colusorio alguno*". El punto relevante recae en el móvil que debe observarse en la colusión, el cual debe consistir en cuáles conductas no permiten el acceso o libre escogencia en el concurso o la licitación, que en este caso por la participación de ocho (8) firmas y dos (2) personas naturales no se evidencia.
- Se sostuvo una tesis de responsabilidad objetiva proscrita de nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que lo único que se tiene respecto de **IDT** es que participó en un consorcio, desconociendo que esta figura tiene protección legal contenida en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993.
- No hay nada probado respecto de en qué clase de acuerdo participó **IDT**, se desconoció, en el contenido de la propuesta presentada, cuáles fueron las razones técnicas de su participación, esto es, debido a la experiencia con la que contaba, debidamente acreditada con otros contratos legalmente suscritos y ejecutados.
- Tampoco hay una sola prueba, siquiera sumaria, de la participación de **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** en el acuerdo colusorio, su firma se debe a una exigencia legal para la constitución en documento privado como "*OFERENTE PLURAL – Consorcio*", en la participación de los concursos de méritos.
- Se empleó un texto único para sancionar a todos los investigados, no se individualizó la conducta conforme lo exige el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Se desconoció en la graduación de la multa que los costos de la propuesta económica obedecen a un personal profesional especializado exigido por la entidad pública contratante y no se trató de recursos que se sumaran a los estados financieros de **IDT** y **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA**.
- La lectura del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 permite concluir que la colusión se materializa con: (i) la distribución de adjudicaciones de contratos, (ii) la distribución de concursos o (iii) la fijación de las propuestas y, en todo caso, no es una conducta reprochable por "*efecto*". Por lo anterior, la posición de la Superintendencia de Industria y Comercio, según la cual, la colusión se produce solo si existe una obtención de rentas explotativas por parte de los participantes del acuerdo ilegal, se aparta de toda lógica.
- La Resolución Sancionatoria se fundamenta de acuerdo con la posición del Tribunal Administrativo de Cundinamarca según la cual, los acuerdos de colusión de ejecución sucesiva se prolongan hasta la obtención del cometido, pero ignora por completo que la providencia referida menciona que la obtención del cometido "*se extiende hasta la fecha de adjudicación*".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Los concursos de méritos fueron adjudicados el 21 y el 30 de octubre de 2009, lo cual significa que, si bien el supuesto acto fue de ejecución sucesiva, se tenía hasta el 30 de octubre de 2014 para proferir el acto administrativo sancionatorio.
- Los indicios deben considerarse con el conjunto probatorio para que se llegue al convencimiento pleno de la existencia de la conducta anticompetitiva. Por esto, no cualquier indicio puede ser considerado como adecuado ya que es necesario que la prueba indiciaria sea pertinente, idónea, conducente, legal y eficaz.
- En el caso concreto, es por medio de los testimonios (que no fueron ratificados y cuyo contenido no es válido porque se basan en preguntas sugestivas y respuestas inducidas) que se está llegando al indicio de la existencia de colusión entre los oferentes, lo cual, afecta la legalidad, idoneidad y eficacia de la prueba.
- Los testimonios de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO DIT** y **DICO IDT 2**) no pueden dar cuenta de la existencia de una práctica comercial restrictiva porque se tratan de declaraciones inducidas y acomodadas. No hay hechos probados que permitan llegar –por medio de indicios– a conclusiones y, en todo caso, tales pruebas no dejan convencimiento pleno, y libre de duda, acerca de la existencia de la colusión.
- Conforme al marco jurisprudencial y doctrinal, la colusión es un acuerdo que atenta contra la libre competencia cuando en razón a él se distribuyen los concursos o adjudicación de contratos o se fijan las propuestas para concursar, momentos en los cuales se entiende materializada la colusión, más no cuando “se obtiene el cometido”, objetivo que la Superintendencia de Industria y Comercio ha entendido que es de naturaleza económica, es decir, la colusión se produce solo si existe una obtención de “rentas explotativas” por parte de los participantes del acuerdo ilegal o se realizan subcontratos entre ellos.

2.2. Argumentos presentados por EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE, CASTRO FLÓREZ y CDC

- La conducta sancionada no podía ser aplicada a un proceso de selección por concurso de méritos, pues “el valor estimado del contrato” lo estableció, -como aparece probado en el Expediente-, la entidad pública contratante, tal y como lo enuncia y fundamenta el Decreto 2474 de 2008, artículo 3, numeral 4.
- La tipicidad del acuerdo colusorio se encuadró indebidamente, pues las conductas desplegadas no ajustaron su comportamiento ni al objeto ni al efecto previsto para se configure la denominada colusión en licitaciones o concursos. Brilla por su ausencia el reproche que enliste las conductas individualizadas que no permitieron la libre competencia o el acceso o libre escogencia en los concursos de méritos por parte de **AEROCAFÉ** o de los otros oferentes, como es el caso de **ESPARZA INGENIERÍA LTDA**.
- El material probatorio recopilado es precario y se basa en un solo testimonio que fue debidamente desacreditado por los demás oferentes.
- Los pliegos de condiciones, si se analizan adecuadamente, respetaban y consagraban la igualdad de condiciones entre los proponentes. Incluso, muchos otros oferentes participaron con criterios iguales, entre los cuales se destacan **ESPARZA INGENIERÍA LTDA** y **CAJIAO Y ASOCIADOS S.A.** Con solo revisar las propuestas presentadas por dichos oferentes, se evidenciaría el yerro que se está configurando con la imposición de la sanción.
- La regla de proporcionalidad y de graduación para la tasación e imposición de la multa a **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE, CASTRO FLÓREZ** y **CDC** obedeció a criterios subjetivos que hacen que la multa impuesta sea un exabrupto pues las conductas que desplegaron en nada afectaron el mercado ni la libre competencia.
- Del supuesto análisis efectuado en la Resolución Sancionatoria, es evidente que las coincidencias encontradas no denotan un acuerdo o práctica anticompetitiva, pues son solo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

coexistencias que en nada afectaron los intereses de los demás oferentes, de los demás agentes del mercado, ni de la entidad contratante, lo que en suma no puede encuadrarse como vulneración al régimen de protección de la competencia.

- Para el caso de **CDC INGENIERÍA S.A.S.** y **LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE** es injustificada la apreciación y encuadramiento típico que se efectuó, pues no existe una sola conducta desplegada que haya demostrado el menor asomo de un acuerdo anticompetitivo.
- No está debidamente probada la existencia del acuerdo anticompetitivo. Existen unas coincidencias normales por tratarse de la modalidad de selección que determinó **AEROCAFÉ** y que nada reflejan en materia de prácticas restrictivas de la competencia. El acto administrativo sancionatorio no demuestra la existencia del acuerdo con efecto de fijación de términos de las propuestas y que dicho acuerdo, -su objeto y efecto-, contraviniera la libre competencia.
- El Consejo de Estado en reiteradas sentencias ha dicho que en materia de protección de la competencia, las entidades administrativas tienen un plazo máximo de 5 años para expedir, notificar y resolver los recursos.
- Para el caso concreto, por presuntamente constituir hechos de ejecución continuada o tracto sucesivo al tener unidad de propósito, su supuesta ocurrencia tuvo que haberse concretado o configurado con anterioridad al cierre del plazo para presentar las propuestas licitatorias, o incluso hasta la adjudicación de los contratos.
- De haberse incurrido en las conductas que se imputaron en el pliego de cargos contenido en la Resolución No. 20396 del 30 de marzo de 2012, se configuró una pérdida de la facultad sancionadora por caducidad, al haber sido notificada la Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018, solo hasta el 27 de noviembre de 2018 y 4 de diciembre de 2018.
- Existe falsa motivación en el acto administrativo dado que los supuestos de hecho esgrimidos en el acto son contrarios a la realidad, bien por error o por razones engañosas o simuladas e inexistencia de los hechos esgrimidos.
- No existe la posibilidad de que en los procesos licitatorios que tienen la naturaleza de concursos de méritos, en donde lo que importaba en un 50%, de forma decisoria, para la adjudicación era la *"experiencia total del equipo de trabajo"*, se realizaran acuerdos colusorios, más aún cuando los precios de los procesos son fijados de forma independiente por la entidad contratante, hecho en el que no es posible la intervención de ninguno de los proponentes.
- Se vulneró el derecho de libre asociación al cuestionar aspectos de libre asociación – consorcios- que en ningún momento afectaron el desarrollo de los procesos licitatorios.
- Existe falta de hechos, pruebas y argumentos que puedan servir de sustento, al carecer las conductas imputadas de todos los requisitos necesarios para la configuración de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.
- El desarrollo de los procesos licitatorios se dio de forma regular y con la exclusión de los proponentes que no cumplían con los requisitos expuestos en el pliego de condiciones, en donde el factor preponderante era la experiencia, no los precios.
- La presentación mutua de la hoja de vida del director de interventoría se hizo en beneficio del seguimiento especializado que requería la ejecución del contrato de **AEROCAFÉ** y no tuvo nada que ver con *"querer dañar a un tercero ni mucho menos fijar términos en las propuestas"*, el pliego de condiciones no restringía la posibilidad de que dos (2) oferentes presentaran la hoja de vida del mismo profesional para el cargo de director de interventoría y la coincidencia de cumplir aspectos propios de las reglas establecidas en los pliegos de condiciones elaborados por las entidades públicas contratantes no significa que se hayan fijado términos en la propuesta.
- Vulneración al derecho al debido proceso, defensa y contradicción establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, toda vez que no se resolvió ni analizó con base en la jurisprudencia vigente cada uno de los argumentos de defensa. No se interpretó de forma adecuada, por error u omisión, la pérdida de competencia temporal, dado que operó el fenómeno de la caducidad.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Con la expedición de la Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018 existe una posición abusiva, desviada y desleal. La decisión no respeta los derechos de los investigados y desborda los límites materiales que el ordenamiento jurídico ha impuesto en materia de caducidad de la facultad sancionatoria y en lo que respecta a las prácticas restrictivas de la competencia.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

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

4.1. Consideraciones preliminares

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

En este sentido, esta Entidad, en cumplimiento de su objetivo constitucional, debe velar por el interés general, fomentando la transparencia y la competencia en los procesos de contratación celebrados por el Estado, en razón de los bienes y servicios que éste demanda para el cumplimiento de sus funciones. Es así, como una adecuada ejecución de las políticas estatales a través de la contratación pública hace necesario que los procesos de selección que adelante la administración se encuentren en línea con los fines y principios estatales, permitiendo el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y propendiendo por una adecuada y eficiente asignación de los recursos públicos. Lo anterior no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos de contratación, sino también la libre competencia en el mercado nacional.

Por lo cual, es dable entender que la naturaleza de las normas sobre protección a la competencia tienen como finalidad la protección de bienes jurídicamente tutelados de gran relevancia, debiéndose reiterar, tal como lo ha expuesto esta Entidad en diferentes oportunidades², que la colusión en los procesos de selección con el Estado representa diversos efectos negativos en varios agentes, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes, al limitarles la competencia y la participación en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad; y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Frente a este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha manifestado, a través de su Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones, lo siguiente:

"La colusión no es una conducta que afecta solamente a los demás oferentes que no participaron en un acuerdo colusorio, sino que consecuentemente tiene un impacto directo en el mercado al incrementar los precios de los bienes y servicios contratados, generando así desequilibrios en el gasto público. En efecto, los contratos estatales representan valiosas oportunidades de negocios para cualquier particular. Esta característica los hace nichos propicios para la colusión en virtud del tamaño de las contrataciones, los montos involucrados y la complejidad en la normatividad. Según estudios de la Organización

² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), las adquisiciones del sector público representan hasta el 15% del Producto Interno Bruto (PIB), lo que convierte a la contratación pública en un componente importante de la actividad económica de cualquier país, y hace a su vez urgente y necesario el diseño de políticas orientadas a la disminución y detección de la colusión en las licitaciones públicas (...)"³. (Negrilla fuera de texto original).

En línea con lo anterior, la ODCE⁴ ha señalado que las prácticas colusorias pueden desalentar la participación de compañías competidoras, disminuyendo la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavando los beneficios de un mercado competitivo. Asegurar y restablecer el funcionamiento de los mercados en condiciones de libre competencia, redundará en beneficio de todos los empresarios que actúan en el mercado, de los consumidores, de la eficiencia económica en general y del Estado como comprador o adquirente de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades públicas.

Teniendo en cuenta que los recursos con los cuales se financian los contratos adjudicados por el Estado son de carácter público, las consecuencias de una restricción indebida de la competencia en el marco de estos procesos de selección son particularmente graves (mucho más graves), pues se presentan sobrecostos y pérdidas irrecuperables de recursos públicos que terminan por desfinanciar otras inversiones que el Estado debe realizar, lo cual a su vez representa lesiones importantes en términos de bienestar social, desarrollo económico y eficiencia económica.

La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad encargada de proteger en Colombia la libre competencia económica, y por esta vía, tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los distintos mercados, se garantiza una condición más equitativa para todos los colombianos. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per capita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia⁵.

De acuerdo con la 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.

³ Superintendencia de Industria y Comercio. (2011). En Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones. Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf

⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. (2014). En Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. Recuperado de https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

⁵ Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?". No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012". Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia". 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*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 (...)"⁶. (Negrilla fuera de texto original).*

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

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

Así, la protección de la libre competencia en los procesos de selección contractual que adelanta el Estado merece especial atención por parte de la autoridad de protección de la libre competencia económica. Incluso en Colombia, con la Ley 1474 de 2011 -Estatuto Anticorrupción-, en su artículo 27, se estableció el delito de "acuerdos restrictivos de la competencia", al incluir el artículo 410A en la Ley 599 de 2000 -Código Penal- para penalizar los acuerdos restrictivos que se presenten en los procesos de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso, con penas de prisión que van desde los 6 a 12 años, multas que oscilan entre los 200 a 1.000 SMLMV e inhabilidad para contratar con entidades estatales hasta por 8 años.

De esta manera, la conducta que reprocha el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 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 señalado⁷:

*"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.***

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

⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia. 2014.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado." (Negrilla fuera de texto original).

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 oferente⁸; (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 tiempo⁹; 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 solo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas.

En línea con lo expresado por la OCDE¹⁰, esta Superintendencia también ha identificado una serie de señales de advertencia que, de presentarse, sirven para detectar una posible conducta colusoria¹¹, entre otras: (i) similitud de errores en la propuesta; (ii) formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad; (iii) datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes; (iv) documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente; (v) subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato y (vi) proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.

Así mismo, esta Superintendencia ha identificado, entre otras, una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación¹², como pueden ser posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia. Del mismo modo, esta Superintendencia publicó una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual¹³, entre otros, se encuentra la facilitación de contacto entre proponentes –actuales o potenciales–.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de la existencia de un acuerdo colusorio creado y ejecutado por los consorcios DICO IDT y PALESTINA 8, y DICO IDT 2 y PALESTINA 10, que se materializó en los procesos de selección CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009 (respectivamente) adelantados por AEROCAFÉ y que se extendió hasta más allá de su correspondiente adjudicación. En virtud de tal acuerdo, los referidos agentes plurales coordinaron su comportamiento antes, durante y después de que dichos procesos de selección tuvieron lugar, con el propósito de aumentar las probabilidades de resultar adjudicatarios y retribuir, vía contrataciones posteriores, a aquel agente que no resultara ganador. Este sistema dio frutos para los investigados, ya que los contratos finalmente fueron adjudicados a los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2, y se implementaron contrataciones posteriores que beneficiaron especialmente al representante legal de los consorcios competidores PALESTINA 8 y PALESTINA 10.

En línea con lo anterior, este Despacho demostró que los mercados afectados¹⁴ en el presente caso corresponden a los procesos de selección CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009, a través de

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014 y Resolución No. 20639 de 2015.

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 de 2012 y Resolución No. 53979 de 2012.

¹⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas.

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio. (2011). En Guía Práctica para Combatir la Colusión en Licitaciones. Recuperado de http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf

¹² *Ibidem*.

¹³ *Ibidem*.

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 de 2017. Al respecto, se sostuvo que "(...) 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".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los cuales se adelantaron los concursos de méritos para la adjudicación de las interventorías de la construcción de los terraplenes 8 y 10 de **AEROCAFÉ**, respectivamente. Así mismo, se evidenció que los referidos procesos de selección tenían por objeto la adjudicación de interventorías para la construcción de los terraplenes No. 8 y 10 –y las obras complementarias– de tal aeropuerto y que al ser concursos de méritos, su factor más importante de competencia era la experiencia.

Bajo la metodología adoptada para el análisis del caso, la Resolución Sancionatoria encontró acreditada una cercanía comercial preexistente entre **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**. En efecto, se evidenció en relación con **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) que: (i) existió una cercanía comercial importante, pues ambos eran socios de **LAVICÓN**. De manera concomitante a tal nexo societario, concurrieron a los procesos de selección objeto de estudio como supuestos rivales comerciales y (ii) conocían recíprocamente del interés que tenían en participar en los concursos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009** adelantados por **AEROCAFÉ**. Prueba de ello es que asistieron a visitas oficiales no obligatorias de tales procesos y allegaron coincidentemente documentos que no eran obligatorios en esa fase de los concursos.

Así mismo, existe abundante material probatorio obrante en el Expediente, sobre la coordinación de los investigados en los concursos de méritos objeto de estudio, en la conformación de los consorcios y en la estructuración de las ofertas. En efecto, en la Resolución No. 85898 de 2018 se evidenció que **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**), en contradicción de cualquier lógica competitiva, fomentó la asociación entre **DICONSULTORÍA** y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**), para que este último conformara los consorcios con los que compitió, precisamente, en su contra. Este hecho resulta particularmente relevante y llamativo, ya que los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2** –los cuales resultaron adjudicatarios– acreditaron la "*experiencia específica*" en los procesos de selección en que participaron, en su totalidad, a través de **DICONSULTORÍA**, mientras que los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10** fueron rechazados, entre otras razones, por no acreditar la experiencia necesaria.

Adicionalmente, se cuenta con la declaración de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**), quien sostuvo abiertamente que los miembros de sus consorcios sostuvieron reuniones con **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) para elaborar –o "montar"– sus propuestas. Prueba que resulta coherente con los demás medios de prueba obrantes en el Expediente.

De otra parte, en la documentación contentiva de la oferta técnica de los consorcios coludidos, se encuentra acreditado que estas estructuras plurales presentaron al mismo director de interventoría: **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES**. Incluso, la hoja de vida de este profesional fue enviada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) a los consorcios "competidores" representados por **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**). Pese a que el director de interventoría representaba un puntaje importante en los criterios de ponderación de los concursos (especialmente, en materia de experiencia de trabajo), apartándose de cualquier lógica competitiva.

Y es que la estrategia de coordinación implementada por los agentes investigados abarcó, incluso, el componente económico de las ofertas. En efecto, en la Resolución Sancionatoria se realizó un análisis exhaustivo que muestra cómo los consorcios coludidos reportaron valores idénticos o, cuando menos, bastante similares entre sí en la mayoría de los rubros de los costos directos e indirectos del factor multiplicador, y en otros costos que son de evidente variabilidad, como ciertos costos directos de operación.

En el caso investigado y sancionado, también se logró demostrar contundentemente que existieron otras similitudes e identidades formales, como coincidencias del contador, de los datos de contacto y de las condiciones de las pólizas de seriedad, del contenido y formato de las "*cartas de*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

información" de los consorcios y del desglose del factor multiplicador, que corroboraron que efectivamente existió un actuar coordinado en la conformación de las ofertas.

Posteriormente, en la Resolución Sancionatoria se logró probar la existencia de una relación contractual de los investigados después de la adjudicación. En tal medida, se acreditó que después de que los concursos fueron adjudicados a los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**, se dieron negociaciones y contrataciones que estuvieron principalmente encaminadas a retribuir la colaboración prestada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**). Así, por ejemplo, existen pruebas que demuestran cómo se designó a este último "codirector" en la interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción del terraplén No. 8 y, en línea con ello, se le arrendó una oficina, un vehículo y un equipo de laboratorio. También se le arrendó un vehículo y un equipo de laboratorio para la ejecución de la interventoría técnica del terraplén No. 10.

A partir de lo expuesto, y el contundente material probatorio obrante en el Expediente, no cabe duda de que entre **DICONSULTORÍA S.A.**, **INGENIERÍA DESARROLLO Y TECNOLOGÍA IDT S.A.S.**, **CASTRO FLÓREZ S.A.S.**, **CDC INGENIERÍA S.A.S.**, **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** existió un acuerdo colusorio que abarcó la conformación de los consorcios y la estructuración de las ofertas, y se extendió incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados.

Así bien, teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados por participar en un acuerdo colusorio, a continuación se procede a resolver sobre los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes. A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición presentados por los investigados, así:

4.2. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la valoración probatoria efectuada en la Resolución Sancionatoria (Resolución No. 85898 de 2018)

Varios de los recurrentes presentaron reproches dirigidos a tratar de argumentar que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida valoración del material probatorio que obra en el Expediente. En esencia, sostuvieron, luego de un análisis aislado de algunas pruebas, que la Resolución Sancionatoria simplemente se fundamentó en indicios sin pruebas contundentes y se limitó a plantear coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado, por dos o más empresas, en este caso consorcios, que son el resultado de la naturaleza del concurso de méritos. Agregaron que existe falsa motivación en el acto administrativo dado que los supuestos de hecho esgrimidos son contrarios a la realidad, por inexistencia, error o razones engañosas o simuladas.

En línea con lo anterior, sostuvieron que se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo o material, violentando el debido proceso y los principios que rigen la función administrativa, pues no se corroboraron con **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ** y **ESPARZA INGENIERÍA LTDA** las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre su participación en los procesos licitatorios, así como lo concerniente al rechazo de sus propuestas.

De otra parte, señalaron que los indicios empleados en la Resolución Sancionatoria son una "*inferencia con peligrosa subjetividad*" y que es obligación probar la existencia del acuerdo con los efectos endilgados y que estos respondan válidamente a contravenir la libre competencia. Así, consideraron que los indicios deben analizarse en conjunto para que se llegue al convencimiento pleno de la existencia de la conducta anticompetitiva. Por esto, según los impugnantes, no cualquier indicio puede ser considerado como adecuado ya que es necesario que la prueba indiciaria sea pertinente, idónea, conducente, legal y eficaz. De este modo, reiteran que no está debidamente probada la existencia del acuerdo anticompetitivo y que solo existen unas coincidencias normales por tratarse de la modalidad de selección que determinó **AEROCAFÉ**.

Bajo los anteriores planteamientos, intentaron alegar que (i) la presentación mutua de la hoja de vida del director de interventoría se hizo en beneficio del seguimiento especializado que requería la ejecución del contrato de **AEROCAFÉ** y no tuvo nada que ver con "*querer dañar a un tercero ni mucho menos fijar términos en las propuestas*", (ii) que el pliego de condiciones no restringía la posibilidad de que dos (2) oferentes presentaran la hoja de vida del mismo profesional para dicho cargo y (iii) que la coincidencia de cumplir aspectos propios de las reglas establecidas en los pliegos

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de condiciones elaborados por las entidades públicas contratantes no significa que se hayan fijado términos en la propuesta.

En el mismo sentido, señalaron que si se analizan adecuadamente los pliegos de condiciones, estos respetaban y consagraban la igualdad de condiciones entre los proponentes y que incluso muchos otros oferentes participaron con criterios iguales, entre los cuales destacan a **ESPARZA INGENIERÍA LTDA** y **CAJIAO Y ASOCIADOS S.A.**

Adicionalmente, indicaron que el material probatorio recopilado es precario y se basa en un solo testimonio que fue desacreditado. Y que es por medio de los testimonios (que no fueron ratificados y cuyo contenido no es válido porque se basan en preguntas sugestivas y respuestas inducidas) que se está llegando al indicio de la existencia de colusión entre los oferentes, lo cual, afecta la legalidad, idoneidad y eficacia de la prueba. A su juicio, los testimonios de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** no pueden dar cuenta de la existencia de una práctica comercial restrictiva porque se trata de declaraciones inducidas o acomodadas sin que existan hechos probados que permitan llegar –por medio de indicios- a conclusiones y que, en todo caso, tales pruebas no dejan convencimiento pleno, y libre de duda, acerca de la existencia de la colusión.

