



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

RESOLUCIÓN 5.5443 DE 2020

( 11 SEP 2020 )

Radicación: 18-325410

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

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

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 35082 del 6 de julio de 2020 (en adelante “Resolución Sancionatoria” o “Resolución No. 35082 de 2020”), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **INGENIERÍA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S.** (en adelante “**INGENIERÍA DE BOMBAS**”) y **EXPERTOS INGENIEROS S.A.S.** (en adelante “**EXPERTOS INGENIEROS**”) violaron la libre competencia económica al haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación).

De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** (ex Representante Legal y ex accionista de **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS**), **JUAN FRANCISCO GACHARNÁ DÍAZ** (ex Representante Legal y ex accionista de **INGENIERÍA DE BOMBAS**), **CINDY LORENA GACHARNÁ HURTADO** (ex Representante Legal de **EXPERTOS INGENIEROS**) e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** (Representante Legal de **INGENIERÍA DE BOMBAS**) 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.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las respectivas sanciones pecuniarias a las personas naturales y jurídicas así:

**Tabla No. 1. Sanciones Personas Jurídicas - Resolución No. 35082 de 2020**

PERSONAS JURÍDICAS		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	INGENIERÍA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S.	\$ 89.373.570.00
2	EXPERTOS INGENIEROS S.A.S.	\$ 39.701.805.00

**Tabla No. 2. Sanciones Personas Naturales - Resolución No. 35082 de 2020**

PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ	\$ 8.367.645.00
2	JUAN FRANCISCO GACHARNÁ DÍAZ	\$ 8.901.750.00
3	CINDY LORENA GACHARNA HURTADO	\$ 7.447.470.00
4	INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO	\$ 7.299.435.00

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución No. 35082 de 2020, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 y el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Contencioso Administrativo (en adelante "CPACA"), **INGENIERÍA DE BOMBAS, INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO**<sup>2</sup> y **EXPERTOS INGENIEROS**<sup>3</sup> interpusieron recurso de reposición dentro del término legal establecido.

Por otro lado, **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** y **JUAN FRANCISCO GACHARNÁ DÍAZ** interpusieron recurso de reposición por fuera del término legal establecido, toda vez que al haber sido notificados el día 15 de julio de 2020<sup>4</sup>, la fecha máxima para interponer el recurso de reposición era el 30 de julio de 2020 y, de acuerdo con la información que obra en el Expediente, los sancionados interpusieron el respectivo recurso el día 13 de agosto de 2020. Por lo anterior, de conformidad con el artículo 78 del CPACA, el mismo será rechazado<sup>5</sup>.

A continuación, se expondrán los principales argumentos planteados por los recurrentes que interpusieron recurso de reposición dentro del término legal establecido:

### 2.1. Argumentos planteados por **INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO**

- Nunca se han negado las relaciones de amistad, familiares o comerciales. Así mismo, no es cierto que entre los investigados existiera colaboración o coordinación en los procesos, ya que en ninguna circunstancia han elaborado ofertas o propuestas de manera conjunta; puede que haya similitudes, pero estas no son iguales.
- **INGENIERÍA DE BOMBAS** es independiente y autónoma de **EXPERTOS INGENIEROS**, toda vez que tiene una razón social diferente; se presentaba a las licitaciones de manera independiente y autónoma y los documentos que presentaba en las licitaciones contaban con soporte legal y eran veraces.
- Las similitudes en el funcionamiento no es algo irregular ni una infracción legal. Al respecto: **(i)** ambas empresas fueron un emprendimiento de dos hermanos; **(ii)** de casualidad se crearon el mismo día en la misma notaría y con actos de constitución seguidos; **(iii)** en su actividad comercial es lógico que se presenten a licitaciones, cuando la licitación lo permitía, ya que entre estas existía competencia; **(iv)** no es un indicio el hecho que operaran contiguamente; **(v)** no es irregular que ambas empresas nombren a amigos o al cónyuge de sus fundadores como representante legal; **(vi)** no es irregular que en virtud de sus relaciones en el sector privado se realizaran pagos entre estas.
- No es una irregularidad y no genera una irregularidad o infracción contar con el mismo contador público o con el mismo intermediario de seguros.
- La Superintendencia de Industria y Comercio malinterpretó la declaración de **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** relacionada con la colaboración de las empresas. Al respecto, la tomó como una colaboración regular y continúa cuando este solo se refirió al sector privado. Tampoco es

<sup>2</sup> **INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** presentaron dos (2) recursos de reposición. Este Despacho tendrá en cuenta el recurso obrante a folio 996 a 1002 del cuaderno público No. 7 del Expediente toda vez que su hora de envío (15:55:32 del 04.08.20) es posterior al envío del otro recurso obrante a folios 1006 a 1012 del Expediente (15:31:25 del 04.08.20)

<sup>3</sup> **EXPERTOS INGENIEROS** presentó dos (2) recursos de reposición. Este Despacho tendrá en cuenta el recurso obrante a folios 1028 a 1033R del Expediente toda vez que este presenta la última fecha de envío y se recibió con posterioridad para su radicación. Al respecto, el recurso que se tendrá en cuenta se envió el 11.08.20 a las 16:04:42 con fecha de radicación del 11.08.20 a las 16:42:21 mientras que el recurso obrante a folios 1022 a 1026R se envió el 10.08.20 a las 13:55:12 con fecha de radicación del 10.08.20 a las 15:47:09

<sup>4</sup> Folio 992 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

<sup>5</sup> Artículo 78 de la Ley 1437 de 2011: Si el escrito con el cual se formula el recurso no se presenta con los requisitos previstos en los numerales 1, 2 y 4 del artículo anterior, el funcionario competente deberá rechazarlo.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

cierto, que **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** fuera representante legal de ambas empresas en 2017.