Por último, **IDT, CDC INGENIERÍA S.A.S., ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** y **LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE** alegaron que no hay nada probado en relación con la clase de acuerdo participaron y que no existe una sola conducta desplegada que haya demostrado el menor asomo de un acuerdo anticompetitivo.

A efectos de analizar los argumentos presentados por los recurrentes, es preciso hacer alusión a la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

"Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

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

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

"(...) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad (...)"¹⁵ (Subraya y negrilla fuera del texto).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, lo que se cita a continuación:

"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción. (...)”¹⁶ (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

*“(...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero “... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso” (G.J. t. CCVIII, pág. 151).”*¹⁷ (Subraya y negrilla fuera del texto original).

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

*“(...) La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, supone “la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse” (Casación Civil., Sentencia del 6 de junio de 1995)*¹⁸. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

A partir de lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Así mismo, respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

*El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.”*¹⁹ (Subraya y negrilla fuera del texto).

Así las cosas, debe ponerse de presente que las conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia de un acuerdo colusorio en que sus participantes coordinaron la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas y que se extendió incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados, fueron el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio, que abarcó elementos de contexto y tuvo en cuenta pruebas que evidenciaron toda la coordinación de los investigados en los concursos de méritos objeto de estudio, desde la conformación de los

¹⁶ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. Rad. No. 200012331000 2003 01951 01.

¹⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2004. Rad. No. 7779.

¹⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Rad. No. 110013103022 1998 01485 01.

¹⁹ Couture, Eduardo J. *Fundamentos de derecho procesal civil*. Ediciones Depalma. 1962. Citado por la Corte Constitucional en Sentencia C - 622 de 1998.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

consorcios hasta la existencia de una relación contractual de los agentes coludidos, posterior a los procesos de selección, bajo una coordinación que abarcó el componente económico de las ofertas y dejó en evidencia una serie de similitudes e identidades formales en las ofertas, que por su contundencia no lograron ser explicadas en forma razonable por ninguno de los investigados.

Lo anterior representa una razón por la cual cualquier argumento de los recurrentes dirigido a desacreditar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los demás elementos probatorios y dejando de lado los puntos de convergencia o coincidencia que muestra con estos deba ser rechazada, toda vez que una posición en ese sentido desconoce abiertamente la obligación legal de valoración conjunta de la prueba prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional. Sin perder de vista lo expuesto, a continuación se pasará a analizar cada uno de los reproches de los recurrentes que en esencia tratan sobre la valoración probatoria realizada en el presente caso.

De esta manera, en relación con el argumento de los recurrentes dirigido a señalar que los testimonios de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** no pueden dar cuenta de la existencia de una práctica comercial restrictiva, se advierte que el mismo no tiene ningún mérito de prosperidad y será rechazado por las razones que se exponen a continuación.

La metodología propuesta en la Resolución Sancionatoria abarcó unos elementos de contexto, sumamente relevantes, sobre algunas relaciones que existieron entre los investigados en el momento en que tales procesos de selección contractual tuvieron lugar. Específicamente, se demostró la cercanía comercial preexistente entre **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**. Estos investigados tuvieron una fuerte relación comercial que coincidió con el periodo en que fueron adelantados los concursos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009**. Tal relación se sustenta en que, antes y durante el periodo en el que tales concursos de méritos tuvieron lugar, estos sujetos fueron socios de la sociedad **LAVICÓN**.

Así, se encontró un vínculo societario entre los sujetos referidos que permitió inferir, sin lugar a dudas, que existió una cercanía importante (eran socios) y que, de manera concomitante a tal nexo, concurrieron a los procesos de selección **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009** como supuestos rivales comerciales. Esta conclusión se encuentra debidamente acreditada con pruebas documentales conducentes -Certificado de Existencia y Representación Legal²⁰ y Actas de Junta Extraordinaria de Socios²¹ de la sociedad **LAVICÓN**- para tal fin y, además, tal conclusión fue corroborada mediante prueba testimonial -declaración de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**²².

En este punto, es importante aclarar a los recurrentes que este tipo de vínculos societarios preexistentes no es en sí mismo reprochable por las normas de protección de la libre competencia económica, por el contrario, es una práctica común y deseable en cualquier actividad económica en virtud de la libre iniciativa privada y la libertad de empresa. De este modo, la cercanía comercial preexistente entre los investigados no se presentó para dar cuenta del comportamiento colusorio objeto de estudio, sino simplemente como un indicio que, desde una perspectiva lógica y de sana crítica, valorado en conjunto con el acervo probatorio obrante en el Expediente, hace más explicables y comprensibles los comportamientos de coordinación que configuraron propiamente el acuerdo colusorio.

El anterior entendimiento incluso ha sido ratificado por la jurisprudencia administrativa al señalar que la práctica colusoria por su naturaleza requiere previo conocimiento de quienes efectúen el acuerdo restrictivo de la competencia. Al respecto, se ha sostenido que:

"(...) el hecho de tener este tipo de relación, por sí misma no es censurable, esto es, la asociación de las compañías para participar conjuntamente en los procesos de selección, es una facultad permitida por el ordenamiento jurídico y una práctica común de los comerciantes e interesados en ser adjudicatarios de contratos estatales, aunando

²⁰ Folios No. 12 a 16 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

²¹ Folios No. 557 a 558 del Cuaderno Público No. 3 y Folios No. 1957 a 1961 Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

²² Folios No. 563 a 564 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente (minutos 42:50; 48:10). Archivo denominado "Tracko34-Edgar Castro".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

esfuerzos para tal fin. Sin embargo, no por ello este indicio debe ser desestimado, pues la práctica colusoria por su naturaleza requiere previo conocimiento de quienes efectúen el acuerdo restrictivo de la competencia, siendo más probable la incursión en este tipo de conductas entre quienes previamente han trabajado conjuntamente en otros procesos de contratación pública y se conocen con antelación.

Mal haría la Sala considerar que se probó el acuerdo restrictivo de la competencia sólo teniendo en cuenta la relación personal y comercial entre quienes fueron sancionados por la Superintendencia demandada, sin embargo, la ocurrencia de este elemento materia de prueba, con otros elementos fácticos y probatorios, sí permite establecer la incursión en este tipo de conductas reprochables."²³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De tal manera, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, esta relación comercial sustentada en vínculos societarios comunes resulta relevante en el caso analizado por esta Superintendencia, pues es un indicio que, valorado en conjunto con las demás pruebas que reposan en el Expediente, deja ver que los mencionados sujetos tenían una cercanía entre sí y —en razón de ello- eventuales razones para favorecerse y beneficiarse mutuamente en el momento en que los hechos objeto de estudio tuvieron lugar.

Como puede apreciarse, no es cierto lo indicado en los recursos por los impugnantes en relación con que no existen hechos probados que permitan llegar —por medio de indicios- a conclusiones acerca de la colusión sancionada, cuando es evidente que entre muchas otras pruebas, están acreditados unos vínculos societarios preexistentes entre los sancionados, circunstancia que, con otros elementos fácticos y probatorios, como lo ha considerado la propia jurisprudencia administrativa sobre la materia, hace más probable y permite establecer la incursión en conductas como las reprochadas en el acto administrativo recurrido.

En efecto, para este Despacho está absolutamente acreditado que los consorcios **DICO IDT y PALESTINA 8**, y los consorcios **DICO IDT 2 y PALESTINA 10**, coordinaron su comportamiento en los concursos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009** (respectivamente) adelantados por **AEROCAFÉ**, con el fin de aumentar la probabilidad de que alguno de ellos —especialmente **DICO IDT y DICO IDT 2**- resultara adjudicatario, como efectivamente sucedió, ya que el éxito de los consorcios coludidos significaba beneficios para todos ellos (especialmente para sus correspondientes representantes legales).

La coordinación implementada, que en últimas representa el comportamiento colusorio sancionado, abarcó no solo la conformación de las estructuras plurales con las que participaron en los correspondientes concursos de méritos, sino también la estructuración de las ofertas que se presentaron en los procesos mencionados y tal acuerdo colusorio se extendió, como consecuencia de los vínculos contractuales que se presentaron, posteriormente a la adjudicación de los contratos entre los agentes investigados.

De esta manera, se encontró acreditada una coordinación en la conformación de los consorcios. Esto, a través del conocimiento que tenían los investigados del interés mutuo en participar en los procesos de selección adelantados por **AEROCAFÉ**. Tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT y DICO IDT 2**) y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8 y PALESTINA 10**) conocían recíprocamente del interés que tenían en participar en los concursos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009** adelantados por **AEROCAFÉ**.

Esta circunstancia resultó demostrada mediante distintas pruebas documentales que permitieron evidenciar que estos sujetos —incluido **RODRIGO LÓPEZ ARANA**, representante legal de **DICONSULTORÍA**— asistieron a las visitas oficiales no obligatorias que **AEROCAFÉ** llevó a cabo el 1 de octubre de 2009 para ambos concursos, con el fin de que los proponentes pudieran

²³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

inspeccionar y examinar el lugar donde se ejecutarían los trabajos de construcción. Así lo acreditan las actas de dichas diligencias²⁴:

Imagen No. 1. Acta de visita del concurso de méritos CM-AAC-001-2009

ASOCIACIÓN AEROPUERTO DEL CAFÉ

ACTA DE VISITA CONCURSO DE MÉRITOS CM-AAC-001-2009

CIUDAD Y FECHA: PALESTINA, OCTUBRE 1 DE 2009.

Siendo las 8:00 am se da inicio a la visita NO OBLIGATORIA programada para el proceso de Concurso de Méritos No. CM-AAC-001-2009. Los asistentes por parte de la Asociación Aeropuerto del Café son: Carlos Arturo Puerta Cárdenas, Secretario General; Juan Alejandro Dávila Rincón, Coordinador Técnico; Diego Fernando Zuluaga Ángel, Ingeniero Área Técnica; Carolina Cardona Cárdenas, Interventora Ambiental; María del Pilar Calderón Villegas, Asistente Jurídica; Secretaría General, Elías Antonio Marín quien presta apoyo a la parte técnica, de igual forma se hizo presente por parte de la AERONÁUTICA CIVIL el supervisor Ingeniero Jorge Iván Marutanda Hincapié. De los interesados en presentar propuestas, que asistieron a la visita, se anexa el listado de asistencia.

El listado con la constancia de asistencia, hace parte de la presente acta.

Se deja constancia que la visita tiene como objetivo que los posibles proponentes conozcan el sitio y las condiciones físicas en donde se realizará la obra.

El señor EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.607.468, actuando como representante del Consorcio PALESTINA 08 efectúa entrega de una constancia del examen al sitio de los trabajos y de una copia del documento contenitivo de la carta de información de Consorcio PALESTINA 08 (se exhibieron los originales), de los cuales se da lectura y se anexan a la presente acta.

El señor JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA identificado con la cédula de ciudadanía No. 75.091.164, actuando como representante del Consorcio DICO - IDT efectúa entrega de una constancia del examen al sitio de los trabajos y una copia del documento contenitivo de la carta de información del Consorcio DICO - IDT (se exhibieron los originales), de los cuales se da lectura y se anexan a la presente acta.

FECHA: 01 de octubre de 2009.
HORA DE INICIO VISITA: 8:00 am.
LUGAR DE REUNIÓN: Palestina - Caldas

**CONCURSO DE MÉRITOS CM-AAC-001-2009 INTERVENTORÍA CONSTRUCCIÓN TERRAPLÉN B.
CONTROL DE ASISTENCIA AL EXÁMEN AL SITIO DE LA OBRA**

	NOBRE COMPLETO	IDENTIFICACIÓN	EMPRESA REPRESENTADA	FIRMA ASISTENTE A LA VISITA
1	RODRIGO LOPEZ	16.772.800	Consultoria SA	
2	Roberto Carvajal C.	4.118.207	IBYCO 146.000	
3	EDGAR A. CASTRO L.	71607468	Consorcio Palestina 08	
4	Oscar Emilio Rodríguez Betanc	16'075.539	HAB Ingeniería de vales	
5	Jaime Alberto Llano Garcia	75.091.164	Consorcio DICO-IDT	
6				

Fuente: Folio No. 1382 (CD) del cuaderno público No. 4 del Expediente. Ruta de acceso: "VISITA AL SECOP 15OCT2013" - "CM-AAC-001-2009". Archivo PDF titulado "DA_PROCESO_09-15-239545_217001038_1289331".

ESPACIO EN BLANCO

²⁴ Folio No. 1382 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Ruta de acceso: \VISITA AL SECOP 15OCT2013\CM-AAC-001-2009\Archivos Descargados\DA_PROCESO_09-15-239545_217001038_1289331.pdf. y D:\VISITA AL SECOP 15OCT2013\CM-AAC-002-2009\Archivos Descargados\DA_PROCESO_09-15-239546_217001038_1289413.pdf.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 2. Acta de visita del concurso de méritos CM-AAC-002-2009

ASOCIACIÓN AEROPUERTO DEL CAFÉ**ACTA DE VISITA CONCURSO DE MÉRITOS CM-AAC-002-2009**

CIUDAD Y FECHA: PALESTINA, OCTUBRE 1 DE 2009.

Siendo las 11:00 am se da inicio a la visita NO OBLIGATORIA programada para el proceso de Concurso de Méritos No. CM-AAC-002-2009. Los asistentes por parte de la Asociación Aeropuerto del Café son: Carlos Arturo Puerta Cárdenas, Secretario General; Juan Alejandro Dávila Rincón, Coordinador Técnico; Diego Fernando Zuluaga Ángel, Ingeniero Área Técnica, Carolina Cardona Cárdenas, Interventora Ambiental, María del Pilar Calderón Villegas, Asistente Jurídica, Secretaría General, Elias Antonio Marín quien presta apoyo a la parte técnica, de igual forma se hizo presente por parte de la AERONÁUTICA CIVIL el supervisor Ingeniero Jorge Iván Marulanda Hincapié. De los interesados en presentar propuestas, que asistieron a la visita, se anexa el listado de asistencia.

El listado con la constancia de asistencia, hace parte de la presente acta.

Se deja constancia que la visita tiene como objetivo que los posibles proponentes conozcan el sitio y las condiciones físicas en donde se realizará la obra.

El arquitecto FEDERICO VELASCO hace entrega de un poder o autorización expedido por el señor MIGUEL ANGEL BOTERO como representante legal de la empresa MAB INGENIERÍA DE VALOR. En virtud de dicho poder el señor FEDERICO VELASCO entrega una constancia del examen al sitio de los trabajos del cual se da lectura y se anexa a la presente acta. Igualmente dicha empresa envió por correo electrónico al correo señalado en los pliegos dos comunicaciones que se imprimirán y se anexarán a la presente acta.

El señor EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE identificado con la cédula de ciudadanía No. 71.607.468, actuando como representante del Consorcio PALESTINA 10 efectúa entrega de una constancia del examen al sitio de los trabajos y de una copia del documento contentivo de la carta de información de Consorcio PALESTINA 10 (se exhibieron los originales), de los cuales se da lectura y se anexan a la presente acta.

El señor JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA identificado con la cédula de ciudadanía No. 75.091.164, actuando como representante del Consorcio DICO - IDT2 efectúa entrega de una constancia del examen al sitio de los trabajos y una copia del documento contentivo de la carta de información del Consorcio DICO - IDT2 (se exhibieron los originales), de los cuales se da lectura y se anexan a la presente acta.

Aeropuerto del Café

FECHA DE LA VISITA: 01/10/2009
HORA DE INICIO VISITA: 11:00 AM
LUGAR DE REUNIÓN: Palestina-Caldas

CONCURSO DE MÉRITOS CM-AAC-002-2009 - INTERVENTORÍA CONSTRUCCIÓN TERRAPLEN No. 10
CONTROL DE ASISTENCIA AL EXAMEN AL SITIO DE LA OBRA

NOMBRE COMPLETO	IDENTIFICACIÓN	EMPRESA REPRESENTADA	FIRMA ASISTENTE A LA VISITA
Federico Velasco	C.C. 75063358	MAB - 900139110-5	Federico Velasco
Jaime Alberto Llano García	75.091.164	Consorcio DICO-IDT2	Jaime Alberto Llano García
Roberto Carrizosa	4110207	Joyca Ltda	Roberto Carrizosa
Edgar A. Castro L	71607468	Consorcio Palestina 10	Edgar A. Castro L
Rodrigo López	16.771.800	Consorcio DICO-IDT2	Rodrigo López

Fuente: Folio No. 1382 (CD) del cuaderno público No. 4 del Expediente. Ruta de acceso: "VISITA AL SECOP 15OCT2013" - "CM-AAC-002-2009". Archivo PDF titulado "DA_PROCESO_09-15-239546_217001038_1289413"

Como puede apreciarse, las circunstancias de tiempo, modo y lugar que se desprenden de la valoración conjunta de las pruebas documentales presentadas no dejan ninguna duda de que JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA, EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE y RODRIGO LÓPEZ ARANA coincidieron en las visitas oficiales no obligatorias de los concursos CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009 adelantados por AEROCAFÉ, lo que permite deducir el hecho de que conocían recíprocamente del interés que tenían en participar en los procesos de selección contractual.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La anterior conclusión resulta corroborada con la propia declaración de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) que acreditó en su declaración la participación en las visitas señaladas, la concurrencia de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) en tales espacios y el consecuente conocimiento mutuo que tenían de su interés en participar en los concursos referidos:

"Pregunta: ¿Usted no tuvo la oportunidad de darse cuenta en la visita que el señor CASTRO estaba participando?"

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *No pues todos estábamos allá, él estaba allá, yo estaba con Rodrigo, en la visita iba el pues el que quisiera (...).*

Pregunta: Pero entonces ¿usted sí sabía que el señor Edgar tenía interés en participar?"

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *Pues sí, allá estaba, él permanecía allá*²⁵. (Subraya y negrilla de texto original).

La eficacia de las anteriores pruebas —documentales y testimonial— desvirtúan y restaron toda credibilidad al dicho de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) que en su declaración indicó que no tenía conocimiento previo del interés de sus potenciales competidores de participar en los concursos de méritos adelantados por **AEROCAFÉ**, ya que solo hasta la adjudicación de las interventorías se había enterado de que —su entonces socio- **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) estaba participando en los mismos procesos de selección²⁶. No puede olvidarse que, según el Consejo de Estado, un criterio objetivo para la valoración del testimonio es su "(...) *concordancia, entendida como la coherencia guardada con los demás medios de prueba*"²⁷.

A su vez, esa falta de concordancia de la declaración de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, con las demás pruebas obrantes en el Expediente, debe tomarse como un comportamiento que falta abiertamente a la verdad y que sirve como indicio en contra del sujeto declarante, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 241 del Código General del Proceso.

Como puede apreciarse, las declaraciones presentadas previamente, no pueden ser consideradas como "*inducidas o acomodadas*", según señalan los recurrentes, por el contrario, las declaraciones fueron valoradas en su conjunto con las demás pruebas obrantes en el Expediente y a la luz de las máximas de la experiencia y la sana crítica.

Adicionalmente, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, resulta particularmente llamativo que, en el marco de tales visitas, los investigados hubieran aportado coincidentemente una copia de un documento ("carta de información") que daba cuenta de la conformación de los consorcios **PALESTINA 8**, **PALESTINA 10** (representados por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**) y **DICO IDT** y **DICO IDT 2** (representados por **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA**), aun cuando tal documento no era un anexo obligatorio para la etapa en la que se encontraban los procesos de selección. Esta circunstancia, representa un hecho que, analizado desde su radicación coincidente, la cercanía comercial de sus titulares y el conocimiento recíproco que tenían estos últimos de su interés en participar en los concursos de méritos señalados, es un sólido indicio de una gestión coordinada que se fomentó incluso desde antes de que los concursos fueran adelantados.

En línea con lo anterior, se encontró acreditado que **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**), en contradicción de cualquier lógica competitiva, fomentó la asociación entre **DICONSULTORÍA** y **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**),

²⁵ Folios No. 556 a 562 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente (minuto 42:49). Archivo denominado "Track048 – Jaime Alberto Llano García".

²⁶ Folios No. 563 y 564 del Cuadernos Públicos No. 3 del Expediente (minuto 49:57). Archivo denominado "Tracko34- Edgar Castro".

²⁷ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de junio de 2013. Rad. No. 050012331000 1997 03186 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

para que este último conformara los consorcios con los que compitió en su contra en los procesos de selección **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009**.

Esta circunstancia se encuentra demostrada con la declaración de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) quien afirmó que su entonces socio **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) fue quien le presentó a los demás integrantes de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**, y particularmente, a **RICARDO LÓPEZ ARANA** (representante legal de **DICONSULTORÍA**), ya que con esta última empresa se había "presentado en otros proyectos"²⁸. Al respecto, indicó lo siguiente:

"Pregunta: ¿Cuál de estas dos empresas realizó la propuesta, la elaboró?

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *Lo que pasa es que por ejemplo ellos, mejor dicho, yo los conocí, por ejemplo, a ellos, a RODRIGO LÓPEZ [DICONSULTORÍA], yo lo conocí a través del ingeniero EDGAR CASTRO, ellos ya manejaron lo que tenía que ver con la parte de hacer la propuesta y todo eso (...).*

Pregunta: ¿Y el ingeniero Edgar que usted mencionaba?

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *A través de él fue que yo conocí a Rodrigo López Arana, ellos ya se habían presentado en otros proyectos.*

(...)

*Pregunta: Nos dijo que el señor **EDGAR CASTRO** lo había puesto en contacto con las dos empresas, con las dos.*

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *Sí.*

*Pregunta: Entonces ¿fueron esas empresas las que le pidieron al señor **CASTRO** que lo pusieran en contacto con usted o fue usted? ¿Quién mostró interés en consorciarse, usted con ellos o ellos con usted?*

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *Lo que pasa es que la idea era buscar un consorcio.*

Pregunta: Pero ¿cómo fue el acercamiento?

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *(...) La idea era buscar una empresa en Manizales (...) El ingeniero Edgar me puso en contacto con ellos y a través de ellos los conocí (...)"²⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Este hecho resulta particularmente relevante ya que los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2** –los cuales lograron la adjudicación de los contratos– acreditaron la "*experiencia específica*" en los procesos de selección, en su totalidad, a través de **DICONSULTORÍA**³⁰. Esto quiere decir que en los concursos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009**, los consorcios ganadores acreditaron el factor más importante de competencia en ese escenario (la experiencia) gracias a gestiones adelantadas precisamente por uno de sus competidores directos en tales procesos: **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**).

Así mismo, resulta paradójico y altamente llamativo el hecho de que las propuestas de los consorcios representados por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) fueran rechazadas en tales concursos, entre otras razones, porque no acreditaron la experiencia necesaria. En otras palabras, este agente del mercado no resultó adjudicatario de los contratos por un factor esencial de competencia del concurso que gestionó en beneficio de su entonces socio y potencial

²⁸ Folios No. 556 a 562 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente (minuto: 14:18). Archivo denominado "Track048 – Jaime Alberto Llano García".

²⁹ *Ibidem* (minutos 9:35, 14:21 y 17:44).

³⁰ Folios No. 196, 197, 205, 222 y 226 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente y Folios No. 343, 344, 352, 369 y 373 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

competidor. El hecho de que un proponente gestione la conformación de un consorcio competidor con experiencia suficiente para que concurra a concursos de méritos con mejores posibilidades de ganar carece de todo sentido lógico y racionalidad competitiva. Por ende, este Despacho reitera que este comportamiento, analizado bajo las máximas de la experiencia, lo que deja ver es que **EDGAR ALONSO CASTRO** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) actuó en coordinación con su competidor **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) para, cuando menos, asegurar que este último resultara ganador de los procesos –como en efecto sucedió–.

El análisis expuesto en relación con la coordinación implementada por los investigados y que da cuenta, a su vez, del acuerdo colusorio sancionado, ha sido empleado en ámbitos más estrictos que el administrativo. En materia penal, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que:

*"Así, por ejemplo, si no existe "prueba directa" de que varias personas acordaron previamente realizar una conducta punible (elemento estructural de la coautoría), pero se tiene el dato de que actuaron coordinadamente, el dato desconocido (el acuerdo previo) puede inferirse razonablemente a partir del dato conocido (actuaron coordinadamente), a partir de un enunciado general y abstracto que puede extraerse de la observación cotidiana y repetida de fenómenos, que podría expresarse así: **casi siempre que varias personas ejecutan una acción de forma coordinada es porque previamente han acordado su realización.** Valga aclarar que este tipo de reglas no se extrae de la observación frecuente de acuerdos para cometer delitos (esto escapa a la posibilidad de observación cotidiana), sino de la percepción de fenómenos frecuentes sobre el comportamiento de los seres humanos cuando interactúan armónicamente entre sí: eventos deportivos, trabajos grupales, etc. (...)"*³¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, a la luz de la máxima de la experiencia en materia penal, según la cual casi siempre que varias personas ejecutan una acción de forma coordinada es porque previamente han acordado su realización, se ha llegado a la conclusión de la existencia de un acuerdo previo para la realización de una conducta punible. En idéntico sentido, esta Superintendencia ha logrado inferir razonablemente la existencia del acuerdo colusorio como consecuencia del comportamiento coordinado de los investigados, lo cual es un análisis absolutamente permitido, más cuando resulta corroborado por el análisis en conjunto de las demás pruebas obrantes en el Expediente, por lo que los argumentos de los recurrentes dirigidos a descalificar las conclusiones de la Resolución Sancionatoria no tienen ningún tipo de respaldo fáctico o jurídico.

Incluso, vale la pena poner de presente que **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) sostuvo en su declaración que fue escogido como representante legal de los consorcios a su cargo toda vez que estaba en posibilidad de atender diligencias en Manizales. Como contraprestación a la atención de visitas en dicha ciudad, obtendría la experiencia requerida en los contratos y, consecuentemente, tendría garantizado trabajo como ingeniero residente. Sobre el particular, manifestó lo siguiente:

"Pregunta: ¿Por qué fue escogido usted como representante legal?

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *Por lo que yo le comentaba. Resulta que por ejemplo al momento de armar el consorcio tenía que haber una pues persona y tenía que ser el representante legal el que asistiera a la visita, ellos no tenían la posibilidad y yo sí la tenía. Es que esa fue la propuesta de ellos sobre todo (...) garantizarme el trabajo como ingeniero residente de las interventorías y garantizarme pues como un proyecto para un año o dos años, garantizarme la experiencia, sobre todo la experiencia porque conseguir una experiencia de ese tipo no es como tan fácil"*³². (Subraya fuera de texto original).

Así las cosas, para este Despacho no existe ninguna duda de que hubo un acuerdo previo a la conformación de los consorcios que giraban en torno al factor de competencia determinante, la experiencia, requerido en los procesos de selección adelantados por **AEROCAFÉ**, al punto de reconocer lo difícil que era acreditar tal factor y que –en virtud de ello– llevaron a que la representación ejercida por **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante de los consorcios

³¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. Sentencia No. SP1467-2016. Rad. No. 37175.

³² Folios No. 556 a 562 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente (minuto 9:35). Archivo denominado "Track048 – Jaime Alberto Llano García".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

DICO IDT y DICO IDT 2) en los concursos ganadores obedeciera a más "contraprestaciones" previamente pactadas, que liderazgos realmente ejercidos o un auténtico proceso competitivo.

De otra parte, en la metodología planteada en la Resolución Sancionatoria para el análisis del caso bajo estudio, un aspecto fundamental fue la coordinación en la estructuración de las ofertas. Lo que abarcó el análisis de (i) unas reuniones previas para la elaboración de las ofertas coludidas, (ii) unas coincidencias en relación con el director de interventoría de las ofertas, (iii) unas coincidencias en relación con el componente económico de las ofertas y (iv) otra serie de coincidencias formales en las propuestas. A continuación se pasará a recapitular el acervo probatorio que, sumado a las demás pruebas previamente presentadas, permite demostrar indiscutiblemente el escenario propio de un acuerdo colusorio en el presente caso y que, a su vez, permite rechazar de plano la afirmación de los recurrentes dirigida a señalar que el material probatorio recopilado en este caso era precario o que la sanción se fundamentó en una única declaración.

En primer lugar, las reuniones previas para la elaboración conjunta de las ofertas coludidas resultaron plenamente demostradas a través de la declaración de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT y DICO IDT 2**), quien sostuvo que **RODRIGO LÓPEZ ARANA** (representante legal de **DICONSULTORÍA**) y **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** (representante de **IDT**), ambos integrantes de los consorcios **DICO IDT y DICO IDT 2**, sostuvieron reuniones con **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8 y PALESTINA 10**) para elaborar –o "montar"– sus propuestas. Al respecto, indicó lo siguiente:

"Pregunta: ¿Sabe usted cómo se realizó la oferta económica?"

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *Yo, por ejemplo, en la montada de la propuesta para presentarse a la licitación, yo no.*

Pregunta: ¿Quién es la persona encargada que nos pudiera dar de pronto esa información?"

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *Eso ya tocaría hablarlo por ejemplo con, cuando fueron a armar el consorcio ya se reunieron, por ejemplo, si no estoy mal, **RODRIGO LÓPEZ** el de (...) **DICONSULTORÍA** se reunió allá con el ingeniero **EDGAR** y con **ÓSCAR MANJÓN** y, no sé si en Cali o dónde la montarían.*

(...)

*Pregunta: Entonces ¿fueron esas empresas las que le pidieron al señor **CASTRO** que lo pusieran en contacto con usted o fue usted?, ¿Quién mostró interés en consorciarse usted con ellos o ellos con usted?"*

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA: *El ingeniero **EDGAR** me puso en contacto con ellos y a través de ellos yo los conocí, a ellos les interesé y a mí igualmente pues sí por la experiencia (...)"³³. (Subraya fuera de texto original).*

Se advierte en este punto que ni los argumentos de los recurrentes ni las declaraciones rendidas por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8 y PALESTINA 10**), **RODRIGO LÓPEZ ARANA** (representante legal de **DICONSULTORÍA**), **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** (representante legal de **IDT LTDA**) y **EDWIN ANDRÉS CHÁVEZ ORTEGA** (director de propuestas de **DICONSULTORÍA**) tienen el suficiente carácter demostrativo para desvirtuar la realización de la reunión preparatoria de ofertas referida en la declaración.

En este sentido se pone de presente que, aun cuando algunos de los recurrentes alegaron que esta Entidad únicamente le dio peso a la declaración rendida por **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT y DICO IDT 2**), lo cierto es que, tal y como se dispuso en el Informe Motivado y se reiteró en la Resolución Sancionatoria, la reunión referida en la declaración citada tiene concordancia con el restante material probatorio, por lo que dicho argumento tampoco tendría mérito de prosperidad. Además, las otras declaraciones que pretendían contradecir su veracidad se caracterizaron por su falta de espontaneidad, pues contuvieron

³³ Folios No. 556 a 562 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente (minuto 11:48). Archivo denominado "Track048 – Jaime Alberto Llano García".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

respuestas evasivas e incompletas que restaron por completo su credibilidad. Al respecto, se reiteran los siguientes apartes del Informe Motivado que son suficientes para terminar de rechazar el argumento presentado sobre ese punto.

*"En su declaración, **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** dijo, respecto de las preguntas asociadas con la elaboración de la oferta, que "existía un departamento para ello" y que las elaboraba su "secretaria", que la oferta económica "no requiere mucho análisis y que la maneja él", que "no recuerda" el método de adjudicación de la interventoría de los terraplenes, que "no recuerda" haber participado en procesos en los que "su hermano" **-LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE**, representante legal de **CDC-compitió**, que no "recuerda haber ido a la visita de obra", que "no conoce" a **IDT**, que "no sabe" si al presentarse en los procesos de los terraplenes 8 y 10 **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** era socio de **LAVICÓN**, que se enteró que **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** estaba participando en los procesos de selección solo "al momento de la adjudicación" y que "no recuerda" haber presentado a **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES** como director de las interventorías³⁴.*

*En su declaración, **RODRIGO LÓPEZ ARANA** afirmó que "no tuvo" ninguna participación en la elaboración de las ofertas de **DICO IDT** y **DICO IDT 2** por cuanto existe un "departamento de licitaciones autónomo", "que no hizo ningún tipo de seguimiento" a los documentos consorciales que firmó, que "no tuvo" ningún tipo de comunicación directa con el departamento de licitaciones durante el desarrollo del concurso de méritos, que en la visita "no conoció" a **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, que no tuvo conocimiento de la participación en ese proceso de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, que "no conoció" al señor **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** para la época de los hechos y "que no ha preguntado" al departamento de licitaciones cómo se estructuraron los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**³⁵.*

*En la declaración de **EDWIN ANDRÉS CHAVEZ ORTEGA** se resalta la ausencia de una justificación que explique la inclusión de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** en los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**³⁶, sobre todo porque dicho agente no tenía experiencia acreditada previo a la apertura de los procesos de selección de los terraplenes 8 y 10. Así mismo, debe llamarse la atención acerca de que el declarante afirmó que no recuerda los pormenores del proceso a pesar de conocer el objeto de la declaración³⁷.*

*Finalmente, en la declaración de **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** en representación de **IDT** se resalta que la forma en que esta persona jurídica se enteró de los concursos de méritos fue a través de su dirección comercial y que el declarante "no recuerda" el nombre de la persona encargada de esta área³⁸, que "no recuerda" quién se encargó en **IDT** de la elaboración de la oferta presentada por **DICO IDT** y **DICO IDT 2** para los mencionados concursos, que "no recuerda" quién era el representante legal del consorcio, que "no sabe" quién fue la persona encargada de estructurar los valores y diligenciar los formatos en la preparación de la oferta para los concursos que interesan y que no puede indicar en qué lugar se elaboraron las propuestas de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**.*

*Entonces, como se mencionó, la versión de los hechos de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** fue libre y espontánea. En cambio, las rendidas por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**, **RODRIGO LÓPEZ ARANA**, **EDWIN ANDRÉS CHAVEZ ORTEGA** y **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** se caracterizaron por la afirmación de hechos contrarios de la realidad y por acudir a repuestas evasivas e incompletas en cuanto a hechos propios relacionados con el trámite de los concursos de méritos que interesan, en*

³⁴ Folios No. 563 y 564 del cuaderno público No. 3 del Expediente (minutos 16:08; 18:20; 25:52; 31:18; 31:18; 39:20, 41:04 y 48:10). Archivo denominado "Track034-Edgar Castro".

³⁵ Folios No. 1389 y 1390 del cuaderno público No. 4 del Expediente (minutos 4:33; 05:05; 7:18; 7:28; 8:00; 12:38). Archivo denominado "Track545- Rodrigo López Aranda".

³⁶ Folios No. 1561 a 1563 del cuaderno público No. 5 del Expediente (minuto 18:27 a 19:35). Archivo denominado "Track658".

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Folios No. 1847 a 1854 del cuaderno público No. 6 del Expediente (minutos: 04:03 a 04:19; 04:21 a 04:30; 06:03 a 06:17; 08:34 a 08:38; 17:29 a 18:03; y 18:07 a 18:18. Archivo denominado "20141217 2_11_18 p.m."

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*especial, sobre la elaboración de las ofertas, de lo cual existen otros elementos que acreditan la directa participación de cada uno de los declarantes*³⁹.

De tal manera, como se expuso en la Resolución Sancionatoria, teniendo en cuenta que las inconsistencias identificadas versan sobre hechos que fueron demostrados con base en otros elementos de prueba, este Despacho, en línea con lo dispuesto en el artículo 241 del Código General del Proceso, infiere a partir de tales hechos un indicio que apoya la conclusión consistente en que los agentes efectivamente coordinaron la preparación de las ofertas para lograr la adjudicación de los concursos de méritos adelantados por **AEROCAFÉ**.

Precisamente, en relación con el estudio de los indicios, los recurrentes presentaron algunas censuras relacionadas con que (i) constituyen una "inferencia con peligrosa subjetividad", pues, por ejemplo, a partir de los testimonios descritos estaba infiriendo la colusión imputada, (ii) que los indicios deben analizarse con el conjunto probatorio para que se llegue al convencimiento pleno de la existencia de la conducta anticompetitiva y (iii) que no cualquier indicio puede ser considerado como adecuado ya que es necesario que la prueba indiciaria sea pertinente, idónea, conducente, legal y eficaz.

Sobre el particular, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido de respaldar la apreciación según la cual los indicios deben analizarse en conjunto con el material probatorio obrante en el Expediente, y aclara que es precisamente por ello que las declaraciones antes referidas, que coincidentemente representan comportamientos evasivos, terminan apoyando la existencia del ambiente de colaboración que se dio entre los agentes colusores. En últimas, tales testimonios no espontáneos se toman como indicios en contra ya que representan elementos graves, concordantes y convergentes que confluyeron con hechos ciertos probados (como las coincidencias ya descritas) que los desvirtúan abiertamente y que, desde un criterio de sana crítica, resultan inexplicables en un ambiente de real y sana competencia.

Adicionalmente, se aclara que no es cierto que únicamente a partir de estas declaraciones se haya concluido que la colusión imputada efectivamente se dio. Lo que se está afirmando es que este tipo de evidencias apoyan –no fundamentan– las conclusiones hechas en este sentido, pues no es el análisis aislado de un elemento probatorio, sino el estudio integral de todos ellos, lo que permite llegar a conclusiones respecto del ilícito imputado, por lo que los argumentos de los recurrentes son improcedentes.

Al respecto, resultan ilustrativas y pertinentes las consideraciones que sobre la configuración de la prueba indiciaria ha realizado el Consejo de Estado⁴⁰:

"Ahora bien, la existencia y convergencia de hechos indicadores, los cuales se encuentran debidamente acreditados, entraña una pluralidad simétrica de hechos indicados que corresponden a las conclusiones como producto de las inferencias, a partir de un número igual de hechos probados. Y es que como ya se sabe, el indicio se estructura sobre tres elementos: 1. Un hecho conocido o indicador, 2. Un hecho desconocido, que es el que se pretende demostrar, y 3. Una inferencia lógica a través de la cual, y partiendo del hecho conocido, se logra deducir el hecho que se pretende conocer."
(Negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, esta Superintendencia para la demostración de hechos a través de prueba indiciaria en la Resolución Sancionatoria ha seguido cada uno de los elementos estructuradores sugeridos en la jurisprudencia con tal propósito, como lo muestra el juicioso análisis que se ha explicado con suficiencia previamente y que permite arribar a la conclusión de que existió la coordinación en la conformación de los consorcios y que viene dando cuenta de la coordinación en la estructuración de las ofertas. En efecto, cada una de las conclusiones que han sido expuestas está precedida por la existencia de unos hechos conocidos o indicadores debidamente acreditados por distintos medios probatorios –documentales y testimoniales– (Elemento No. 1), se ha establecido un hecho desconocido a demostrar (Elemento No. 2) y, además, contienen una valoración en conjunto, que a través de un razonamiento probatorio, apoyado en la sana crítica y las máximas de la experiencia, lleva a la demostración del hecho pretendido (Elemento No. 3), por

³⁹ Informe Motivado. p. 21 y 22.

⁴⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de mayo de 2016. Rad. No. 760012331000 2008 00142 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

lo que cualquier alegato dirigido a restarle eficacia a la prueba indiciaria en el presente caso no tiene ningún mérito de prosperidad y debe ser rechazado.

De otra parte, los impugnantes también refirieron en sus recursos de reposición que (i) la presentación mutua de la hoja de vida del director de interventoría se hizo en beneficio del seguimiento especializado que requería la ejecución del contrato de **AEROCAFÉ** y no tuvo nada que ver con "*querer dañar a un tercero ni mucho menos fijar términos en las propuestas*", (ii) el pliego de condiciones no restringía la posibilidad de que dos (2) oferentes presentaran la hoja de vida del mismo profesional para el cargo de director de interventoría, y (iii) la coincidencia de cumplir aspectos propios de las reglas establecidas en los pliegos de condiciones elaborados por las entidades públicas contratantes no significa que se hayan fijado términos en las propuestas.

Al respecto, en primer lugar, se reitera lo expuesto en la Resolución Sancionatoria y que es bastante dicente respecto del comportamiento coordinado entre **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) en los concursos de méritos en que tuvo lugar el acuerdo colusorio, consistente en que en la documentación contentiva de la oferta técnica de tales estructuras plurales – especialmente de **PALESTINA 10**⁴¹, **DICO IDT 2**⁴² y **DICO IDT**- presentaron al mismo director de interventoría: **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES**⁴³.

En relación con la anterior coincidencia, los recurrentes no han logrado presentar en esta sede una justificación válida que permita explicar ese comportamiento, por el contrario, se reitera la conclusión expuesta en la Resolución Sancionatoria que corrobora la existencia de un comportamiento coordinado entre los sancionados al señalar que resulta altamente dicente el hecho de que los demás agentes del mercado que participaron en los procesos de selección objeto de estudio presentaron directores de interventoría distintos. Así, por ejemplo, se pudo determinar que **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ** y **ESPARZA INGENIERÍA LTDA** efectivamente presentaron directores de obra diferentes a los de **DICO IDT**, **PALESTINA 8** y **DICO IDT 2**⁴⁴. Esto demuestra que sí era posible acceder a diferentes directores de interventoría especializados en este campo.

Adicionalmente, es importante resaltar que, de conformidad con la propia declaración del director de interventoría **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES**, la persona que envió su hoja de vida al consorcio **DICO IDT** fue, precisamente, **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**). Al respecto, **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES** afirmó lo siguiente:

*"Pregunta: ¿Usted puede indicarle a este Despacho cómo llegó usted o su hoja de vida a la propuesta del **CONSORCIO DICO IDT**?"*

CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES: Esa propuesta, llegó por medio de **EDGAR CASTRO**

*Pregunta: ¿**EDGAR CASTRO** quién es?*

CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES: *Era un ingeniero que estuvo allá en la parte de interventorías, digamos él participó ahí, a él le entregué la hoja de vida.*

*Pregunta: ¿Usted ya se había relacionado anteriormente con el señor **EDGAR CASTRO**, lo conocía?*

CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES: *Tenía, mejor dicho, hicimos un contrato anterior, lo había hecho con otro consorcio, el terraplén 9, o sea pues que sí.*

Pregunta: O sea, ¿En un consorcio para la intervención del terraplén 9?

⁴¹ Folios No. 45 a 48 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴² Folios No. 143 a 146 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴³ Folios No. 296 a 299 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁴⁴ Folios No. 1442 a 1446 del Cuaderno Público No.4 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES: *Sí, ya había trabajado con él en otro consorcio como Director de Interventoría*⁴⁵. (Subraya fuera de texto original).

Este hecho resulta relevante en la medida en que, valorado con las demás pruebas obrantes en el Expediente, permite deducir, y sobre todo corroborar la evidencia, respecto de la existencia de un trabajo coordinado en la preparación de las ofertas por parte de los investigados, especialmente en lo que concierne al factor "experiencia", que como se advirtió en un inicio constituye un factor determinante de competencia en desarrollo de la modalidad de selección de concursos de méritos.

Sumado a lo anterior, debe reiterarse lo expuesto en la Resolución Sancionatoria en relación con que, de acuerdo con los criterios de ponderación previstos en los pliegos de condiciones definitivos, de los 500 puntos establecidos como puntaje máximo del criterio "*experiencia del equipo de trabajo*", 300 le correspondían al director de interventoría⁴⁶. Por ende, cualquier recomendación hecha en relación con la persona que ocuparía este cargo era fundamental, pues la idoneidad de quien lo ejerciera tendría especial injerencia en los resultados de los procesos de selección para los agentes participantes.

Tabla No. 3. Criterios de Evaluación en los concursos CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009

CRITERIO	PUNTAJE MÁXIMO
Experiencia del Equipo de Trabajo	500
Experiencia Específica del Proponente	400
Apoyo a la Industria Nacional	100
TOTAL	1.000

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio⁴⁷

Como puede observarse, en los concursos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009**, el director de interventoría –con hasta 300 puntos– constituía una calificación importante en la ponderación del criterio de evaluación relacionado con la "*experiencia del equipo de trabajo*" que, con un puntaje máximo a obtener de 500 puntos, representaba el 50% del puntaje total que podía obtenerse en la evaluación. Es precisamente por lo anterior que el comportamiento de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) al haber entregado la hoja de vida de un profesional calificado en materia de interventoría a un potencial competidor –**DICO IDT** y **DICO IDT 2**– contradice la máxima de la experiencia según la cual en un verdadero ambiente de competencia y rivalidad comercial en un proceso de selección contractual, un agente económico realmente interesado en competir, optará por reservar para su propuesta, el cumplimiento de uno de los requisitos más importantes para lograr ser adjudicatario, como lo exponía Adam Smith "*no es por la benevolencia del carnicero, del cervecero y del panadero que podemos contar con nuestra cena, sino por su propio interés*"⁴⁸.

Por el contrario, lo que denota el comportamiento evidenciado es que la competencia entre los consorcios representados por tal sujeto y aquellos representados por **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**), era apenas aparente y previamente habían renunciado a competir. Tal y como se dispuso en el Informe Motivado y reiteró la Resolución Sancionatoria, en un escenario de verdadera competencia lo más racional por parte de **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) habría sido reservar para sus propios consorcios la participación de **CARLOS ENRIQUE ESCOBAR POTES** como director de interventoría, teniendo en cuenta el peso que este rol tenía en el buen devenir de los procesos y considerando además que ya se conocían y habían trabajado juntos con anterioridad –como se dispuso en la declaración antes citada–.

⁴⁵ Folios No. 1810 a 1812 del Cuaderno Público No. 6 (minuto 5:22) del Expediente. Archivo denominado "Track832".

⁴⁶ Folio No. 1382 (CD) del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Ruta de acceso: \VISITA AL SECOP 15OCT2013\CM-AAC-001-2009\Archivos Descargados\PCD_PROCESO_09-15-239545_217001038_1280062.pdf.

⁴⁷ *Ibidem*. Ruta de acceso: \VISITA AL SECOP 15OCT2013.

⁴⁸ Adam Smith. La riqueza de las naciones (1776).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De otra parte, en relación con los argumentos relacionados con que la presentación mutua de la hoja de vida del director de interventoría no tuvo nada que ver con "*querer dañar a un tercero ni mucho menos fijar términos en las propuestas*" y que cumplir con lo dispuesto en el pliego de condiciones no significa fijar propuestas, se advierte que ninguno tiene mérito de prosperidad en razón a que tal y como se expuso en la Resolución No. 85898 de 2018, no es la eventual intención de hacer daño ni el cumplimiento o incumplimiento de lo dispuesto en el pliego de condiciones lo que es objeto de censura o reproche, sino el hecho de que entre dos supuestos competidores hayan existido recomendaciones mutuas sobre aspectos que eran determinantes para el buen devenir de los procesos de selección, pues esto, sin lugar a dudas, da cuenta de un actuar colaborativo que no se compadece con un ambiente de competencia y real rivalidad comercial. Tampoco se ha calificado la sola coincidencia del interventor como el aspecto clave a partir del cual se deduce la colusión sancionada, sino que se está analizando este hecho como un aspecto más que, interpretado íntegramente con todo el material probatorio, corrobora que entre los agentes investigados hubo un actuar coordinado y conjunto, antes que realmente autónomo y de competencia.

En resumen, las coincidencias en relación con el director de interventoría y las recomendaciones mutuas que existieron para su designación, se traducen en que entre los sancionados se fraguó una estrategia consistente en coordinar la preparación de las ofertas, especialmente en lo que concierne al componente técnico asociado con factores de experiencia –elemento que, se reitera, era el más relevante de las propuestas concursantes-. Como puede apreciarse, considerando todas las pruebas presentadas y su valoración conjunta, es que se llegó a la conclusión del comportamiento coordinado entre los sancionados, por lo que para este Despacho no es de recibo sostener que la Resolución Sancionatoria se fundamenta en indicios sin pruebas contundentes.

Ahora, el argumento presentado por los recurrentes dirigido a señalar que la Resolución Sancionatoria se limita a plantear coincidencias o simetrías presentadas en un período determinado por dos empresas no tiene ningún mérito de prosperidad y, lejos de esforzarse por ofrecer una explicación razonable a los comportamientos coordinados evidenciados, trata infructuosamente de desconocer lo innegable, por lo que será rechazado.

En efecto, se encontraron coincidencias relacionadas con el componente económico de las ofertas. De acuerdo con la evidencia que obra en el Expediente y el análisis efectuado, la estrategia de coordinación implementada por los agentes sancionados también abarcó el componente económico de las ofertas, lo cual corrobora aún más que entre ellos antes que un verdadero ánimo competitivo existió un ambiente de colaboración y apoyo mutuo.

Al respecto, la Resolución Sancionatoria presentó un análisis detallado de los procesos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009**, en que los consorcios **DICO IDT** y **PALESTINA 8** por un lado, y **DICO IDT 2** y **PALESTINA 10** por el otro, reportaron valores idénticos o, cuando menos, bastante similares entre sí (y diferentes frente a sus otros competidores) en la mayoría de los rubros de los costos directos e indirectos del factor multiplicador, tal y como se muestra a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Concurso CM-AAC-001-2009**Tabla No. 4. Comparación de valores costos directos del factor multiplicador en las propuestas participantes del proceso CM-AAC-001-2009 –valores idénticos-**

COSTOS DIRECTOS			CONSORCIO PALESTINA 8			CONSORCIO DICO IDT			CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ		
DESCRIPCIÓN			ITEM	CALCULO VALOR	%	ITEM	CALCULO VALOR	%	ITEM	CALCULO VALOR	%
Salario Básico			100%	A	\$ 884.925.000	100,00%	A	\$ 868.020.000	100%	A	100%
Prestaciones sociales	Primas (1/12)	Prima anual							BR		
		Prima servicios	8,33%	B4	\$ 48.855.833	5,5%	B4	\$ 48.855.833	5,6%	B3	8,33%
	Cesantías	8,33%	B1	\$ 48.855.833	5,5%	B1	\$ 48.855.833	5,6%	B1	8,33%	
	Intereses cesantías	1,12%	B2	\$ 38.198.208	4,3%	B2	\$ 38.198.208	4,4%	B2	1,00%	
	Vacaciones (1/24)	4,17%	B3	\$ 24.427.917	2,8%	B3	\$ 24.427.917	2,8%	B4	4,17%	
	Salud (EPS)	12,5%	C1	\$ 73.283.750	8,3%	C1	\$ 73.283.750	8,4%		8,50%	
	Pensiones (AFP)	16,0%	C2	\$ 93.803.200	10,6%	C2	\$ 93.803.200	10,8%		12,00%	
	ARP	5,6%	C4	\$ 40.804.415	4,6%	C4	\$ 40.804.415	4,7%	B8	6,96%	
	Aportes Parafiscales	ICBF	3,0%	C5	\$ 52.764.300	6,0%	C5	\$ 52.764.300	6,1%	B6	3,00%
		SENA	2,0%							B5	6,00%
	Subsidio Familiar	4,0%									
	Fondo solidaridad pensional		C3	\$ 3.795.000	0,4%	C3	\$ 3.795.000	0,4%		B9	1,00%
Servicios Médicos fuera de EPS									B10	0,71%	
Prestaciones Sociales					\$ 160.337.791				\$ 160.337.791		
Aportes SGSSS					\$ 264.450.665				\$ 264.450.665		
Total Prestaciones Sociales					\$ 424.788.456				\$ 424.788.456		
TOTAL COSTOS DIRECTOS					\$ 1.309.713.456				\$ 1.292.803.456		

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información que obra en el Expediente⁴⁹.**Tabla No. 5. Comparación de valores costos indirectos del factor multiplicador en las propuestas participantes del proceso CM-AAC-001-2009 –valores idénticos-**

COSTOS INDIRECTOS			CONSORCIO PALESTINA 8			CONSORCIO DICO IDT			CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ		
			ITEM	VALOR	%	ITEM	VALOR	%	ITEM	VALOR	%
Costos de oficina del consultor	Alquiler o arrendamiento								C1		6,89%
	Administración y servicios públicos								C2		2,92%
	Consumo (papelería, facturas y			\$ 216.393.413	24,5%		\$ 216.393.413	24,90%	C7		1,00%
	Gastos personal (no facturable)	Administrativo							C3		9,50%
		Técnico		\$ 30.873.543	3,5%		\$ 30.873.543	3,60%	C10		1,00%
	Gastos de mantenimiento								C4		0,05%
	Gastos legales								C8		2,00%
Gastos bancarios y financieros								C9		2,17%	
Costos preparación de propuesta y de firma de contrato	Elaboración de propuesta								C6		5,29%
	Seguros, pólizas cumplimiento			\$ 44.869.598	5,1%		\$ 44.869.598	5,17%	C5		2,00%
	Publicación			\$ 3.602.900	0,4%		\$ 3.602.900	0,40%			
	Impuestos	Industria y Comercio		\$ 20.530.519	2,3%		\$ 20.530.519	2,40%			
		Retención		\$ 59.508.750	6,7%		\$ 59.508.750	6,90%			
Impuesto de Renta			\$ 138.880.130	15,7%		\$ 131.939.040	15,20%				
Impuesto de Timbre			\$ 22.315.781	2,5%		\$ 22.315.781	2,60%				
Gastos generales				\$ 247.266.956			\$ 247.266.956				
Impuestos, timbre, perfeccionamiento				\$ 289.707.677			\$ 282.769.268				
Costos indirectos				\$ 536.974.633			\$ 530.033.544				
COSTO TOTAL				\$1.846.688.090			\$ 1.822.842.000				
Honorarios (Utilidades)				\$ 365.474.025	41,3%		\$ 347.208.000	40,00%			17,35%
Imprevistos									F		4,82%
TOTAL				\$2.212.312.500	250%		\$ 2.170.050.000	250%			215%
FACTOR MULTIPLICADOR					2,5			2,50			2,15

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información que obra en el Expediente⁵⁰.

⁴⁹ Folio No. 1446 (CD) del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-001-2009\OFERTAS ECONOMICAS.

⁵⁰ Ibídem.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- **Concurso CM-AAC-002-2009**

Tabla No. 6. Comparación de valores costos directos del factor multiplicador en las propuestas participantes del proceso CM-AAC-002-2009⁵¹ –valores similares-

COSTOS DIRECTOS		CONSORCIO PALESTINA 10			CONSORCIO DICO IDT 2			CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ			
DESCRIPCIÓN		ÍTEM	CALCULO VALOR	%	ÍTEM	CALCULO VALOR	%	ÍTEM	CALCULO VALOR	%	
Salario Básico		A	\$ 401.130.000,00	100%	A	\$ 385.110.000,00	1,000%	1		100%	
salario Básico	Primas	Prima anual	B8		B8						
		Prima servicios	B4	\$ 18.990.000,00	0,047%	B4	\$ 26.187.480,00	0,068%	B-3		8,33%
	Cesantías		B1	\$ 18.990.000,00	0,047%	B1	\$ 26.187.480,00	0,068%	B-1		8,33%
	Intereses cesantías		B2	\$ 7.122.600,00	0,018%	B2	\$ 9.627.750,00	0,025%	B-2		1,00%
	Vacaciones (1/24)		B3	\$ 9.495.000,00	0,024%	B3	\$ 13.093.740,00	0,068%	B-4		4,17%
	Salud (eps)		C1	\$ 28.485.000,00	0,071%	C1	\$ 38.896.110,00	0,101%			8,50%
	Pensiones (AFP)		C2	\$ 36.460.800,00	0,091%	C2	\$ 50.064.300,00	0,130%			12,00%
	ARP		C4	\$ 15.860.448,00	0,040%	C4	\$ 21.951.270,00	0,073%	B-8		6,96%
	Aportes Parafiscales		C5	\$ 20.509.200,00	0,051%	C5	\$ 28.113.030,00	0,073%			5,00%
	Subsidio Familiar										6,00%
Fondo solidaridad pensional		C3	\$ 1.458.000,00	0,004%		\$ 3.080.880,00	0,008%	B-9		1,00%	
Seguros (Colectivo de Vida)		C6			C6						
Prestaciones Sociales		B	\$ 154.597.600,00		B	\$ 175.096.450,00				60,00%	
Aportes Seguridad Social Integral		C	\$ 102.773.448,00		C	\$ 142.105.590,00					
Total Prestaciones Sociales			\$ 157.371.048,00			\$ 217.202.040,00					
			\$ 558.501.048,00			\$ 602.312.040,00					

En promedio, la diferencia de los porcentajes entre **PALESTINA 10** y **CONSORCIO DICO IDT 2** fue de apenas el **0,02%**, mientras que la diferencia de estos consorcios frente a otro de sus competidores fue, en promedio, de **5,3%**

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información que obra en el Expediente⁵².

ESPACIO EN BLANCO

⁵¹ No se incluye **ESPARZA INGENIERÍA LTDA.** ya que no reportó la información de esta forma en el formulario 3 de la oferta económica.

⁵² Folio No. 1446 (CD) del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-002-2009\OFERTAS ECONOMICAS.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 7. Comparación de valores costos indirectos del factor multiplicador en las propuestas participantes del proceso CM-AAC-002-2009⁵³ –valores similares-

COSTOS INDIRECTOS	CONSORCIO PALESTINA 10			CONSORCIO DICO IDT 2			CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ		
	ÍTEM	VALOR	%	ÍTEM	VALOR	%	ÍTEM	VALOR	%
Costos de Oficina	Alquiler o arriendos						C1		6,89%
	Servicios Públicos						C2		2,92%
	Consumo (Papelería, facturas y útiles de oficina) o gastos de logística	\$ 88.759.642,00	0,221%	\$ 33.119.460,00	8,60%	C7			1,00%
	Gastos de personal (No facturable)	Administrativo					C3		9,50%
		Técnico	\$ 20.791.119,00	0,052%	\$181.000.170,00	4,70%	C10		1,00%
	Gastos de mantenimiento						C4		0,05%
	Gastos legales						C8		2,00%
Gastos bancarios y financieros						C9		2,17%	
Costos de preparación de propuesta y de firma de contrato	Elaboración de propuesta						C6		5,29%
	Seguros, pólizas de cumplimiento	\$ 21.222.184,00	0,053%	\$ 19.255.500,00	5,00%	C5		2,00%	
	Publicación		\$ 3.602.900,00	9,000%	\$ 3.080.880,00	0,01%			
		Industria y Comercio	\$ 9.710.416,00	0,024%	\$ 9.627.750,00	0,03%			
		Retención	\$ 28.146.132,00	0,070%	\$ 28.113.030,00	0,07%			
	Renta	\$ 60.971.760,00	0,152%	\$ 65.468.700,00	0,17%				
	Impuestos		\$ 10.554.800,00	0,026%	\$ 10.397.970,00	0,03%			
Timbre									
Gastos generales	D1	\$109.550.761,00		D1	\$ 51.219.630,00				
Impuestos, timbres, perfeccionamiento	D2	\$134.208.191,00		D2	\$135.943.830,00				
Costos Indirectos		\$243.758.952,00			\$187.163.460,00				
COSTO TOTAL		\$802.260.000,00			\$789.475.500,00				
Honorarios (Utilidades)	E	\$160.452.000,00	0,400%	E	\$173.299.500,00		E1		17,35%
Imprevistos							F		4,82%
TOTAL		\$962.712.000,00			\$962.775.000,00				192,83%
FACTOR MULTIPLICADOR			2,4%						2,5

En promedio, la diferencia de los valores totales entre **PALESTINA 10** y **CONSORCIO DICO IDT 2** fue de apenas el **0,007%**. Por su parte, la propuesta de otro competidor fue presentada de manera totalmente diferente y con porcentajes notoriamente diversos.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información que obra en el Expediente⁵⁴.

Del anterior análisis, es evidente la estimación de valores y porcentajes idénticos o bastante similares entre sí por parte de los consorcios sancionados en aspectos como las prestaciones sociales, costos relacionados con las oficinas y costos de preparación de las propuestas. Estas coincidencias ciertamente dan cuenta de un trabajo conjunto –antes que autónomo- al momento de la elaboración de las ofertas económicas.

Por otro lado, se pone de presente que en el pliego de condiciones de este concurso se estableció que los proponentes debían registrar en el "formulario número 3" las especificaciones de costos unitarios para el personal a contratar y para los demás costos directos e indirectos. Al comparar los valores reportados en este sentido, puede evidenciarse que los proponentes sancionados reportaron nuevamente costos idénticos o bastante similares entre sí en varios factores, y que estos costos, a su vez, eran bastante diferentes respecto de los usados por sus competidores. Esta situación se ilustra a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

⁵³ No se incluye **ESPARZA INGENIERÍA LTDA.** ya que no reportó la información de esta forma en el formulario No. 3 de la oferta económica.

⁵⁴ Folio No. 1446 (CD) del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Con ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-002-2009\OFERTAS ECONOMICAS.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 8. Comparación de valores de costos unitarios en las propuestas participantes del proceso CM-AAC-001-2009

ÍTEM	CONSORCIO PALESTINA 8		CONSORCIO DICO - IDT		CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ	
	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.
Ing. Director	\$ 6.500.000	2,50	\$ 6.000.000	2,50	\$ 10.500.000	2,15
Ing. Codirector	\$ 6.500.000	2,50	\$ 6.000.000	2,50	\$ 10.500.000	2,15
Ing. Residente	\$ 3.000.000	2,50	\$ 3.900.000	2,50	\$ 6.500.000	2,15
Ing. Especialista Geotecnia	\$ 6.200.000	2,50	\$ 6.200.000	2,50	\$ 7.200.000	2,15
Ing. Especialista en Ambiental	\$ 6.200.000	2,50	\$ 6.200.000	2,50	\$ 7.700.000	2,15
Ing. Residencia Auxiliar	\$ 3.200.000	2,50	\$ 2.900.000	2,50	\$ 2.750.000	2,15
PERSONAL PROFESIONAL	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.
Inspector, laboratorista o técnico constructor	\$ 2.050.000	2,50	\$ 1.798.000	2,50	\$ 1.750.000	2,15
OTROS COSTOS DIRECTOS	VR. UNIT.		VR. UNIT.		VR. UNIT.	
Vehículo	\$ 3.200.000		\$ 3.600.000		\$ 4.500.000	
Oficina, dotación y servicios	\$ 4.000.000		\$ 4.500.000		\$ 2.500.000	
Informes	\$ 1.500.000		\$ 1.800.000		\$ 1.000.000	
Papelería, fotocopias, heliografías, plotter	\$ 1.500.000		\$ 1.500.000		\$ 1.000.000	
Pago servicios telefónicos y de Internet	\$ 2.000.000		\$ 2.000.000		\$ 1.750.000	
Equipo de laboratorio (ensayos, alquiler)	\$ 40.000.000		\$ 56.500.000		\$ 50.000.000	
OTROS COSTOS DIRECTOS	VR. UNIT.		VR. UNIT.		VR. UNIT.	
Comisión de topografía	\$ 13.000.000		\$ 13.000.000		\$ 8.425.000	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información que obra en el Expediente⁵⁵.

Tabla No. 9. Comparación de valores de costos unitarios en las propuestas participantes del proceso CM-AAC-002-2009

ÍTEM	CONSORCIO PALESTINA 10		CONSORCIO DICO - IDT2		CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ		CONSORCIO ESPARZA INGENIERÍA LTDA.	
	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.
Ing. Director	\$ 5.500.000,00	2,40	\$ 5.800.000,00	2,50	\$ 9.000.000,00	2,15	\$ 7.000.000,00	1,65
Ing. Codirector	\$ 5.500.000,00	2,40	\$ 5.800.000,00	2,50	\$ 9.000.000,00	2,15	\$ 6.000.000,00	1,65
Ing. Residente	\$ 3.500.000,00	2,40	\$ 3.400.000,00	2,50	\$ 5.000.000,00	2,15	\$ 5.000.000,00	1,65
Ing. Especialista Geotecnia	\$ 5.500.000,00	2,40	\$ 5.500.000,00	2,50	\$ 6.000.000,00	2,15	\$ 5.000.000,00	1,65
Ing. Especialista en Ambiental	\$ 5.500.000,00	2,40	\$ 4.500.000,00	2,50	\$ 6.500.000,00	2,15	\$ 5.000.000,00	1,65
Ing. Residente Auxiliar	\$ 2.300.000,00	2,40	\$ 2.300.000,00	2,50	\$ 2.300.000,00	2,15	\$ 4.000.000,00	1,65
PERSONAL TÉCNICO	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.	SUELDO MES BÁSICO	FACTOR MULT.
Inspector o Técnico Constructor	\$ 1.520.000,00	2,40	\$ 1.540.000,00	2,50	\$ 1.400.000,00	2,15	\$ 2.000.000,00	1,65
OTROS COSTOS DIRECTOS	VR. UNIT.		VR. UNIT.		VR. UNIT.		VR. UNIT.	
Vehículo	\$ 3.400.000,00		\$ 3.400.000,00		\$ 4.000.000,00		\$ 6.000.000,00	
Oficina, dotación y servicios	\$ 1.900.000,00		\$ 1.900.000,00		\$ 2.000.000,00		\$ 2.500.000,00	
Informes	\$ 1.000.000,00		\$ 1.000.000,00		\$ 500.000,00		\$ 1.500.000,00	
Papelería, fotocopias, heliográficas, plotter	\$ 1.000.000,00		\$ 1.000.000,00		\$ 500.000,00		\$ 1.150.000,00	
Pago servicios telefónicos y de Internet	\$ 1.010.000,00		\$ 1.010.000,00		\$ 1.200.000,00		\$ 1.200.000,00	
Equipo de laboratorio (ensayos, alquiler)	\$ 30.000.000,00		\$ 30.000.000,00		\$ 35.000.000,00		\$ 10.000.000,00	
OTROS COSTOS DIRECTOS	VR. UNIT.		VR. UNIT.		VR. UNIT.		VR. UNIT.	
Otros costos de topografía	\$ 11.000.000,00		\$ 11.000.000,00		\$ 7.750.000,00		\$ 12.000.000,00	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con información que obra en el Expediente⁵⁶.

En línea con lo dispuesto en el Informe Motivado, las reglas de la experiencia permiten inferir que es muy poco probable que dos propuestas elaboradas de forma independiente coincidan en la estimación de rubros que son de evidente variabilidad, como los costos de personal profesional y

⁵⁵ Ibidem. Ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-001-2009\OFERTAS ECONOMICAS.

⁵⁶ Ibidem. Ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-002-2009\OFERTAS ECONOMICAS.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

otros costos directos (por ejemplo, papelería, fotocopias, heliografías y "plotter", servicios telefónicos y de internet, entre otros).

En consecuencia, no se trata de simples coincidencias, como sugieren los recurrentes, por el contrario, este tipo de coincidencias económicas representan una evidencia clara y contundente de que las propuestas no fueron realizadas de forma independiente sino de manera coordinada entre estos supuestos competidores. Vale la pena resaltar que esta conclusión resulta coherente y congruente con la versión de los hechos relatada por **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) respecto de la existencia de reuniones previas encaminadas a la estructuración conjunta de las ofertas.

Adicional a las pruebas presentadas previamente, en la Resolución No. 85898 de 2018 se advirtió la existencia de una serie de similitudes de tipo formal en la presentación de las ofertas que, analizadas junto con el material probatorio antes expuesto, corroboran la existencia de un comportamiento colusorio, antes que un actuar independiente de unos agentes interesados en rivalizar en los concursos referidos. Tales coincidencias formales se describen e ilustran a continuación:

- Los documentos contables de **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA**⁵⁷ (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**), **CASTRO FLÓREZ**⁵⁸ (integrante de **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**⁵⁹ (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**), fueron suscritos por el mismo contador: **JAIRO SERNA RESTREPO**.
- Los datos de contacto y condiciones de las pólizas de seriedad presentaban importantes identidades entre **PALESTINA 8**⁶⁰ y **DICO IDT**⁶¹ (concurso de méritos **CM-AAC-001-2009**) y entre **PALESTINA 10**⁶² y **DICO IDT 2**⁶³ (concurso de méritos **CM-AAC-002-2009**). Ejemplo de lo anterior es que fueron enviadas desde un mismo fax –de titularidad de **LAVICÓN**– y que fueron expedidas por la misma aseguradora, a través del mismo intermediario, el mismo día, con números de póliza y recibos de intermediarios consecutivos y con el mismo número de remisión.

Las similitudes advertidas se muestran en la siguiente tabla:

ESPACIO EN BLANCO

⁵⁷ Folios No. 258 a 261 y 405 a 408 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵⁸ Folios No. 96 a 99 del Cuaderno Público No. 1 y folios No. 495 a 498 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁵⁹ Folios No. 113 a 115 del Cuaderno Público No. 1 y folios No. 510 a 514 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶⁰ Folios No. 520 a 523 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶¹ Folios No. 415 a 418 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶² Folios No. 121 a 124 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁶³ Folios No. 267 a 269 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 10. Comparación entre los datos relevantes de las pólizas y recibos de caja de DICO IDT y PALESTINA 8 (concurso de méritos CM-AAC-001-2009)

Tomador	CONSORCIO DICO IDT	CONSORCIO PALESTINA 08
Dirección	Calle 68 # 28 - 29	Calle 68 # 28 - 29
Teléfono	8877111	8877111
Aseguradora	Seguros del Estado S.A.	Seguros del Estado S.A.
Fecha de expedición	08 de octubre de 2009	08 de octubre de 2009
Sucursal	42	42
Nº de póliza	42-44-10102285 ²	42-44-10102285 ³
Intermediario	Honorio Jaramillo y CIA. LTDA.	Honorio Jaramillo y CIA. LTDA.
Recibo Intermediario	2832 ⁷	2832 ⁸
Nº de remisión	17424 ^a	17424 ^a

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en la información de las pólizas 42-44-10102285² y 42-44-10102285³ y los recibos de pago del intermediario de seguros No. 2832⁷ y 2832⁸.

Tabla No 11. Comparación entre los datos relevantes de las pólizas y recibos de caja de DICO IDT 2 y PALESTINA 10 (concurso de méritos CM-AAC-002-2009)

Tomador	CONSORCIO DICO IDT 2	CONSORCIO PALESTINA 10
Dirección	Calle 68 # 28 - 29	Calle 68 # 28 - 29
Teléfono	8877111	8877111
Aseguradora	Seguros del Estado S.A.	Seguros del Estado S.A.
Fecha de expedición	08 de octubre de 2009	08 de octubre de 2009
Sucursal	42	42
Nº de póliza	42-44-10102285 ⁰	42-44-10102285 ¹
Intermediario	Honorio Jaramillo y CIA LTDA	Honorio Jaramillo y CIA LTDA
Recibo Intermediario	2832 ⁵	2832 ⁶
Nº de remisión	17422 ^a	17422 ^a

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en la información de las pólizas 42-44-10102285⁰ y 42-44-10102285¹ y los recibos de pago del intermediario de seguros No. 2832⁵ y 2832⁶.

- **DICO IDT⁷² y PALESTINA 8⁷³** fueron los únicos interesados en participar en el concurso de méritos **CM-AAC-001-2009** que aportaron la "*carta de información*" de sus consorcios, la cual no era obligatoria en ese momento del proceso de selección. Pues bien, esta coincidencia resulta todavía más llamativa si se tiene en cuenta los documentos presentados tenían identidades entre sí (en materia de distribución de información e, incluso, en errores tipográficos) que no provenían del modelo suministrado por **AEROCAFÉ** en el pliego de condiciones. A continuación, se exponen tales similitudes y se ponen en evidencia las diferencias frente al modelo enviado por la entidad contratante:

⁶⁴ Folios No. 415 a 417, del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶⁵ Folios No. 520 a 522 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶⁶ Folio No. 418 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶⁷ Folio No. 523 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁶⁸ Folios No. 267 a 269, del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁶⁹ Folios No. 122 a 124 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷⁰ Folio No. 269 reverso, del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷¹ Folio No. 124 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁷² Folio No. 340 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁷³ Folio No. 487 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 3. Aparte del formato modelo proporcionado por AEROCAFÉ en el proceso CM-AAC-001-2009 de la carta de información de los consorcios - CLÁUSULA QUINTA

por la adjudicación, celebración y ejecución del contrato en caso de adjudicación. **QUINTA - Porcentaje de participación:** Los integrantes del Consorcio acuerdan establecer el porcentaje de participación, así:
SEXTA - Cesión: Celebrado el contrato en

Fuente: Pliego de Condiciones del proceso CM-AAC-001-2009⁷⁴.

Imagen No. 4. Presentación de la CLÁUSULA QUINTA en las cartas de información de los consorcios DICO - IDT 1 (imagen superior) y PALESTINA 8 (imagen inferior) en el proceso CM-AAC-001-2009

QUINTA - Porcentaje de participación: los integrantes del Consorcio acuerdan establecer el porcentaje de participación, así:

Diconsultoría S. A.	33%
Ingeniería, Desarrollo y Tecnología IDT Ltda.	34%
Jaime Alberto Llanó García	33%

Presentación de los porcentajes de forma separada al texto, dejando al representante legal – y también integrante– al final.

adjudicación, celebración y ejecución del contrato en caso de adjudicación. **QUINTA - Porcentaje de participación:** los integrantes del Consorcio acuerdan establecer el porcentaje de participación, así:

Castro Flórez y Cia. S. en C.	89%
CDC Ingeniería Ltda.	10%
Edgar Alonso Castro Lizarralde	1%

Presentación de los porcentajes de forma separada al texto, dejando al representante legal – y también integrante– al final.

Fuente: Propuestas de DICO IDT⁷⁵ y PALESTINA 8⁷⁶.

Imagen No. 5. Aparte del formato modelo proporcionado por AEROCAFÉ en el proceso CM-AAC-001-2009 de la carta de información de los consorcios - CLÁUSULA DÉCIMA y firmas

relación con la oferta y/o contrato que se llegare a suscribir. **DÉCIMA - Domicilio:** Para todos los efectos, se acepta desde ahora que La Asociación Aeropuerto del Café pueda dirigirse al Consorcio en la siguiente dirección _____ Para constancia se firma en _____ a los _____

 Consorciado
 C.C. No.

 Consorciado
 C.C. No.

Fuente: Pliego de Condiciones del proceso CM-AAC-001-2009⁷⁷.

ESPACIO EN BLANCO

⁷⁴ Folio No. 1382 (CD) del cuaderno público No.4 del Expediente. Ruta de acceso: D:\VISITA AL SECOP 15OCT2013\CM-AAC-001-2009\Archivos Descargados\PCD_PROCESO_09-15-239545_217001038_1280062.pdf.

⁷⁵ Folio No. 340 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

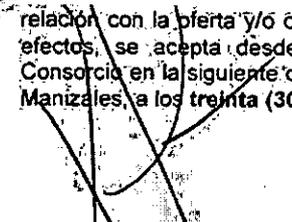
⁷⁶ Folio No. 487 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

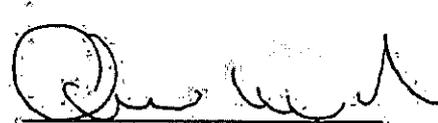
⁷⁷ Folio No. 1382 (CD) del Cuaderno Público No.4 del Expediente. Ruta de acceso: D:\VISITA AL SECOP 15OCT2013\CM-AAC-001-2009\Archivos Descargados\PCD_PROCESO_09-15-239545_217001038_1280062.pdf.

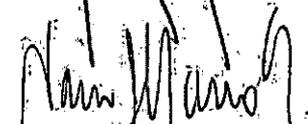
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 6. Presentación de la CLÁUSULA DÉCIMA, distribución de las firmas y palabras debajo de las firmas, en las cartas de información de los consorcios DICO IDT (imagen superior) y PALESTINA 8 (imagen inferior) en el proceso CM-AAC-001-2009

relación con la oferta y/o contrato que se llegare a suscribir. DECIMA.- Domicilio: para todos los efectos, se acepta desde ahora que La Asociación Aeropuerto del Café pueda dirigirse al Consorcio en la siguiente dirección Calle 68 No. 28 - 29 Oficina 201. Para constancia se firma en Manizales, a los treinta (30) días del mes de Septiembre de 2009.


Rodrigo López Arana
C.C. 16.772.800
Rep. Legal Dicenstoria S. A.


Oscar Alberto Majon Almeida
No. C.C. No. 73.086.578
Rep. Legal Ingeniería, Tecnología y Desarrollo IDT Ltda.

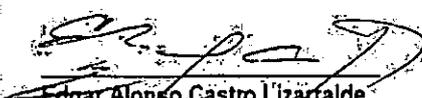

Jaime Alberto Llano García
C.C. 75.091.164


Jaime Alberto Llano García
C.C. 75.091.164
Rep. Legal Consorcio DICO - IDT

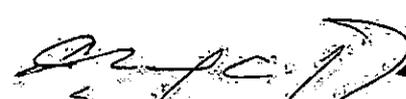
- Nombres juntos de los integrantes del consorcio
- Los representantes legales se designan como "Rep. Legal" y las cédulas como "C.C."
- Únicamente en el segundo nombre se incurre en el error tipográfico "No. C.C. No."
- Se deja al final el nombre del representante final -también integrante-.

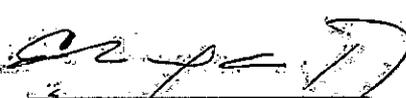
Renglón aparte y separado para la firma de representante legal.

que se requiera en relación con la oferta y/o contrato que se llegare a suscribir. DECIMA - Domicilio: para todos los efectos, se acepta desde ahora que La Asociación Aeropuerto del Café pueda dirigirse al Consorcio en la siguiente dirección Calle 68 No. 28 - 29 Oficina 202. Para constancia se firma en Manizales, a los treinta (30) días del mes de Septiembre de 2009.


Edgar Alonso Castro Lizarralde
C.C. 71.607.468
Rep. Legal Castro Florez y Cia. S. en C.


Luis Manuel Castro Lizarralde
No. C.C. No. 73.086.578
Rep. Legal CDC Ingeniería Ltda.


Edgar Alonso Castro Lizarralde
C.C. 71.607.468


Edgar Alonso Castro Lizarralde
C.C. 71.607.468
Rep. Legal Consorcio Palestina 08

- Nombres juntos de los integrantes del consorcio
- Los representantes legales se designan como "Rep. Legal" y las cédulas como "C.C."
- Únicamente en el segundo nombre se incurre en el error tipográfico "No. C.C. No."
- Se deja al final el nombre del representante final -también integrante-.

Renglón aparte y separado para la firma de representante legal.

Fuente: Propuesta de DICO IDT⁷⁸ y PALESTINA 8⁷⁹.

78 Folio No. 340 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

79 Folio No. 487 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Las coincidencias descritas en las cartas de información presentadas en el concurso de méritos **CM-AAC-001-2009** se advirtieron igualmente en las cartas de información que **DICO IDT 2⁸⁰** y **PALESTINA 10⁸¹** presentaron en el concurso de méritos **CM-AAC-002-2009**.
- Las ofertas económicas de **DICO IDT⁸²** y **PALESTINA 8⁸³** (concurso **CM-AAC-001-2009**) y de **DICO IDT 2⁸⁴** y **PALESTINA 10⁸⁵** (concurso **CM-AAC-002-2009**), presentaron formatos idénticos (esto es, con la misma titulación y distribución de casillas) relativos al desglose del factor multiplicador, aun cuando **AEROCAFÉ** no definió su contenido en el pliego de condiciones definitivo. El formato utilizado coincidentemente por tales consorcios se ilustra a continuación:

Imagen No. 7. Formato de desglose del factor multiplicador usado por DICO IDT y PALESTINA 8 en el concurso CM-AAC-001-2009, y por DICO IDT y PALESTINA 10 en el concurso CM-AAC-002-2009

ASOCIACION AEROPUERTO DEL CAFÉ			
CONCURSO DE MERITOS			
DESGLOSE DEL FACTOR MULTIPLICADOR			
ITEM	DESCRIPCION	CALCULO	%
A	Salario Básico (Nómina Total + Costo Especialistas)		
B	Prestaciones Sociales		
B1	Cesantías		
B2	Intereses de Cesantías		
B3	Vacaciones		
B4	Prima de Servicios		
B8	Prima Anual		
C	Sistema de Seguridad Social Integral		
C1	Salud		
C2	Pensiones		
C3	Fondo de Solidaridad Pensional		
C4	Riesgos Profesionales		
C5	Aportes Parafiscales		
C6	Seguros (Colectivo de Vida)		
	Subtotal B+C		
	Subtotal A+B+C		
ITEM	DESCRIPCION	CALCULO	%
D	Costos Indirectos		
D1	Gastos Generales		
	Gastos Logística Firma		
	Costo de Personal no Facturado + dotación		
D2	Impuestos, timbres, perfeccionamiento		
	Impuesto de Timbre		
	Publicación		
	Industria y Comercio		
	Retención		
	Pólizas del Contrato		
	Impuesto de Renta		
	Subtotal		
ITEM	DESCRIPCION	CALCULO	%
E	Honorarios		
FACTOR MULTIPLICADOR			

Fuente: Ofertas económicas de los consorcios. Folio No.1446 del Cuaderno Público No. 4.

⁸⁰ Folio No. 193 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸¹ Folios No. 84 y 85 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁸² Folio No. 1446 (CD) del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-001-2009\OFERTAS ECONOMICAS. Archivo denominado "Consortio DICO - IDT".

⁸³ Ibídem. Ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-001-2009\OFERTAS ECONOMICAS Archivo denominado "Consortio Palestina 8".

⁸⁴ Ibídem. Ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-002-2009\OFERTAS ECONOMICAS. Archivo denominado "Consortio DICO - IDT 2".

⁸⁵ Ibídem. Ruta de acceso: \Superintendencia\CM-AAC-002-2009\OFERTAS ECONOMICAS, Archivo denominado "Consortio Palestina 10".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, la cantidad de coincidencias expuestas, y que aún no logran explicar los recurrentes en esta sede, unidas al restante material probatorio obrante en el Expediente, corroboran que las mismas no son producto del azar sino, más bien, resultado de un actuar coordinado y premeditado entre los investigados, que evidencia la existencia de un acuerdo colusorio para asegurar que los contratos en disputa fueran adjudicados a cualquiera de los consorcios coludidos –especialmente a los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**–, ya que la cercanía que existía entre sus miembros –especialmente, entre sus representantes legales– llevaba a que el éxito de cualquiera de ellos representara, en últimas, beneficios comunes.

A partir de lo expuesto, puede apreciarse que contrario a lo afirmado por los recurrentes en relación con que la conducta coordinada, a lo sumo, se habría extendido únicamente hasta que los respectivos contratos fueron adjudicados, esta Superintendencia con un análisis en conjunto de todo el material probatorio obrante en el Expediente logró dar cuenta de que el acuerdo colusorio se extendió a la relación contractual de los agentes coludidos posterior a la adjudicación de los procesos de selección. Dicha conclusión es fruto del análisis completo de la conducta sancionada que da cuenta de los vínculos contractuales que se presentaron entre los agentes investigados de manera posterior a la adjudicación de los contratos. Estos hechos resultan relevantes ya que, además, dejan ver que las conductas de coordinación se extendieron hasta más allá de la adjudicación de los correspondientes contratos.

Sobre este punto, particularmente, en ambos procesos los consorcios ganadores fueron los representados por **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**). Así, en la Resolución No. 85898 de 2018 se logra demostrar cómo las negociaciones que surgieron después de que las adjudicaciones sucedieron, estuvieron principalmente encaminadas a retribuir la colaboración prestada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) en los concursos de méritos objeto de estudio, como parte del acuerdo colusorio.

*"Sobre las contrataciones posteriores relacionadas con el concurso de méritos **CM-AAC-001-2009**, se resalta lo siguiente:*

- El 3 de diciembre de 2009 (es decir, casi dos meses después de que las adjudicaciones tuvieran lugar), **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) celebró un contrato de prestación de servicios con **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) para que este último prestara los servicios de codirector en la interventoría técnica, administrativa y financiera para la construcción del terraplén No. 8 de **AEROCAFÉ**. La remuneración mensual pactada como contraprestación fue de \$3'000.000⁸⁶.
- El mismo 3 de diciembre de 2009, **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) –arrendatario–, celebró con **CASTRO FLÓREZ** (empresa representada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**) –arrendador–, un contrato de arrendamiento sobre la oficina ubicada en la Calle 68 No. 28-29 de Manizales⁸⁷. Vale la pena resaltar que la dirección de la oficina objeto del contrato es la misma que fue informada por los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10** en los concursos de méritos **CM-AAC-001-2009** y **CM-AAC-002-2009**⁸⁸.
- Igualmente, el 3 de diciembre de 2009, **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) –arrendatario–, celebró un contrato de arrendamiento de un vehículo automotor con **CASTRO FLÓREZ** (empresa representada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**) –arrendador–, cuyo valor mensual fue de \$3'600.000⁸⁹. Este valor resulta relevante ya que es idéntico al informado por **DICO IDT** en la propuesta económica presentada en el concurso **CM-AAC-001-2009**.

⁸⁶ Folio No. 1433 (CD) del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Archivo denominado "CONTRATO-EDGAR CASTRO LIZARRALDE".

⁸⁷ *Ibidem*. Archivo denominado "CASTRO FLOREZ- ALQUILER OFICINA".

⁸⁸ Folio No. 431 del Cuaderno Público No. 2 y 39 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

⁸⁹ Folio No. 1433 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Archivo denominado "CASTRO FLOREZ- ALQUILER VEHICULO".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Así mismo, el 3 de diciembre de 2009, **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) –arrendatario–, celebró un contrato de alquiler de equipo de laboratorio con **CASTRO FLÓREZ** (empresa representada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**) –arrendador–, por un precio total de \$56'500.000⁹⁰. Este valor también resulta llamativo ya que corresponde exactamente con el costo directo global relativo al rubro "[E]quipos de laboratorio" informado en la propuesta económica de **DICO IDT**.

Sobre las contrataciones posteriores relacionadas con el concurso de méritos **CM-AAC-002-2009**, se resalta lo siguiente:

- El 15 de diciembre de 2009, se celebró un contrato de arrendamiento de vehículo automotor entre **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) –arrendatario– y **CASTRO FLÓREZ** (empresa representada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**) –arrendador–, el cual sería utilizado en la ejecución de la interventoría técnica del terraplén No. 10. Se resalta que el valor mensual pactado fue de 3'400.000⁹¹, el cual es idéntico al informado en la propuesta económica presentada por **DICO IDT 2** en el concurso de méritos **CM-AAC-002-2009** respecto del rubro "vehículo" - "valor unitario"⁹².
- El mismo 15 de diciembre de 2009, **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**) –arrendatario– celebró un contrato de arrendamiento de un equipo de laboratorio con **CASTRO FLÓREZ** (empresa representada por **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**) –arrendador–, por un valor de \$30'000.000⁹³, para ser utilizado en la ejecución de la interventoría del terraplén No. 10. Se resalta en este punto que el valor de ese contrato es idéntico al costo total por "[e]quipo de laboratorio" establecido en la oferta económica de **DICO IDT 2** presentada al concurso de méritos **CM-AAC-002-2009**⁹⁴. (...)"

A partir de las similitudes entre los precios de los contratos celebrados posteriormente y los valores dispuestos en las ofertas económicas de los consorcios, y teniendo en cuenta además las coincidencias en las fechas de firma de tales contratos posteriores, se ratifica en esta sede la conclusión de que efectivamente se estructuró e implementó un acuerdo colusorio que consistió en una estrategia de colaboración, que abarcó las fases previas, concomitantes y posteriores de la adjudicación de los concursos de méritos adelantados por **AEROCAFÉ**, y que buscó no solo que cualquiera de los agentes coludidos tuvieran éxito, sino también asegurar que pudiera retribuirse efectivamente la colaboración de aquel que no resultara ganador en los correspondientes procesos de selección.

Adicionalmente, en relación con el argumento presentado por algunos recurrentes en el que señalan que se incurrió en una vía de hecho por defecto fáctico y sustantivo o material, violentando el debido proceso y los principios que rigen la función administrativa, debido a que no se corroboró con **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ** y **ESPARZA INGENIERÍA LTDA** las circunstancias de modo, tiempo y lugar sobre su participación en los procesos licitatorios, así como lo concerniente al rechazo de sus propuestas, debe indicarse que tal argumento no tiene ninguna vocación de prosperidad, por infundado y por la simple y sencilla razón de que la participación o no de otros proponentes no desvirtúa el acuerdo colusorio demostrado con suficiencia previamente. Incluso, bajo la hipótesis de que las propuestas del **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ** y **ESPARZA INGENIERÍA LTDA** no hubieran sido rechazadas y terminaran participando en el proceso de selección, tampoco tal hecho tendría la virtualidad de cambiar las conclusiones sobre el acuerdo colusorio censurado.

⁹⁰ Ibídem. Archivo denominado "CASTRO FLOREZ- ALQUILER LABORATORIO".

⁹¹ Ibídem. Archivo denominado "CASTRO FLOREZ- ALQUILER VEHICULO".

⁹² Folios No. 281 a 283 Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

⁹³ Folio No. 1430 (CD) del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Archivo denominado "CASTRO FLOREZ-ALQUILER EQUIPO LABORATORIO".

⁹⁴ Folios No. 281 a 283 Cuaderno Público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De otra parte, algunos recurrentes indicaron que existe falsa motivación en el acto administrativo dado que los supuestos de hecho esgrimidos son contrarios a la realidad, por inexistencia, error o razones engañosas o simuladas. Al respecto, este Despacho considera que el argumento presentado es absolutamente infundado, pues no contiene ningún esfuerzo, argumentativo o probatorio, que constituya un verdadero análisis con la finalidad de determinar si en efecto hay algún hecho inexistente o contrario a la realidad que deba ser verificado en esta sede. Por el contrario, con el análisis de cada una de las pruebas en su conjunto, como se demostró con suficiencia previamente, puede determinarse que lo expresado en la Resolución Sancionatoria corresponde a la realidad, es decir, los impugnantes no logran desvirtuar las múltiples razones que se expresan como fuente de la sanción⁹⁵, por lo que la censura por supuesta falsa motivación no está llamada a prosperar.

Por último, en relación con el señalamiento de IDT, **CDC INGENIERÍA S.A.S., ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** y **LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE** dirigido a desconocer su participación en el acuerdo anticompetitivo, debe indicarse, que aceptar esa apreciación sería tanto como desconocer el abundante material probatorio que obra en el Expediente y que valorado en su conjunto denota no solo la existencia del acuerdo colusorio sancionado, su génesis y alcance, sino la participación y responsabilidad de cada uno de los sancionados.

Así mismo, es pertinente anotar que la Resolución No. 85898 de 2018 dedicó unos acápites específicos con la finalidad de dar cuenta de la responsabilidad de cada investigado, lo que desvirtúa de plano las insinuaciones de los recurrentes, como se muestra a continuación:

"8.1.1.3. Responsabilidad de IDT

Del material probatorio que obra en el expediente, se encuentra demostrado que IDT (integrante de los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2) incurrió en el acuerdo anticompetitivo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al participar, a través de los consorcios que integró, en el esquema de colaboración que se implementó en los procesos de selección CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009 adelantados por AEROCAFÉ.

Se pone de presente que el comportamiento desplegado por IDT le permitió percibir beneficios económicos de su conducta, debido a que tenía una participación de 34% en los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2, de acuerdo con los documentos de constitución de estos consorcios. Por ende, tal y como se dispuso en el Informe Motivado, si IDT esperaba rentas indebidas provenientes de su actuar anticompetitivo, también debe asumir la responsabilidad administrativa derivada de su calidad de agente económico.

Por todo lo expuesto, IDT debe ser declarado responsable por participar –mediante los consorcios que integró– en los comportamientos colusorios imputados, aun cuando el Despacho reconoce que su grado de participación en los hechos objeto de reproche no es equiparable al de JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA (representante legal de los consorcios DICO IDT y DICO IDT 2) y EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE (representante legal de CASTRO FLÓREZ y de los consorcios PALESTINA 8 y PALESTINA 10).

(...)

8.1.1.5. Responsabilidad de CDC

Del material probatorio que obra en el Expediente, se encuentra demostrado que CDC (integrante de los consorcios PALESTINA 8 y PALESTINA 10) incurrió en el acuerdo anticompetitivo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al participar, a través de los consorcios que integró –e incluso de manera independiente–, en el esquema de colaboración que se implementó en los procesos de selección CM-AAC-001-2009 y CM-AAC-002-2009 adelantados por AEROCAFÉ.

Se pone de presente que CDC esperaba obtener rentas derivadas de su participación en los consorcios PALESTINA 8 y PALESTINA 10, por lo cual resulta lógico que esté llamado a soportar las consecuencias que se desprenden del actuar colusorio en que incurrieron tales consorcios. Adicionalmente, tal y como se dispuso en el Informe Motivado, un mínimo de diligencia le habría permitido advertir que en el marco de los procesos de selección en

⁹⁵ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 14 de abril de 2016. Rad. No. 250002324000 2008 00265 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los que participó su consorcio se estaban adelantando gestiones coordinadas que estaban favoreciendo a consorcios competidores, frente a lo cual no se presentó ninguna clase de oposición o salvamento de su parte.

Por todo lo expuesto, **CDC** debe ser declarado responsable por participar –mediante los consorcios que integró– en los comportamientos colusorios imputados.

(...)

8.1.2.3. Responsabilidad de ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA

ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA, como representante legal de **IDT**, fue el encargado de suscribir los acuerdos de conformación de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**, lo cual da cuenta de su participación activa en el marco de estas estructuras plurales. Adicionalmente, se recuerda que según la **JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA** (representante legal de los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2**), tanto **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** (representante de **IDT**) como **RODRIGO LÓPEZ ARANA** (representante legal de **DICONSULTORÍA**), sostuvieron reuniones con **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**) para elaborar –o “montar”– sus propuestas en los procesos de selección objeto de estudio. Incluso, los argumentos de defensa expuestos por **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** no tuvieron el carácter demostrativo suficiente para desvirtuar los fundamentos de la imputación en su contra.

De lo anterior se colige que **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** indefectiblemente tomó parte, tanto por acción como por omisión, en el comportamiento ilegal que aquí se analiza.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** 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 haber ejecutado, facilitado y tolerado el acuerdo colusorio objeto de reproche.

8.1.2.4. Responsabilidad de LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE

LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE, como representante de **CDC**, contribuyó a que se conformaran los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10** y a que, por medio de estos últimos, se concretara la estrategia de coordinación objeto de reproche. El Despacho resalta también que **LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE** no desplegó la diligencia necesaria como para asegurarse de que los consorcios en los que participaba no se coludieran con la competencia o, cuando menos, como para separarse de tales comportamientos ilegales.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE** 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 haber facilitado y tolerado el acuerdo colusorio objeto de reproche. (...)"

En virtud de las razones expuestas, los reproches presentados por los recurrentes dirigidos a tratar de argumentar que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una indebida valoración del material probatorio que obra en el Expediente y, así mismo, desconocer el evidente acuerdo colusorio en que incurrieron, no tienen ninguna vocación de prosperidad y se rechazan por improcedentes.

4.3. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la afectación al mercado por la comisión de la conducta anticompetitiva

Algunos sancionados presentaron argumentos tendientes a afirmar que, de reconocer la existencia de un acuerdo anticompetitivo, de cualquier manera no existió afectación al mercado. En primer lugar, manifestaron que en los casos de concursos de mérito no existe sobre precio pues lo que se paga se invierte en los profesionales exigidos para el cumplimiento de las obligaciones adquiridas y la variable precio no resulta relevante en estos casos. En este mismo sentido, indicaron que lo que pagó el Estado no fue un precio supra-competitivo pues los valores y las cargas son impuestos por la entidad contratante. Agregaron que los concursos de méritos no pueden ser comparados con procesos licitatorios de obra o de concesión, tales como el caso de Ruta del Sol, en los que sí se presentan precios que distorsionan el mercado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De otra parte, indicaron que fue por una "voluntad exterior" -evaluación de las ofertas por la entidad pública contratante-, sin injerencia de los investigados, que no fueron tenidas en cuenta las propuestas del **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ 09** y **ESPARZA INGENIERÍA LTDA**, quienes pudieron ser adjudicatarios si hubieran cumplido las exigencias mínimas establecidas en los pliegos de condiciones.

Adicionalmente, indicaron que, del análisis efectuado en la Resolución Sancionatoria, es evidente que las coincidencias encontradas no denotan un acuerdo o práctica anticompetitiva, pues son solo coexistencias que en nada afectaron los intereses de los demás oferentes, ni de los demás agentes del mercado, ni de la entidad contratante.

Con el fin de dar respuesta a los anteriores argumentos, que sin lugar a dudas son equivocados y parten de un entendimiento limitado del significado de afectación a los mercados a través de conductas colusorias o restrictivas de la competencia, el Despacho, en primer lugar, explicará a los recurrentes que el precio no es la única variable que puede modificarse artificialmente con el fin de limitar la libre competencia en un mercado, y en segundo lugar, enfatizará en la importancia de la competencia efectiva en los diferentes concursos o procesos en los que participan agentes de mercado para proveer bienes y servicios al Estado.

Tal y como es reconocido por diferentes autoridades de competencia en el mundo y en la normatividad colombiana, los acuerdos anticompetitivos tienen diferentes modalidades. Algunos de ellos tienen como objeto y efecto la fijación o, en general, la afectación de los niveles de precio existentes en los mercados. Por el contrario, existen acuerdos cuyo efecto final resulta ser una afectación en los niveles de producción, en la calidad de los bienes y servicios, e incluso en los niveles de innovación, entre otros. Por último, existen acuerdos con efectos exclusorios, esto es, tendientes a eliminar a los competidores. Lo mismo sucede con los acuerdos colusorios en el marco de la contratación pública. Si bien la manipulación de concursos y licitaciones públicas puede tomar diferentes formas, lo cierto es que todas ellas impiden o restringen la posibilidad del Estado, es decir del comprador, de obtener bienes y servicios de la mejor calidad, al menor precio posible.

En línea con lo anterior, es pertinente insistir en el hecho de que en el presente caso los mercados afectados se revelaban como un **escenario propicio para que los diferentes participantes rivalizaran** con la finalidad de presentar la mejor propuesta a la entidad contratante bajo los factores propuestos como requisitos habilitantes. Es decir, existían claras condiciones de competencia que los diferentes proponentes tenían la obligación de respetar y, si bien en este tipo de contrataciones -concurso de méritos-, en ningún caso el precio se podrá incluir como factor de escogencia para la selección del contratista, según lo dispuesto en el numeral 3 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007, lo cierto es que **la "experiencia" representaba un factor determinante de competencia**.

Ahora bien, teniendo claro que la competencia puede lesionarse y distorsionarse, **aun cuando el precio no resulta ser la variable de competencia de un mercado**, como en el presente caso, es importante enfatizar que la contratación pública, en cualquiera de sus modalidades, resulta ser un componente importante en la actividad económica del país. De modo que, cualquier conducta que genere un impacto en la forma como el Estado contrata los bienes y servicios, genera desequilibrios y distorsiones en el gasto público, con lo cual debe ser categorizada como una de las conductas más graves violatorias del régimen de libre competencia económica.

Debe tenerse en cuenta que el impacto de la colusión en procesos de selección pública ("*bid rigging*"), constituye una práctica en extremo nociva para el Estado, pues como lo ha manifestado la OCDE en sus Lineamientos para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones públicas:

"El proceso competitivo puede generar menores precios o mejor calidad así como innovación sólo cuando las empresas compiten de verdad (es decir, establecen sus términos y condiciones con honestidad e independencia). La manipulación de licitaciones puede resultar especialmente dañina si afecta las adquisiciones públicas.⁹⁶ Este tipo de conspiraciones desvía recursos de los compradores y los contribuyentes, disminuye la confianza del público en el proceso competitivo y socava los beneficios de un mercado competitivo."

⁹⁶ Cita dentro de la Cita: "En los países de la OCDE, las adquisiciones públicas representan cerca de 15 por ciento del PIB. En muchos países no miembro de la Organización, la cifra es incluso mayor, Véase OCDE, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007."

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Es así como, si bien en el presente caso pudo no existir un efecto negativo directo sobre el valor de contratación, lo cierto es que la conducta censurada está relacionada con que la elección se realizó en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes coludidos no rivalizaron y la Entidad contratante terminó por escoger la propuesta que artificialmente se fabricó para ella y no aquella que el libre mercado le podía ofrecer de un número suficiente de oferentes que compitieran activa y auténticamente para suministrar lo requerido, máxime cuando existía un factor determinante de competencia, la "experiencia". Por lo anterior, no es cierto que la conducta no sea anticompetitiva por el simple hecho de no estar dirigida a la afectación de los niveles de precios, tal y como lo aseguraron los recurrentes.

Por otra parte, afirmaron que la Superintendencia de Industria y Comercio pasó por alto el hecho de que el mercado no fue ni objeto ni efecto del acuerdo colusorio pues no se indicó realmente cuáles fueron las conductas que no permitieron el acceso o libre escogencia en el concurso o la licitación, que en este caso por la participación de ocho (8) firmas y (2) dos personas naturales, no se evidencia.

Al respecto, es pertinente indicarle a los recurrentes que el régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia prohíbe todos los acuerdos entre dos o más empresas que prevenga, restrinja, o distorsione la competencia. Así, el argumento que sugiere que un acuerdo colusorio resulta ilegal solo en aquellos casos en donde no se le permita a las firmas externas al acuerdo participar en el mercado sería limitar erróneamente el alcance de la prohibición. Lo cierto es que, como ya se ha probado a lo largo de la presente actuación administrativa, el acuerdo por el cual fueron sancionados los investigados sí distorsionó la libre competencia económica en el marco de los procesos de selección adelantados por **AEROCAFÉ**, en tanto los cartelistas aumentaron sus probabilidades de ser adjudicatarios, en desmedro de sus competidores, utilizando una estrategia coordinada que además fue exitosa y le permitió a los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2** ser los ganadores de los respectivos concursos. Así, pese a que existieron ocho (8) empresas y dos (2) personas naturales con propuestas en los concursos, lo cierto es que ninguno de los no pertenecientes al cartel contó con la ventaja competitiva que tenían los miembros del acuerdo anticompetitivo. Por lo anterior, para este Despacho es claro que el hecho de que existieran proponentes adicionales a los cartelistas en nada desdibuja la existencia de la distorsión que generó el comportamiento colusivo de los sancionados. De modo que cualquier argumento en tal sentido debe ser descartado por su irrelevancia.

De otra parte, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, es pertinente reiterar que: (i) el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no establece, como condición para la configuración de la conducta, que el acuerdo colusorio deba versar exclusivamente sobre el factor "precio" de los productos o servicios correspondientes, de manera que no existe ningún fundamento para asegurar que no pueden concretarse colusiones en procesos que no giren en torno a aquel factor de competencia y (ii) es natural que en el marco de concursos de méritos en los que el precio NO es un factor preponderante, los eventuales acuerdos anticompetitivos que se presenten no versen sobre tal aspecto, sino precisamente sobre aquellos factores que tengan más relevancia (como la experiencia, en este caso).

En últimas, como se dispuso en el acápite anterior, lo que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes actúen coordinadamente (independientemente del factor alrededor del cual verse tal coordinación) en procesos de contratación estatal donde –por ley– están llamados a fungir como competidores y en el marco de una real rivalidad comercial, pues tal actuar concertado que busca determinar de manera ficticia las condiciones del mercado indefectiblemente modifica artificialmente los resultados de la correspondiente adjudicación y defrauda no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan transparentemente en la competencia por ese mercado. En virtud de lo expuesto, los argumentos que cuestionan la posibilidad de que se concreten acuerdos anticompetitivos en casos como el aquí analizado se rechazan por resultar infundados.

4.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el principio de legalidad y tipicidad de la infracción prevista en el numeral 9 del Decreto 2153 de 1992

Varios de los argumentos presentados por los recurrentes, en forma coincidente, señalan que existió una violación de los principios de legalidad y tipicidad. Al respecto, sostuvieron que según lo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, la conducta restrictiva se reprime

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

tanto por la intención de las empresas en su realización como por su resultado y que su desagregación impone unos límites, tanto para el objeto como para el efecto, dirigidos a saber o conocer cuándo se agota la conducta reprochable.

Del mismo modo, alegaron que no en todos los acuerdos contrarios a la competencia del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 existen conductas de tracto sucesivo, especialmente, en el numeral 9, respecto del verbo rector, coludir o distribuir. En línea con lo anterior, señalaron que, desde el principio de tipicidad, los "beneficios" que se obtienen de la eventual colusión o distribución de adjudicaciones de contratos o distribución de concursos no hacen parte de la conducta típica, ni del verbo rector.

De otra parte, sostuvieron que no se estableció cuál conducta fue la tipificada para imponer la sanción y que la posición, según la cual, la colusión se produce solo si existe una obtención de rentas explotativas por parte de los participantes del acuerdo ilegal, se aparta de toda lógica. También indicaron que la descripción típica censurada no podía encuadrarse o tipificarse en un proceso de selección por concurso de méritos en razón a su normatividad -Decreto No. 2474 de 2008- y características -factor determinante la experiencia y no el precio-.

Adicionalmente, señalaron que la tipicidad del acuerdo colusorio se encuadró indebidamente, pues las conductas desplegadas no se ajustaron ni al objeto, ni al efecto, previsto en la norma para que se configure la denominada colusión en licitaciones o concursos y, además, brilla por su ausencia el reproche que enliste las conductas individualizadas que no permitieron la libre competencia o el acceso o libre escogencia en los concursos de méritos.

Visto lo anterior, debe indicarse que los argumentos esgrimidos por los recurrentes en que alegan una supuesta violación del principio de legalidad y tipicidad en relación con la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no son de recibo para este Despacho y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primera medida, como lo ha señalado abundante jurisprudencia⁹⁷ sobre la materia, uno de los elementos que definen el Estado moderno es la sujeción de sus autoridades al principio de legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2).

Sobre la importancia del principio de legalidad en la formulación del Estado social de derecho la Corte Constitucional ha señalado que la definición de Colombia como un Estado de Derecho implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción constituye una de las expresiones más importantes del principio de legalidad: implica que el comportamiento que desplieguen los órganos del Estado para alcanzar sus fines, debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación.

Sobre el principio de legalidad, el Consejo de Estado ha puntualizado que:

*"El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas. Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que el es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado"*⁹⁸.

⁹⁷ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de agosto de 2016. Rad. No.: 110010306000 2016 00128 00.

⁹⁸ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. No. 680012331000 1996 02081 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como puede apreciarse, desde la jurisprudencia administrativa y constitucional es incuestionable que el principio de legalidad y tipicidad de las conductas adquiere una mayor relevancia, y constituye un pilar fundamental, cuando se trata de la potestad sancionadora del Estado. Sin que ello quiera decir que las garantías del debido proceso comportan un alcance idéntico en el ámbito judicial y el administrativo.

En efecto, sobre el particular, la Corte Constitucional ha sido categórica en distinguir que:

"La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos."⁹⁹ (Negrilla fuera texto original).

En tal medida, la extensión y aplicación de las diferentes garantías del debido proceso en el ejercicio de la función pública no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial. En las actuaciones administrativas ocurre bajo estándares más flexibles que permiten asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración.

Esta distinción es apenas lógica, en primer lugar, debido a que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas (artículos 29 y 209, Superiores) de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad, diferentes al ámbito judicial, como es el caso de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores. En segundo lugar, las actuaciones administrativas, si bien están revestidas de presunción de legalidad, son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso administrativa –control posterior–, por el contrario, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales y después de surtidos los mecanismos de impugnación gozan del fenómeno de cosa juzgada.

Por lo anterior, la Corte Constitucional¹⁰⁰ ha puntualizado que no es posible realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al ámbito administrativo.

"La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que éste último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública." (Negrilla fuera texto original).

Así, el principio de legalidad y tipicidad, como garantías del debido proceso, han encontrado una interpretación diferente en el ejercicio de la función administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que "[e]l principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. (...)"¹⁰¹.

⁹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014.

¹⁰⁰ *Ibidem*.

¹⁰¹ Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2012. Así mismo, en Sentencia C-860 de 2006, se consideró que: "(...) la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción (...)".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En el contexto descrito, la jurisprudencia constitucional¹⁰² ha considerado que "(...) *las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, **permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica.***" (Negrilla fuera texto original). Como se ha visto, es indiscutible la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. No obstante, su intensidad, rigor o graduación es distinta a la exigida en el ámbito judicial (i.e. materia penal) como consecuencia, entre otras razones, de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.

Bajo ese entendimiento, la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, como se dijo en la Resolución Sancionatoria, es una 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. El fin de esta norma se dirige a reprochar y sancionar eventos en que los oferentes coluden para distorsionar un proceso de selección, pues la adjudicación del contrato no sería el resultado de un proceso competitivo sino de un acuerdo ilícito que contraría la libre competencia.

Así, 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".

En otras palabras, se censura que la elección va a realizarse en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes participantes no van a competir y el Estado escogerá la propuesta que en forma simulada se construyó para él y no aquella que un libre mercado en condiciones de competencia le puede ofrecer, tal y como sucedió en el presente caso, en que existió un acuerdo colusorio en que sus participantes coordinaron la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas y que se extendió incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados.

Y es que como lo ha indicado esta Entidad en anteriores ocasiones, "[c]abe resaltar que cualquier forma de acuerdo entre dos o más sujetos (personas naturales o jurídicas) que busque alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo las normas de competencia, sino también las normas que regulan la contratación estatal"¹⁰³.

Como puede apreciarse, la alteración de las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, es una conducta que vulnera las normas que regulan la contratación pública y, así mismo, está proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, norma que se caracteriza por su flexibilidad en la adecuación típica, como cualquier otra infracción administrativa, según se desprende de abundante jurisprudencia constitucional analizada previamente sobre la materia. Esto es así, entre otras razones, debido al posible, y a veces constante, cambio normativo en materia de contratación estatal y al carácter dinámico que experimentan los diferentes mercados.

De modo que aceptar la tesis de los recurrentes en relación con que la descripción típica censurada no podía encuadrarse o tipificarse en un proceso de selección bajo la modalidad de selección de concurso de méritos en razón a su normatividad y características, sería tanto como aceptar que la

¹⁰² Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017 y Sentencia C-921 de 2001. Así mismo, en Sentencia C-564 de 2000, se consideró que: "(...) *en suma, al principio de legalidad consagrado en la Carta Política se le atribuyen diferentes gradaciones dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. La tipicidad, como regla del debido proceso, tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica.*"

¹⁰³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 de 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

competencia no tendría lugar en dicho escenario y que los proponentes podrían coordinar a su antojo el proceso de selección y distorsionar las condiciones de competencia o, más inaceptable aún, que la infracción contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992¹⁰⁴ perdió vigencia al año siguiente de su promulgación con la posterior expedición, en ese entonces, del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Ley 80 de 1993, lo cual es absolutamente inadmisibile.

Semejante planteamiento es a todas luces infundado ya que la descripción típica de las infracciones administrativas, dada su textura abierta y su flexibilidad, permite su actualización en razón de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.

En este sentido, este Despacho llama la atención en que el encuadramiento del hecho antijurídico al tipo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no puede restringirse, limitarse o supeditarse a una modalidad de selección específica, "licitaciones o concursos", sino que por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos colusorios que tengan por objeto o efecto falsear la libre competencia, sin importar la modalidad de selección de que se trate. Tan es así que en otras ocasiones esta Entidad ha sancionado acuerdos colusorios realizados en procesos bajo la modalidad de selección abreviada¹⁰⁵.

De esta forma, los acuerdos colusorios que se presenten en la modalidad de selección de concursos de méritos o cualquier otra modalidad en que sean posibles condiciones de libre competencia, y cuando quiera que esta se obstruya, restrinja o distorsione, como el sancionado en el presente caso, sin lugar a dudas, serán reprochables y sancionables por esta Superintendencia.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que:

"Así, el derecho a la libre competencia y a otros derechos de carácter económico, se predica del contrato estatal y específicamente de la modalidad de selección previa a la adjudicación del mismo, sin que estas garantías sean exclusivas de la licitación pública o del concurso de méritos, puesto que en las modalidades de selección descritas en la Ley 1150 de 2007, esto es licitación pública, selección abreviada, concurso de méritos y contratación directa, participan oferentes de forma amplia o restringida, para la consecución del contrato estatal a su favor en calidad de contratistas, siendo este un espacio que permite el ejercicio de la iniciativa privada y la libre empresa.

(...)

*Entiende la Sala que cuando la norma se refiere a los acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos, **su sentido no debe ser interpretado en qué solo son reprochables, si los mismos se dan en el marco de los procesos de selección de licitación pública o concurso de méritos, pues como se vio con antelación, en realidad la norma deber ser interpretada conforme al ordenamiento jurídico y, específicamente en cuanto a la protección de las garantías a la libre competencia y la libre concurrencia (...)**"¹⁰⁶. (Negrilla fuera de texto original).*

Por lo expuesto previamente, los argumentos presentados por los impugnantes relacionados con el supuesto desconocimiento de los principios de legalidad y tipicidad resultan absolutamente improcedentes, buscan una traslación mecánica del ámbito penal al administrativo, lo cual, desconoce que las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritas con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica. De ahí que para la administración exista un mayor grado de flexibilidad para subsumir el hecho antijurídico al tipo descrito; tanto así que el uso de conceptos indeterminados y de tipos en blanco en el derecho administrativo sancionador resulta más admisible que en materia penal. Además, tales planteamientos de los recurrentes pasan por

¹⁰⁴ Cuando se expidió el Decreto 2153 de 1992 se encontraba vigente materia de contratación estatal el Decreto 222 de 1983 "Por el cual se expiden normas sobre contratos de la Nación y sus entidades descentralizadas y se dictan otras disposiciones".

¹⁰⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 53991 de 2012, 40875 de 2013 y 53914 de 2013.

¹⁰⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

alto el principio "*del efecto útil de las normas*" según el cual debe considerarse, de entre varias interpretaciones de una disposición normativa, aquella que permita consecuencias jurídicas sobre la que no las prevea, o sobre la que prevea consecuencias superfluas o innecesarias.

De otra parte, este Despacho se permite advertir que según la Resolución de Apertura de Investigación - Resolución No. 20396 del 30 de marzo de 2012-, la imputación tanto fáctica como jurídica se fundamentó inequívocamente en la descripción típica prevista en el **numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992**. Al respecto se dijo que:

"Al tenor del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se consideran contrarios a la libre competencia los acuerdos 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."

En ese orden de ideas, en relación con la naturaleza del comportamiento imputado a los investigados es importante precisar que según el contenido de la disposición citada y lo establecido por la jurisprudencia, la conducta es instantánea cuando los hechos que la constituyen se consuman en un único momento, mientras que tiene carácter continuado cuando se constituye por una "*pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configura la conducta descrita en la ley como sancionable*"¹⁰⁷, sobre este punto se volverá más adelante al analizar los argumentos dirigidos a señalar la pérdida de competencia temporal por caducidad de la facultad sancionatoria.

Entonces, la definición de conducta continuada que ha sido citada permite identificar sus elementos constitutivos, a saber: **(i)** pluralidad de acciones u omisiones, **(ii)** unidad de intención e **(iii)** identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. Sobre la base de lo expuesto, la colusión en procesos de selección, prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por regla general es un comportamiento de carácter continuado en la medida en que normalmente reúne los tres elementos constitutivos expuestos.

En relación con **(i)** la pluralidad de acciones y omisiones, la experiencia a nivel mundial¹⁰⁸ ha demostrado que, debido a la naturaleza del comportamiento objeto de estudio y a los mecanismos procesales de selección en los que se desenvuelve, normalmente la colusión se configura por un conjunto de actividades que incluye, entre otras, la concertación sobre las condiciones en que los proponentes coludidos participarán en el proceso de selección correspondiente, la coordinación de las observaciones que presentarán respecto de los pliegos de condiciones, la formulación estratégica y coordinada de las ofertas y, además, comportamientos que tienen lugar incluso después de la adjudicación y celebración del contrato en cuestión, orientados a la repartición de los beneficios derivados de la colusión (subcontratos, cesión del contrato adjudicado, pagos directos, etc.). Nótese, sobre este particular, que los actos que normalmente constituyen la colusión se extienden a lo largo de todas las etapas del proceso de selección e incluso se proyectan con posterioridad a la adjudicación y la celebración del contrato correspondiente, cuando esta ocurre en cabeza de alguno de los colusores.

Acerca de **(ii)** la unidad de intención, por supuesto referida a la pluralidad de acciones que constituyen el comportamiento continuado, debe llamarse la atención acerca de que todas y cada una de las conductas desplegadas por los colusores, independientemente de la etapa del proceso en que tengan lugar, están orientadas a la supresión de la rivalidad en el marco del concurso y a la repartición de los beneficios derivados de ese comportamiento¹⁰⁹, actos o conductas de los que depende la consumación de los efectos, en los casos en los que alguno de los colusores resulta adjudicatario del contrato.

Finalmente, en lo que atañe a **(iii)** la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable, es importante señalar –como se precisará con mayor detalle más adelante– que todas las acciones configurativas de la colusión, unidas por los propósitos

¹⁰⁷ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 2 de julio de 1999 y Sentencia del 4 de septiembre de 2008. Rad. No. 15106.

¹⁰⁸ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. *Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia*.

¹⁰⁹ MARSHALL, Robert C. y MARX, Leslie M. *The Economics of Collusion*. MIT Press. 2012. p. 56 y 163.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

mencionados, son constitutivas del comportamiento restrictivo de la libre competencia económica previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así las cosas, desde el punto de vista normativo, jurisprudencial y doctrinal, no queda ninguna duda de que el acuerdo colusorio sancionado en este caso en que sus participantes coordinaron la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas, extendiéndose incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados, comporta un comportamiento restrictivo de la libre competencia económica que encuadra perfectamente en la descripción típica contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, tal y como se ha explicado con suficiencia. De suerte que el argumento dirigido a alegar una supuesta ausencia de reproche que enliste las conductas individualizadas que no permitieron la libre competencia o el acceso o libre escogencia en los concursos de méritos, no se compadece con la realidad del presente caso y se rechaza por improcedente.

4.5. Argumentos relacionados con la supuesta atribución de responsabilidad objetiva

Algunos investigados señalaron que en la Resolución Sancionatoria se sostuvo una tesis de responsabilidad objetiva proscrita de nuestro ordenamiento jurídico. Al respecto, sostuvieron que los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia, previstos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, son considerados como una responsabilidad objetiva por esta Entidad.

En línea con lo anterior, indicaron que los eventos consignados en la Resolución Sancionatoria se asemejan a una "*presunción de ilegalidad*" que se desvirtúa demostrando la participación de otras empresas, directamente o en consorcio. Además, sostienen que se desconoció que la figura del "consorcio" tiene protección legal contenida en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y que se vulneró el derecho de libre asociación al cuestionarlo.

De otra parte, señalaron que no basta con acreditar la existencia de un acuerdo para establecer que se trata de un medio "*torcido o desleal*", pues se requiere también demostrar que ese acuerdo de voluntades tuvo por objeto impedir, restringir o falsear a la competencia. Adicionalmente, indicaron que las conductas imputadas carecen de todos los requisitos necesarios para la configuración de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Expuestos los anteriores reproches, debe anotarse que los argumentos esgrimidos por los recurrentes en que alegan la configuración de un régimen de responsabilidad objetiva no son de recibo para este Despacho y serán rechazados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, es menester analizar la censura relacionada con que se desconoció que la figura legal del "consorcio" tiene una protección legal contenida en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 y, por tal vía, se vulneró el derecho de libre asociación al cuestionarlo. Al respecto, es importante anotar que en efecto la Constitución Política establece como derecho fundamental el derecho de libre asociación (art. 38) para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en la sociedad.

Por su parte, tanto la jurisprudencia del Consejo de Estado como la de la Corte Constitucional han señalado, de manera uniforme y reiterada, que el consorcio o la unión temporal que se conformen con el propósito de presentar conjuntamente una misma propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una entidad estatal, no constituyen una persona jurídica diferente de sus miembros individualmente considerados.

En tal medida, si bien es cierto que la figura jurídica de los "consorcios" corresponden al ámbito de la libertad de la actividad económica e iniciativa privada y está prevista legalmente en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, esto no quiere decir que la misma no esté sujeta a límites razonables cuando se trata de proteger intereses constitucionalmente relevantes (i.e. libre competencia económica). En este sentido, debe tenerse en cuenta que la misma constitución, en el artículo 333, establece que la libertad económica y la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades y esta norma superior consagra el derecho al libre ejercicio de la actividad económica y la iniciativa privada dentro de los límites del bien común.

Así, los "consorcios" y sus miembros individualmente considerados son destinatarios de las normas de libre competencia económica. Lo anterior implica que, no pueden ser utilizados como vehículos

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que, bajo el argumento de estar consagrados legalmente, desborden su propósito natural con la intención de falsear la competencia en los procesos de selección contractual y, por ende, se conviertan en una excusa para que sus miembros individualmente considerados se sustraigan indebidamente del cumplimiento de las normas que protegen la libre competencia.

En el mismo sentido, esta Superintendencia al referirse sobre un argumento similar al analizado en esta oportunidad, ha considerado que:

"(...) el hecho de que el contrato de mandato sea una figura jurídica consagrada en la Ley no implica que con ella se puedan perpetrar conductas ilegales. Aceptar esa tesis equivaldría a legalizar conductas como el mandato de varios competidores para que un tercero fije los precios del mercado, cuestión que por el hecho de estar bajo el ropaje de un mandato no dejaría de ser un cartel de precios ilegal."¹¹⁰ (Negrilla fuera de texto original).

Por su parte, la "Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales" de esta Superintendencia, es clara al señalar que:

"Las asociaciones de empresas o gremios y las asociaciones de profesionales están obligadas a desarrollar sus actividades dentro del marco del régimen de protección de la competencia, el cual prohíbe, entre otros, los acuerdos y actos contrarios a la libre competencia. Por lo tanto, una vez integrada la asociación por un número plural de sujetos, la misma adquiere los mismos deberes que cualquier otro particular en relación al régimen legal de protección de la competencia.

Lo anterior implica que a las asociaciones de empresas o gremios y a las asociaciones de profesionales les está prohibido promover o ejecutar directamente acuerdos contrarios a la libre competencia, o servir de plataforma para que los mismos se pacten o ejecuten." (Negrilla fuera de texto original).

De acuerdo con lo expuesto, si bien la libertad de asociación es un derecho fundamental, su ejercicio no puede ser abusivo, arbitrario, ni contrario a derecho. Por esto, se ha reconocido que las asociaciones de empresas (i.e. consorcios) tienen límites legales en el ejercicio de sus cometidos, dentro de los cuales está el régimen de protección de la libre competencia económica. La actuación de los "consorcios" y de sus integrantes individualmente considerados, debe ser respetuosa de los límites que establece el derecho de la competencia y, en consecuencia, deben abstenerse de promover o ejecutar acuerdos para restringir o falsear la libre competencia económica. De modo que el argumento presentado por los recurrentes en relación con la protección legal del "consorcio" derivada de su consagración legal y el supuesto desconocimiento del derecho a la libre asociación, no tiene mérito de prosperidad para justificar el acuerdo colusorio reprochado y sancionado.

Ahora, corresponde a este Despacho analizar los argumentos relacionados con la indebida aplicación de un supuesto régimen de responsabilidad objetiva en el presente caso, los cuales serán rechazados por las razones que pasan a exponerse a continuación.

En primer lugar, debe anotarse que la jurisprudencia constitucional en reiteradas ocasiones, en relación con el ejercicio del *ius puniendi* del Estado, ha reclamado la presunción de inocencia y, en consecuencia, el principio de culpabilidad como elemento necesario que debe concurrir para la imposición de una sanción. Así, ha sostenido, en principio, que "[e]stá proscrita toda forma de responsabilidad objetiva en materia sancionadora"¹¹¹, tal y como lo refieren los recurrentes.

No obstante, el anterior planteamiento no es absoluto y dependiendo del tipo de infracción administrativa en diversos preceptos jurisprudenciales ha existido un desarrollo diferente. En unos, aceptando la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, en otros, matizando o atenuado el ámbito de la responsabilidad subjetiva en materia administrativa sancionatoria.

Así, por ejemplo, la Corte Constitucional sobre la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, ha señalado que "[e]n efecto, las sanciones por responsabilidad objetiva se ajustan a la

¹¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 20639 de 2015.

¹¹¹ Corte Constitucional. Sentencia C- 597 de 1996.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Carta siempre y cuando (i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama 'rescisorias', es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)."¹¹².

De otra parte, la Corte Constitucional¹¹³ sobre la atenuación del ámbito de la responsabilidad subjetiva ha considerado que:

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

Como puede apreciarse, en el derecho administrativo sancionador, el principio de presunción de inocencia no tiene el mismo alcance y contenido que en materia penal, por cuanto se trata de ámbitos jurídicos con especificidades propias, en cuanto sus finalidades difieren sustancialmente.

En segundo lugar, es pertinente señalar que sobre el régimen de responsabilidad aplicable en materia de prácticas restrictivas de la competencia económica la máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativo tuvo la oportunidad de dilucidar un alegato similar al presentado por los recurrentes en esta oportunidad. Sobre el particular, el propio Consejo de Estado señaló que:

"Visto lo anterior, observa la Sala que la parte demandante incurre en error al formular el cargo de violación de los actos administrativos demandados relativo a que el tipo de responsabilidad atribuible a las empresas infractoras en este tipo de situaciones no es objetiva, sino subjetiva, bajo el entendido de que no basta sólo con la existencia del acuerdo.

Cierto es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor.

Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios – sea cual sea su naturaleza – es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios.

Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio – y que dicho sea de paso, no demostró –, 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.

(...)

Lo dicho además descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia C-616 de 2002.

¹¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por «**objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios**»." (Negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, el régimen de protección a la competencia económica, y específicamente los acuerdos reprochados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no comporta ningún tipo de responsabilidad objetiva. En los mismos, según lo ha analizado la jurisprudencia administrativa, existe un claro componente subjetivo. Sin que ello quiera decir que para la atribución de responsabilidad sea menester probar la intención –dolo o culpa- de los infractores. El anterior entendimiento resulta corroborado por el propio Consejo de Estado al considerar que:

*"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, **la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas**"*¹¹⁴ (Negrilla fuera de texto original).

Así mismo, el Consejo de Estado ha manifestado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos, como el penal, en ocasiones admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad:

*"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (...)"*¹¹⁵ (Subraya fuera de texto original).

En tercer lugar, y en línea con lo anteriormente expuesto, esta Superintendencia ha afirmado en múltiples ocasiones¹¹⁶, que en materia de derecho administrativo sancionatorio no es necesaria la determinación del factor subjetivo para efectos de la atribución de responsabilidad por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida.

De este modo, se ha considerado que *"no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto-, **independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto**. Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica (...)"*¹¹⁷. (Negrillas fuera de texto original).

Aceptar una interpretación diferente equivaldría a exonerar de responsabilidad a aquella persona que realiza un acuerdo colusorio con la simple intención de beneficiar unas empresas que se encuentran pasando por un momento económico difícil o exonerar a aquella persona que prefiere obtener una adjudicación mediante un acuerdo colusorio, antes que ver frustrado el proceso de selección (declaratoria de desierta), lo cual es a todas luces contrario al régimen de libre competencia.

¹¹⁴ Consejo de Estado. Sentencia del 26 de junio de 1987. Rad. No. 1028. Posición jurisprudencial adoptada también, entre otras, en las Sentencias del 28 de febrero de 1992, Rad. 3622 y del 30 septiembre de 1994, Rad. 5658.

¹¹⁵ Consejo de Estado. Sentencia del 25 de marzo de 2004. Rad. 13495.

¹¹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28350 de 2004, Resolución No. 37033 de 2011, Resolución No. 46111 de 2011 y Resolución No. 70736 de 2011.

¹¹⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, este Despacho advierte que el argumento dirigido a señalar que las conductas imputadas carecen de todos los requisitos necesarios para la configuración de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, no es más que un anhelo del recurrente de trasladar, una vez más, un componente propio del derecho penal al ámbito administrativo, que no puede ser patrocinado en esta sede. Los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, que echa de menos el recurrente, son exigencias propias para la configuración de una "conducta punible", según lo previsto en el artículo 9¹¹⁸ de la Ley 599 de 2000 - Código Penal Colombiano. Por tal razón, el argumento analizado carece de fundamento y es a todas luces improcedente, pues la configuración de la falta administrativa y la atribución de responsabilidad en materia de infracciones al régimen de protección a la competencia económica son diferentes, como se ha explicado y demostrado con suficiencia.

Otro de los argumentos presentados por los recurrentes se fundamenta en el hecho de que los eventos consignados en la Resolución Sancionatoria se asemejan a una "presunción de ilegalidad" que se desvirtúa demostrando la participación de otras empresas, directamente o en consorcio. En respuesta a estos argumentos, tal y como se señaló en la Resolución Sancionatoria, se reitera, lo que reprocha el régimen de protección de la libre competencia económica es que exista coordinación entre proponentes en procesos de contratación estatal donde todos los concursantes deberían estar compitiendo de manera independiente y autónoma, en el marco de una real y sana rivalidad comercial.

Por ende, no es el hecho de que concurren diferentes participantes a los procesos de selección lo que llama la atención de esta Autoridad, sino el hecho de que cualquiera de los agentes que participe en este tipo de concursos coordine su comportamiento dentro de los mismos con otros competidores, defraudando los intereses del Estado y las expectativas legítimas de los demás competidores que participan de manera autónoma y transparente. La ODCE¹¹⁹ ha señalado que las prácticas colusorias pueden desalentar la participación de compañías competidoras, disminuyendo la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavando los beneficios de un mercado competitivo.

Dicho de otro modo, el hecho de que en un proceso de selección contractual concorra cualquier cantidad de competidores no anula el juicio de reproche por el acuerdo colusorio que otros supuestos "competidores" perpetraron para coordinar la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas y que se extendió incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados. Aceptar la tesis del recurrente equivaldría a sostener que en los procesos de selección contractual en que existan otros proponentes diferentes a los colusores nunca procedería la configuración de la descripción típica del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, postulación a todas luces inaceptable.

A modo de ejemplo, en el Concurso de méritos **CM-AAC-001-2009**, la propuesta del **CONSORCIO AEROPUERTO DEL CAFÉ** (integrado por **SILVA CARREÑO Y ASOCIADOS S.A., CAJIAO Y ASOCIADOS S.A.** y **SALGADO MELENDEZ Y ASOCIADOS INGENIEROS CONSULTORES S.A.**) fue rechazada por incumplimiento de los requisitos relacionados con la experiencia específica, el director de interventoría, el ingeniero residente No. 2 y el especialista en geotécnica. Por su parte, la propuesta del **CONSORCIO PALESTINA 8** (integrado por los investigados **CASTRO FLÓREZ, CDC** y **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE**) fue rechazada por incumplimiento de los requisitos de capital de trabajo, capacidad de contratación, capacidad residual, experiencia del 90% del presupuesto oficial, director de interventoría y especialista ambiental¹²⁰.

Como puede apreciarse, pese a que en el Concurso de méritos **CM-AAC-001-2009** se presentaron tres (3) proponentes lo cierto es que la elección se realizó en un escenario simulado de competencia, en el que los agentes participantes coludidos no rivalizaron y la Entidad contratante

¹¹⁸ "Artículo 9. Conducta punible. Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado."

¹¹⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos - OCDE. (2014). En Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. Recuperado de https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf

¹²⁰ Folio No. 1382 del Cuademo Público No. 4 (CD) del Expediente. Ruta de acceso: \VISITA AL SECOP 15OCT2013\CM-AAC-001-2009\Archivos Descargados\IE_PROCESO_09-15-239545_217001038_1307795.pdf.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

terminó por escoger la propuesta (**CONSORCIO DICO IDT**) que artificialmente se construyó para ella y no aquella que el libre mercado en condiciones de competencia pudo haber ofrecido. De tal manera, en el presente caso no solo se acreditó la existencia de un acuerdo colusorio, sino que además se demostró que ese acuerdo de voluntades tuvo por objeto impedir, restringir o falsear la competencia, por lo que los argumentos de los recurrentes en tal sentido se rechazan por improcedentes.

Adicionalmente, debe aclararse a los recurrentes que en la Resolución Sancionatoria no existe una "presunción de ilegalidad". Lo que contiene dicho acto administrativo, a partir del abundante y contundente material probatorio que reposa en el Expediente en donde se da cuenta del acuerdo colusorio en que incurrieron los investigados, previas las garantías del debido proceso, es la declaración de una infracción administrativa, específicamente, la tipificada en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, por el contrario, dicha decisión gozará de presunción de legalidad una vez adquiera firmeza, según lo dispuesto en los artículos 87 y 88 de la Ley 1437 de 2011.

4.6. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la pérdida de competencia por la caducidad de la facultad sancionatoria

Todos los recurrentes alegaron que operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Para tal efecto, sostuvieron que se vulneró el derecho al debido proceso, defensa y contradicción, toda vez que no se resolvió ni analizó con base en la jurisprudencia vigente cada uno de los argumentos de defensa sobre el particular. No se interpretó de forma adecuada, por error u omisión, la pérdida de competencia temporal. Al respecto, indicaron que la norma con la cual se fundamentó la sanción es de ejecución inmediata y no de tracto sucesivo. Agregaron que el inicio del término para la caducidad es a partir de la expedición del acto administrativo de adjudicación del contrato estatal.

De otra parte, indicaron que para la inoperancia de la caducidad no basta que se expida el acto administrativo que inicia la investigación. Es necesario, además, que el acto administrativo por medio del cual se impone la sanción haya sido notificado dentro del término de caducidad previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. A juicio de los recurrentes, la investigación se abrió el 30 de marzo de 2012, con la Resolución No. 20396, por lo que la caducidad de la facultad sancionatoria opera desde el 31 de marzo de 2017. Por el contrario, otro recurrente señala que el Consejo de Estado en reiteradas sentencias ha dicho que en materia de protección de la competencia, las entidades administrativas tienen un plazo máximo de 5 años para expedir, notificar y resolver los recursos.

Por otro lado, señalaron que los concursos de méritos fueron adjudicados el 21 y el 30 de octubre de 2009, lo cual significa que, si bien el supuesto acto fue de ejecución sucesiva, se tenía hasta el 30 de octubre de 2014 para proferir el acto administrativo sancionatorio. En línea con lo anterior, indicaron que la conducta por presuntamente constituir hechos de ejecución continuada o tracto sucesivo al tener unidad de propósito, su supuesta ocurrencia tuvo que haberse concretado o configurado con anterioridad al cierre del plazo para presentar las propuestas licitatorias, o incluso hasta la adjudicación de los contratos.

Adicionalmente, los recurrentes señalaron que en la Resolución Sancionatoria se usó una providencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, favorable a los intereses de la Entidad, con la finalidad de fundamentar la inexistencia de caducidad. Sin embargo, se desconoció que la misma providencia señala que "(...) *la conducta reprochable, de conformidad con la normatividad referenciada, se agotó en el acuerdo colusorio, sin que puedan considerarse los beneficios que tengan los pactantes en razón del acuerdo, como parte de la conducta típica, es decir, cuando se consolidan los efectos del acuerdo; siendo la conducta continuada por parte de los demandantes.*"

Lo primero que debe anotarse es que cuando se trata de un procedimiento administrativo sancionatorio encaminado a definir la situación jurídica de una persona, la exigencia constitucional de competencia se relaciona directamente con el debido proceso, por cuanto "*la actuación de las autoridades administrativas debe desarrollarse bajo la observancia del principio de legalidad, marco dentro del cual pueden ejercer sus atribuciones con la certeza de que sus actos podrán producir efectos jurídicos*"¹²¹.

¹²¹ Corte Constitucional. Sentencia T-559 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En consecuencia, cuando una autoridad administrativa actúa sin competencia -material, territorial o temporal¹²²- se produce un defecto orgánico en la actuación, en tanto que *"la competencia tiene por finalidad delimitar el campo de acción de la autoridad judicial y/o administrativa, para asegurar así el principio de seguridad jurídica que representa un límite para ella misma, en la medida en que las atribuciones que le son conferidas solo las podrá ejercer en los términos que la Constitución y la ley establecen"*.

Como se ha visto, una decisión adoptada sin competencia atenta directamente contra el principio constitucional de legalidad y, en consecuencia, en esta ocasión corresponde a este Despacho determinar si, como lo afirman los recurrentes, operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria o, por el contrario, se actuó con plena competencia temporal para expedir el acto administrativo sancionatorio recurrido.

De esta forma, antes de realizar el análisis propuesto, es menester responder el argumento de los recurrentes relacionado con las providencias judiciales referidas en la Resolución No. 85898 de 2018 en torno a la caducidad de la facultad sancionatoria. Al respecto, este Despacho puede evidenciar que la discusión suscitada se centra en dos fallos judiciales del Tribunal Administrativo de Cundinamarca. El primero, una sentencia de primera instancia del 9 de julio de 2015¹²³ y, el segundo, una sentencia de primera instancia del 3 de febrero de 2017¹²⁴. Sobre el particular, es pertinente advertir dos circunstancias.

En primer lugar, las providencias judiciales fueron proferidas en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca y, en ambos casos, las decisiones fueron objeto de recurso de apelación, concedido en el efecto suspensivo ante el Consejo de Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 243 de la Ley 1437 de 2011, por lo que las referidas decisiones no se encuentran en firme. En segundo lugar, este Despacho debe llamar la atención en relación con que las consideraciones expuestas en las sentencias obedecen a las particularidades fácticas de los casos sometidos a control judicial y, particularmente, a los asuntos que pretendían dilucidar en esa oportunidad. Así que realizar una lectura aislada e inconsulta del contexto fáctico en que se suscitaron los pronunciamientos del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, puede generar una interpretación errada sobre el correcto entendimiento de la configuración de la conducta y, en consecuencia, sobre caducidad de la facultad sancionatoria.

Precisado lo anterior, los recurrentes alegan la configuración de la caducidad de la facultad sancionatoria, fundamentándose en el hecho de que se empleó una providencia judicial -sentencia de primera instancia del 3 de febrero de 2017- que apoyaba los intereses de la Entidad a efectos de demostrar que las conductas de colusión son continuadas o de tracto sucesivo. No obstante, se pasó por alto que la misma providencia sostenía que *"(...) la conducta reprochable, de conformidad con la normatividad referenciada, se agotó en el acuerdo colusorio, sin que puedan considerarse los beneficios que tengan los pactantes en razón del acuerdo, como parte de la conducta típica, es decir, cuando se consolidan los efectos del acuerdo; siendo la conducta continuada por parte de los demandantes."* (Subraya fuera de texto original).

Así las cosas, a partir de una revisión detallada de las providencias judiciales, puede advertirse que la referencia jurisprudencial citada por los recurrentes para fundamentar la supuesta configuración de la caducidad tiene su génesis y obedece al análisis que, en otra oportunidad, realizó el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en consideración a un caso con particularidades fácticas distintas al acá analizado y a efectos de dilucidar un asunto diferente a la caducidad de la facultad sancionatoria. En efecto, la referencia jurisprudencial citada por los recurrentes, corresponde a un

¹²² Consejo de Estado, Sección Segunda. Sentencia del 19 de junio de 2008. Rad. No. 250002325000 2000 02814 01. Al respecto, se consideró que *"La falta de competencia radica en que una autoridad adopta una decisión sin estar legalmente facultada para ello y se configura la causal de nulidad cuando se desconoce cualquiera de los elementos que la componen, como, por ejemplo, cuando no se tiene atribución sustancial para la expedición de un acto jurídico (competencia material) o cuando este no puede dictarse sino dentro de determinada jurisdicción (competencia territorial) o cuando sólo se cuenta con un tiempo determinado para su expedición (competencia temporal)."*

¹²³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 9 de julio de 2015. Rad. No. 250002341000 2013 02040 00.

¹²⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 3 de febrero de 2017. Rad. No. 250002341000 2015 02144 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

análisis realizado en la sentencia de primera instancia del 23 de abril de 2015¹²⁵. En dicha ocasión el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que:

"Es pertinente entonces distinguir entre lo que se considera como la conducta reprochable, y los efectos lesivos que dicha conducta genera, esto es, diferenciar entre el hecho de la ejecución de acuerdos para restringir el mercado, y el perjuicio que el mismo causa a la libre competencia.

(...)

*Al respecto, debe reiterar la Sala su postura jurisprudencial, en el sentido de precisar **que en este caso la conducta objeto de reproche es en efecto el acuerdo o convenio de los empresarios limitando la competencia, o restringiendo los bienes o servicios, dado que el artículo 47, numeral 9 del Decreto 2153 de 1992 solo requiere que el referido acuerdo tenga por objeto la colusión en los procesos de selección de adjudicación de contratos, sin que exija la norma en el primer escenario que lo acordado haya surtido los efectos pretendidos**, esto es, que con el mismo se logre su cometido o en este caso la efectiva adjudicación del contrato estatal y los beneficios consecuentes de la misma.*

(...)

*Como se dijo con anterioridad, es pertinente diferenciar la conducta reprochable que los efectos de misma, **siendo para el caso concreto la conducta el acuerdo para la distribución de la adjudicación del contrato**, y los efectos, constituidos por todo lo que se haya logrado con el acuerdo lesivo, y los perjuicios causados al Estado en su calidad de consumidor, así como el daño a los otros proponentes en el proceso de selección abreviada por subasta inversa electrónica No. 8 de 2011.*

Entonces, la Sala reitera que la conducta reprochable, de conformidad con la normatividad referenciada, se agotó en el acuerdo colusorio, sin que puedan considerarse los beneficios que tengan los pactantes en razón del acuerdo, como parte de la conducta típica, es decir, cuando se consolidan los efectos del acuerdo; siendo la conducta continuada por parte de los demandantes." (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, los verdaderos motivos que llevaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en esa oportunidad, a concluir que no puedan considerarse los beneficios que tengan los pactantes en razón del acuerdo, como parte de la conducta típica, no están dadas en razón a que la conducta necesariamente se agote en el acto de adjudicación, sino por las particularidades propias del caso analizado en esa ocasión. Tan es así que la misma providencia reconoce que se trató de un "acuerdo para la distribución de la adjudicación del contrato" y, por obvias razones, en ese específico caso los beneficios no podían hacer parte de la conducta típica. Además, no puede perderse de vista que el asunto que se pretendía dilucidar en esa oportunidad, a la luz de las particularidades del caso sometido a examen, se contraía en distinguir o diferenciar entre el hecho de la ejecución de acuerdos para restringir el mercado y el perjuicio que se causa a la libre competencia –no la caducidad de la facultad sancionatoria–.

El anterior entendimiento resulta plenamente corroborado al realizar una lectura integral de la providencia en que inicialmente, y previo a analizar el caso concreto sometido a examen en esa oportunidad, se refirió en relación con la tipificación de la conducta proscrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

"(...) claramente el ordenamiento jurídico colombiano dispone herramientas tanto para su promoción, como para la prevención y sanción de prácticas que restrinjan este derecho para quienes tengan interés legítimo en la adjudicación de un negocio jurídico con una entidad pública. En efecto, el Decreto 2153 de 1992 en su artículo 47 [numeral 9] consigna como conducta reprochable los acuerdos contrarios a la libre competencia.

*De lo anterior se desprende que **la conducta contraria a la libre competencia, producto del acuerdo colusorio, se tipifica en i) la fijación del acuerdo colusorio, ii) el propósito de alterar el proceso de selección contractual, manifestado a través de acciones de los concordantes tendientes a obtener el fin deseado, y iii) el efecto producido, tanto para el mercado como para el proceso contractual, situaciones que afectan la***

¹²⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

adjudicación final del contrato, efectos lesivos que incluso se extienden en su ejecución.¹²⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede observarse, tal y como lo reconoce el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es evidente que, en ciertos casos, la conducta contraria a la libre competencia, producto del acuerdo colusorio, se tipifica en el efecto producido, tanto para el mercado como para el proceso contractual, situaciones que afectan la adjudicación final del contrato y tienen efectos lesivos que se extienden en su ejecución y, en consecuencia, cesan con la liquidación del contrato estatal.

Siendo esto así, no es posible acceder a las postulaciones de los recurrentes de extender las consideraciones de la providencia judicial en cuestión, a efectos de declarar la caducidad de la facultad sancionatoria, más que por no encontrarse en firme como se señaló en la Resolución No. 85898 de 2018, por el hecho incontrovertible de que no resulta aplicable al presente caso en que se demostró la existencia de un acuerdo colusorio en que sus participantes coordinaron la conformación de los consorcios, coordinaron la estructuración de las ofertas y extendieron su conducta incluso hasta después de que los contratos fueron efectivamente adjudicados. Entonces, el argumento dirigido a señalar que no se resolvió ni analizó con base en la jurisprudencia vigente cada uno de los argumentos de defensa, ni se interpretó de forma adecuada, por error u omisión, la pérdida de competencia temporal, resultan improcedentes y, en consecuencia, carece de fundamento la supuesta vulneración al derecho al debido proceso, defensa y contradicción.

En ese orden de ideas, la Resolución Sancionatoria no se equivocó al considerar que las conductas de colusión como las que aquí se sancionan son continuadas o de tracto sucesivo y que se prolongan hasta la declaratoria de desierto del proceso de selección, hasta la adjudicación o hasta la liquidación del contrato respectivo, dependiendo de si resulta exitosa la estrategia de los infractores (como en este caso) o no, tesis que incluso ya ha avalado el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹²⁷.

En este sentido, la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción Contencioso Administrativo ha decantado su posición en relación con el momento en que inicia el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, cuando se está frente a comportamientos o hechos sancionables ejecutados de manera continuada o permanente. Sobre el particular, el Consejo de Estado, en constante y uniforme jurisprudencia ha sostenido:

*"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria (...) sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación."*¹²⁸

Así, el análisis de esa Corporación ha sido uniforme en indicar que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, no se cuenta o computa desde el inicio del comportamiento dañino o contrario a la ley, pues tal regla es aplicable a acciones o conductas ejecutadas de manera instantánea; situación jurídica que cambia cuando se está frente a hechos o circunstancias constitutivas de sanción, ejecutadas de manera continuada, en razón a que el término de que trata la Ley, se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico, que en el presente caso fue la liquidación del contrato estatal que precisamente fue adjudicado a los proponentes coludidos.

En consecuencia, no pueden ser de recibo para este Despacho los argumentos de los recurrentes tendientes a indicar que operó la caducidad de la facultad sancionatoria y que existió mala fe o falsa motivación, pues compartir tales aseveraciones implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la interpretación acertada que ha realizado al respecto el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la Jurisdicción Contencioso Administrativo al analizar la caducidad de la facultad sancionatoria tratándose de conductas permanentes o continuadas.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 3 de febrero de 2017. Rad. No. 250002341000 2015 02144 00. En dicha providencia, al analizar un acuerdo colusorio en que se declaró desierto el proceso de selección se consideró que: "(...) la conducta fue permanente y continuada, debiendo contabilizarse el término de caducidad de la facultad sancionatoria a partir de la realización del último acto de ejecución de la falta (...)".

¹²⁸ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 250002324000 2001 0431 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A partir de lo expuesto, no existen razones para cambiar la posición en relación con que la contabilización del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración, debe tomar en consideración el momento a partir del cual cesaron los efectos generados con la conducta. Así las cosas, si en el respectivo proceso de selección contractual se logró la adjudicación del contrato como consecuencia de la práctica restrictiva de la competencia –como en efecto sucedió en este caso–, el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe comenzar a computarse a partir de la liquidación del contrato estatal. Por el contrario, si no se logra la adjudicación del contrato estatal y resulta como ganador un tercero, el término de caducidad empezará a contarse a partir del acto de adjudicación. Así mismo, si el respectivo proceso de selección resulta frustrado será desde el acto administrativo que lo declare desierto.

Sobre el particular, debe indicarse que, tal y como se ha establecido en casos precedentes¹²⁹, es necesario tener en cuenta que las conductas anticompetitivas como las que se investigan en este caso no cesan con la simple presentación de las ofertas u observaciones coordinadas conjuntamente por las empresas, sino que se perpetúan en el tiempo mientras participan con confabulación o mancomunadamente dentro del respectivo proceso de contratación pública y su posterior ejecución una vez adjudicado.

Aceptar que la conducta inicia y termina con la presentación de las ofertas o del interés de participar o de las observaciones, sin que el mantenimiento de su participación o la interacción con la Entidad pública de los investigados constituya la continuidad de su conducta, llevaría a desconocer que la presentación coordinada de una propuesta sigue constituyendo un comportamiento restrictivo y generando efectos en tanto se perpetúe la participación, especialmente en casos como el aquí analizado, en el que se actuaba conjuntamente desde la conformación de los consorcios, la estructuración de las ofertas e incluso durante la fase de ejecución de los contratos objeto de estudio. De modo que los argumentos dirigidos a señalar que la caducidad debe contarse a partir del acto de adjudicación no son de recibo y resultan improcedentes.

Tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, en la presente actuación administrativa quedó acreditado que la colusión que llevaron a cabo los investigados se configuró por una serie de comportamientos que se prolongaron hasta mucho más allá del momento de la adjudicación de los contratos materia de investigación. Muestra de ello son las negociaciones que se celebraron después de ese momento con **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE** (representante legal de **CASTRO FLÓREZ** y de los consorcios **PALESTINA 8** y **PALESTINA 10**), las cuales implicaron la realización de pagos compensatorios por parte de los consorcios ganadores en favor de este último. Pues bien, para este Despacho no cabe duda de que los pagos realizados en estas subcontrataciones posteriores fueron hechos por cuenta del contrato obtenido fraudulentamente con ocasión de la colusión, por lo cual representan indefectiblemente una continuación del actuar ilegal, o en palabras del Tribunal Administrativo de Cundinamarca son efectos lesivos que se extendieron en su ejecución.

Teniendo en cuenta que el esquema de compensación fijado en la estrategia colusoria abarcó la etapa de ejecución de los contratos, es aún más claro que solo hasta después de su correspondiente liquidación –en la que cerraron cuentas la entidad contratante y el agente colusor adjudicatario– cesó la conducta y empezó a correr el término de caducidad en cuestión. Considerando que, en este caso, tal hecho tuvo lugar el 27 diciembre de 2013, solo a partir de ese momento puede contabilizarse el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Entidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

Contrario a lo señalado por algunos investigados, esta posición se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico, pues si bien es cierto que la ley solo prevé dos posibilidades para la contabilización del término de caducidad, que dependen de si la conducta restrictiva es de ejecución instantánea o de tracto sucesivo, lo cierto es que la teoría que presenta esta Entidad justamente tiene en cuenta que se trata, en casos como este, de una conducta de tracto sucesivo que no cesa sino hasta que termina la generación de efectos de la conducta y finaliza la afectación a los bienes jurídicos con este tipo de comportamientos, a saber, la eficiencia del mercado, la libre participación de las empresas y el perjuicio al patrimonio público del Estado (que es el consumidor en este tipo de procesos). En últimas, cuando el proceso es adjudicado a un participante que compitió con estrategias restrictivas y anticompetitivas, la conducta se perpetúa más allá del acto de adjudicación. Por lo tanto, la ejecución de la afectación a la competencia en este tipo de casos se

¹²⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

sigue materializando hasta que finaliza la afectación en el mercado, que, para el caso de ser adjudicados, es su liquidación.

En el mismo sentido, adoptar la tesis de los investigados, que sostienen que debería contarse la caducidad de la conducta a partir de la presentación de las ofertas o, a lo sumo, desde la adjudicación del contrato –que según argumentan era el fin último de la práctica restrictiva– sería tanto como conceder que en un acuerdo de precios en el que se encuentre un pacto específico para determinados productos en un periodo preciso, se cuente la caducidad desde la fecha en que se hizo el pacto y no desde el momento en que los precios dejaron de ser consecuencia de dicho pacto, a pesar de que se encuentre probado que los precios son justamente los acordados.

En virtud de lo expuesto, se confirma la conclusión de que la caducidad de las conductas colusorias objeto de estudio se cuenta desde la liquidación de los correspondientes contratos (esto es, a partir del 27 de diciembre de 2013), ya que es claro que el comportamiento restrictivo se perpetuó como consecuencia de su adjudicación a los consorcios **DICO IDT** y **DICO IDT 2** y las contrataciones posteriores a la adjudicación que estos últimos hicieron a manera de compensación o retribución

En consecuencia, la Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018, al ser notificada a todos los investigados antes del 27 de diciembre de 2018, tal y como consta en el Expediente¹³⁰, fue expedida dentro del término previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, sin que esta Superintendencia perdiera competencia temporal y siendo evidente que no existe ningún tipo de desviación de poder o abuso de autoridad en el presente caso, afirmaciones que valga decir resultan absolutamente infundadas.

De otra parte, debe indicarse que el argumento de los recurrentes según el cual reiteradas sentencias del Consejo de Estado han dicho que en materia de protección de la competencia, las entidades administrativas tienen un plazo máximo de 5 años para expedir, notificar y resolver los recursos es falso y resulta refutado por el propio artículo 27 de la Ley 1340 de 2009:

"Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado."
(Subrayas fuera del texto original).

Adicionalmente, si existiera algún vestigio de duda al respecto, basta con señalar que existe una sentencia de unificación del 29 de septiembre de 2009 proferida por la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, incluso reiterada en 2014, que sobre el particular considera:

*"(...) la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, mediante la sentencia del 29 de septiembre de 2009, aunque se refirió a la prescripción de la facultad sancionatoria de la Procuraduría, acogió la tesis según la cual, **la facultad sancionatoria se entiende ejercida dentro del plazo de prescripción si se expide y notifica el acto sancionatorio inicial, que no incluye los actos que resuelven los recursos ni la notificación de los mismos.** Mutatis mutandi, para el caso del artículo 38 del C.C.A. no se requería que en el plazo de los tres años los actos que imponen la sanción queden ejecutoriados. (...)"¹³¹. (Negrilla fuera del texto original).*

Como puede observarse, la propia Ley 1340 de 2009 dispone que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia se entiende ejercida dentro del plazo de caducidad si se notifica el acto administrativo sancionatorio y, en línea con lo anterior, el Consejo de Estado ha considerado que no incluye los actos que resuelven los recursos ni la notificación de los mismos. En este orden de ideas, debe concluirse que la actuación, interpretación y fundamentación de esta Superintendencia en relación con la caducidad de la facultad sancionatoria se ajusta plenamente al ordenamiento jurídico y a la jurisprudencia sobre la materia, por cuanto se ejerció la potestad punitiva dentro del término que la ley fija para tal propósito.

¹³⁰ Folio No. 2727 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente No. 11-12476.

¹³¹ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 1º de octubre de 2014. Rad. No. 250002324000 2007 00081 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4.7. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones impuestas

Respecto de las multas impuestas y la dosificación de las mismas, algunos sancionados afirmaron que en la graduación de la multa no se estableció en cuánto se incrementó el patrimonio de los sancionados. Así mismo, que no se individualizó la conducta conforme lo exige el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 pues se empleó un texto único para sancionar a todos los investigados

De otra parte, agregaron que en la graduación de las multas se desconoció que los costos de la propuesta económica se trasladaron a la contratación de personal especializado, con lo cual no sumaron a los estados financieros de los sancionados. En ese sentido, afirmaron que la regla de proporcionalidad y de graduación para la imposición de la multa obedeció a criterios subjetivos "*que hacen que la multa impuesta sea un exabrupto pues las conductas que desplegaron en nada afectaron el mercado ni la libre competencia*".

Los argumentos expuestos por los investigados en relación con la dosificación de las multas impuestas y los criterios empleados a tal efecto no tienen mérito de prosperidad y deberán ser rechazados por las razones que se pasan a exponer a continuación.

En primer lugar, es importante anotar que la facultad administrativa que permite a la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad única de protección del régimen de libre competencia económica, imponer sanciones para la protección del derecho colectivo a la libre competencia, se fundamenta en las disposiciones contenidas en los artículos 2, 4, 6, 29, 88, 150 numeral 8, 189 numerales 21, 22, 24 y 26, 209, 333, 334, 365, 366 y 370 de la Constitución Política¹³².

Teniendo en cuenta lo anterior, en ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en sanciones administrativas, el Congreso de la República decidió, mediante la Ley 1340 de 2009, robustecer la capacidad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, hasta el punto de incrementar cincuenta (50) veces el nivel de las multas impondibles en relación con la normativa anterior.

El legislador colombiano consideró, en la Ley 1340 de 2009, que un incremento en el monto de las sanciones desde el nivel que tenían previamente (antes de la Ley 1340 de 2009), se fundamentaba en la necesidad de lograr que la sanción como represión al infractor no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que se pueden obtener mediante prácticas restrictivas de la competencia, así como en la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo para que con ellas se mande un mensaje de corrección y auto regulación a la sociedad que evite futuras infracciones a los regímenes respectivos, en este caso, al de protección de la libre competencia económica. El legislador también hizo mención a que internacionalmente las multas buscan en ocasiones disuadir a los que incurrir en conductas contrarias a la libre competencia económica¹³³.

Respecto del efecto disuasivo, el legislador se pronunció en los siguientes términos:

*"El proyecto propone un aumento de la multa o sanción pecuniaria que va desde el 100% al 150% de la utilidad obtenida con la conducta y en los casos en que no pueda ser determinada la utilidad se propone una multa hasta de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Las modificaciones propuestas son considerables en términos del aumento de los valores y rangos, pero las considero suficientes y ajustadas a las dinámicas de los negocios que en la actualidad se desarrollan en nuestro país; **es conveniente resaltar la necesidad del establecimiento de potenciales multas que logren el efecto disuasivo para combatir las correspondientes conductas restrictivas de la competencia**"¹³⁴. (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

¹³² Corte Constitucional. Sentencia C - 595 de 2010. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹³³ Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 2007. p. 5.

¹³⁴ Rama Legislativa del Poder Público, Gaceta del Congreso No. 340 del 10 de junio de 2008 y Gaceta del Congreso No. 490 del 30 de julio de 2008, Acta de Comisión 21 del Senado del 6 de mayo de 2008. Sobre el objetivo de disuasión perseguido con el incremento de las multas: "(...) De tal manera que 47 mil, lo que hace es prevenir para que no incurra en prácticas restrictivas de comercio, intimidar tal vez y en el caso de las sanciones individuales de los funcionarios o de los revisores fiscales o gerentes que estimulen a sabiendas ese tipo de prácticas restrictivas, en la actual legislación, las sanciones no son significativas, no exceden sino a 300 salarios mínimos, nosotros proponemos que sea 2.000 para

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En línea con lo expuesto, la International Competition Network - ICN (Red Internacional de Autoridades de Competencia) ha identificado tres (3) objetivos principales que siguen las sanciones en materia de protección a la libre competencia económica en el mundo: (i) objetivo disuasivo: la multa debe ser efectiva para desincentivar la participación en futuras prácticas anticompetitivas, tanto por parte del infractor como por parte de otros agentes del mercado; (ii) objetivo punitivo: la multa debe tener un efecto punitivo y funcionar como represión al infractor; y (iii) privar de beneficio: la multa debe privar al infractor del beneficio económico ilícito obtenido a partir de la conducta infractora¹³⁵.

Descendiendo al caso concreto, puede evidenciarse por este Despacho que cada una de las multas impuestas en la Resolución Sancionatoria es diferente para cada uno de los sancionados y, además, se encuentran por debajo del límite legal establecido en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Siendo importante señalar que en un acuerdo colusorio, las sanciones que imponen las autoridades de competencia del mundo no son idénticas para todos los sancionados, pues hay que evitar, entre otras cosas, que ella resulte siendo irrisoria para unos agentes del mercado y expropiatoria o confiscatoria para otros. De ahí, una de las razones para que las multas sean distintas es precisamente en atención a las características propias de cada agente económico sancionado. Ahora bien, obsérvese que en todo caso, para ningún sancionado, la multa está por encima del tope máximo legal permitido, y la máxima sanción que se impuso en este caso corresponde a \$ 306.246.864.00 a **DICONSULTORÍA S.A.**, quien no manifestó ninguna inconformidad en relación con su dosificación o proporcionalidad, razón, entre otras, por la cual el principio de legalidad de las sanciones impuestas está debidamente garantizado.

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

"(...) la parte actora considera que las sanciones impuestas son expropiatorias en tanto que, en algunos casos, ascienden al 10% de la utilidad neta de algunas de las sancionadas, al tiempo que considera que para dosificar correctamente la multa económica, debieron tenerse en cuenta factores distintos a los balances económicos de las empresas.

*(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...)"*¹³⁶. (Negrillas fuera de texto).

De otra parte, sobre los criterios que se tuvieron en cuenta para la graduación de las sanciones impuestas, es importante realizar dos precisiones. En primer lugar, el patrimonio no es un criterio de graduación de las sanciones a las personas naturales, conforme con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales. El numeral 16 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

"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.

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- 1. La persistencia en la conducta infractora.**

que un gerente o un revisor fiscal le tiemble el pulso para no impetrar su firma si es contador público o dar un concepto si es revisor fiscal, para que su empresa intente hacer prácticas restrictivas de comercio". (Subrayado fuera de texto).

¹³⁵ International Competition Network - Cartels Working Group. SETTING OF FINES FOR CARTELS IN ICN JURISDICTIONS. Office for Official Publications of the European Communities. Luxembourg. 2008.

¹³⁶ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 28 de enero de 2010. Rad. No. 250002324000 2001 00364 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

Parágrafo. Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella. (...)"

Como puede apreciarse, este Despacho no tuvo en cuenta el patrimonio de las personas naturales que fueron sancionadas, ni los cambios en el mismo, para la dosificación de las multas, tal y como se puede evidenciar en el acápite referente a las sanciones de las personas naturales, en el cual se analizaron los siguientes criterios: (i) persistencia en la conducta infractora; (ii) impacto de la conducta en el mercado; (iii) reiteración de la conducta prohibida; (iv) conducta procesal del investigado; y (v) grado de participación en la conducta reprochada. Ahora bien, respecto de los agentes de mercado, el patrimonio sí resulta ser un criterio a tener en cuenta, 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.

"Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas. El numeral 15 del artículo 4o del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

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.

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
2. La dimensión del mercado afectado.
3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.
4. El grado de participación del implicado.
5. La conducta procesal de los investigados.
6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.
7. El Patrimonio del infractor.

Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción. (...)"

Lo anterior, en la medida en que debe garantizarse que las multas no resulten confiscatorias o desproporcionadas respecto de la situación financiera de cada sancionado. Sin embargo, los criterios contenidos en los artículos citados, en ningún caso imponen a la Superintendencia de Industria y Comercio la obligación de determinar en cuánto se incrementó o disminuyó el patrimonio de los sancionados como resultado de la comisión de la conducta anticompetitiva a efectos de la dosificación de la sanción, máxime si se tiene en cuenta que el régimen de competencia prevé la imposición de sanciones por conductas solo por su objeto. De tal suerte el argumento presentado resulta impertinente e infundado.

Por otro lado, los sancionados aseguraron que no se individualizó la conducta conforme lo exige el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 pues se empleó un texto único para sancionar a todos los investigados. Tal reproche resulta

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

a todas luces equivocado por cuanto, por un lado, en el numeral 8.1. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria se determinó la responsabilidad de cada uno de las personas investigadas, y por otro, en el numeral 8.2. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria se describieron los criterios de graduación de la sanción a imponer a cada uno de ellos. Ahora bien, es evidente que algunos de los criterios en mención sean similares entre algunos de los agentes pues, por ejemplo, es claro que la dimensión del mercado afectado y el impacto generado por el acuerdo será la misma para todos los sancionados.

Lo anterior no quiere decir que criterios individuales como el beneficio obtenido por cada infractor, su grado de participación en la conducta, o su conducta procesal, entre otros criterios, no hayan sido correctamente evaluados. Un ejemplo de esto es que se tuvo en cuenta quiénes fueron los que resultaron adjudicados y quiénes no, para ponderar el criterio de beneficio obtenido. Otro ejemplo de la individualización de los criterios de dosificación resulta en que para algunos sancionados el criterio de conducta procesal se evaluó como neutro, mientras que para otros, se tuvo en cuenta una conducta procesal reprochable. Por todo lo anterior, el Despacho descarta el argumento presentado por no corresponder a la realidad de lo expuesto en la Resolución Sancionatoria.

Adicionalmente, **IDT y ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** agregaron que en la graduación de las multas se desconoció que los costos de la propuesta económica se trasladaron a la contratación de personal especializado, con lo cual no sumaron a los estados financieros de los sancionados.

Frente al particular, este Despacho invita a los recurrentes a revisar los criterios que deben tenerse en cuenta para efectos de graduar las sanciones, contenidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en donde es claro que de ninguno de los criterios, ni siquiera el relacionado con el "*beneficio obtenido por el infractor con la conducta*", puede desprenderse una obligación para esta Superintendencia de determinar cuánto del valor de la propuesta se debió a costos de operación o de contratación de personal especializado ni cuánto fue trasladado a los estados financieros de los sancionados. Aceptar semejante tesis de los recurrentes, es tanto como sostener que en aquellos eventos en que un acuerdo anticompetitivo es sancionado por su objeto, se estaría ante una imposibilidad para graduar la multa a imponer, por el hecho de no lograr determinar algún incremento de los estados financieros de los sancionados, lo cual es a todas luces inaceptable.

De otra parte, **EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE, CASTRO FLÓREZ y CDC** afirmaron que la regla de proporcionalidad y de graduación para la imposición de la multa obedeció a criterios subjetivos "*que hacen que la multa impuesta sea un exabrupto pues las conductas que desplegaron en nada afectaron el mercado ni la libre competencia*". Al respecto, debe anotarse que el argumento, además de infundado, es improcedente en razón a que la graduación de la multa, de acuerdo a lo expuesto en el numeral 8.2. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria, fue realizada teniendo en cuenta los criterios dispuestos en la normativa aplicable, esto es, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, con lo cual no es cierto, como lo indican los impugnantes, que dicha dosificación se haya realizado utilizando criterios subjetivos.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: RECONOCER personería jurídica a **JOHN FITZGERALD KENNEDY PINZÓN VÉLEZ** con C.C. No. 16.692.563 y T.P. No. 97.338 del C.S. de la J., para actuar en nombre y representación de **INGENIERÍA DESARROLLO Y TECNOLOGÍA IDT S.A.S.** y **ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA** en la presente actuación administrativa, en los términos y para los efectos del poder sustituido.

ARTÍCULO SEGUNDO: RECONOCER personería jurídica a **JORGE ENRIQUE SANTOS RODRIGUEZ** con C.C. No. 80.088.885 y T.P. No. 139.744 del C.S. de la J., para actuar en nombre y representación de **DICONSULTORÍA S.A.** en la presente actuación administrativa, en los términos y para los efectos del poder sustituido.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

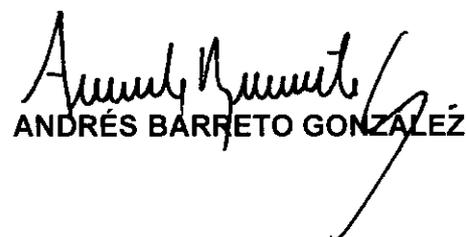
ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 85898 del 23 de noviembre de 2018.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **DICONSULTORÍA S.A., INGENIERÍA DESARROLLO Y TECNOLOGÍA IDT S.A.S., CASTRO FLÓREZ S.A.S., CDC INGENIERÍA S.A.S., JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA, EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE, RODRIGO LÓPEZ ARANA, ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA y LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **11 FEB 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZALEZ

Proyectó: A Yáñez
Revisó: A Pérez
Aprobó: A Barreto

NOTIFICAR

CASTRO FLÓREZ S.A.S.
NIT 900.122.824-0
CDC INGENIERÍA S.A.S.
NIT 800.216.899-4
EDGAR ALONSO CASTRO LIZARRALDE
C.C. No. 71.607.468
LUIS MANUEL CASTRO LIZARRALDE
C.C. No. 80.410.109
Apoderado
LEONARDO ROA ORTEGA
C.C. No. 79.953.108
T.P. No. 118.921 del C. S. de la J.
Calle 57 A No. 45-21, oficina 101
Correo electrónico: lroa@lr-abogados.com
Bogotá D.C.

DICONSULTORÍA S.A.
NIT 800.003.776-2
RODRIGO LÓPEZ ARANA
C.C. No. 16.772.800
Apoderado
JORGE ENRIQUE SANTOS RODRÍGUEZ
C.C. No. 80.088.885
T.P. No. 66.635 del C.S. de la J.
Calle 100 No. 8A-49, Torre B, Oficina 518
Bogotá D.C.

INGENIERÍA DESARROLLO Y TECNOLOGÍA IDT S.A.S.
NIT 806.005.614-9
ÓSCAR ALBERTO MANJÓN ALMEIDA
C.C. No. 73.086.578
Apoderado
JOHN FITZGERALD KENNEDY PINZÓN VÉLEZ
C.C. No. 16.692.563
T.P. No. 97.338 del C. S. de la J.
Calle 2A No. 42-48
Correo electrónico: gecsas@hotmail.com
Cali - Valle del Cauca

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

JAIME ALBERTO LLANO GARCÍA

C.C. No. 75.091.164

Calle 48 No. 28B-34

Correo electrónico: jaimellanog@hotmail.com

Manizales - Caldas