- Dado que las empresas adelantaron contrataciones y trabajaron en diferentes obras, es normal que existan correos electrónicos donde se compartan información, aunque estos correos no son material probatorio que demuestra una infracción. Las empresas se presentaban de manera autónoma e independiente a las licitaciones y, dada la relación de amistad, a veces se pedían un consejo u opinión profesional.
- Los indicios presentados están mal orientados y desconocen los medios de prueba aportados por los sancionados los cuales fueron omitidos y rechazados. Como consecuencia, los comportamientos y conductas no están soportados en pruebas idóneas y pertinentes y se ha interpretado de forma errónea la existencia de lazos de amistad, parentesco y de relación comercial.
- Las similitudes en las propuestas radican en que se trata de formatos y plantillas, por lo cual son procedimientos, métodos y formas de utilización de facilidades comunes.
- **INGENIERÍA DE BOMBAS** no incurrió en ningún acuerdo restrictivo puesto que los comportamientos no estuvieron direccionados y, por ende, no constituyen una infracción del régimen de protección de la libre competencia.
- No es posible concluir que existió una colusión porque el comportamiento de los investigados no provocó un incremento de los precios a través de los cuales las entidades contratantes adquirieron los bienes y servicios.
- Para la graduación de la sanción debe considerarse que **INGENIERÍA DE BOMBAS** colaboró en la investigación, ya que aportó lo requerido por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- La sanción impuesta a **INGENIERÍA DE BOMBAS** es desproporcionada y llevaría a la empresa a ser liquidada por las condiciones en las que se encuentra debido a la pandemia COVID-19.

## 2.2. Argumentos planteados por EXPERTOS INGENIEROS

- La Superintendencia de Industria y Comercio interpretó de manera errónea el lazo de parentesco entre los fundadores de **EXPERTOS INGENIEROS** e **INGENIERÍA DE BOMBAS**, siendo esto lo único que se probó en la investigación. De lo anterior, infirió una relación estrecha de colaboración entre las sancionadas, pasando por alto que **EXPERTOS INGENIEROS** goza de autonomía empresarial y financiera.
- La Superintendencia de Industria y Comercio erró en la valoración que hace de la similitud en el funcionamiento de **EXPERTOS INGENIEROS** e **INGENIERÍA DE BOMBAS**, ya que esto no prueba la existencia de colusión.
- La Superintendencia de Industria y Comercio erró en la valoración que hace de la similitud en las propuestas presentadas por **EXPERTOS INGENIEROS** e **INGENIERÍA DE BOMBAS** en los procesos de licitación. Al respecto, omitió que indicios tales como identidades en los formatos de algunos documentos de las ofertas, los catálogos de los productos ofrecidos y los nombres de los documentos integrantes de las ofertas, entre otros, hacen referencia a métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes en los cuales las sociedades **EXPERTOS INGENIEROS** e **INGENIERÍA DE BOMBAS** coincidían al presentar algunas propuestas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio omitió probar o determinar el supuesto objeto o el efecto anticompetitivo y por tanto la conducta de las partes, es decir, se omitió probar que la conducta era anticompetitiva. Al respecto, lo que sí se encuentra probado es que los comportamientos de los actores no estaban direccionados y, por ende, no constituyeron de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

manera alguna una infracción del régimen de protección de la libre competencia económica. Así mismo, no se probó un incremento de los precios a través de los cuales las entidades contratantes adquirieron los bienes y servicios por lo que no existe una colusión.

- La conducta de los agentes no cuenta con el elemento subjetivo necesario para determinar como causa real y adecuada un eventual acuerdo restrictivo con comportamientos direccionados a la infracción al régimen de protección de la libre competencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en falsa motivación al expedir la Resolución Sancionatoria porque: **(i)** no tuvo en cuenta ni valoró debidamente todas las pruebas; **(ii)** le otorgó un valor probatorio superior a algunas evidencias; **(iii)** efectuó interpretaciones extensivas y analógicas en materia sancionatoria; **(iv)** incurrió en una vulneración de los derechos fundamentales; y **(v)** existe duda razonable en todos los fundamentos esgrimidos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no obtuvo una prueba concreta del elemento subjetivo de la supuesta colusión, siendo necesario que exista un procedimiento que garantice la exactitud de las pruebas, el elemento consciente del acuerdo o la ejecución de un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público.
- La Superintendencia de Industria y Comercio, al imponer la sanción, no valoró el impacto de las presuntas conductas sobre el mercado, toda vez que omitió probar o determinar el supuesto objeto o el efecto anticompetitivo y por tanto la conducta de las partes, es decir se omitió probar que la conducta era anticompetitiva. La regla *per se* no exime a la Superintendencia del deber de probar el objeto o el efecto anticompetitivo, ya que tal método de interpretación significaría un desconocimiento de los principios del derecho administrativo sancionador, entre ellos el de la carga de la prueba.
- No se valoró en debida forma la dimensión del mercado presuntamente afectado ya que las licitaciones que fueron adjudicadas a la sociedad **EXPERTOS INGENIEROS** se ejecutaron en debida forma, con recibo a satisfacción y liquidadas oportunamente, sin que se encuentre probado que existió detrimento patrimonial alguno o pago adicional por el cumplimiento del objeto contractual.
- **EXPERTOS INGENIEROS** estuvo presto a atender los requerimientos de la Superintendencia, es así como la información contable, administrativa y comercial fue remitida en la medida en que se iba recaudando, solicitando el día 6 de agosto de 2019 nuevo plazo para entregar la totalidad de la información contable requerida, dado que la misma se había perdido en una mudanza.
- La Superintendencia de Industria y Comercio debe realizar una nueva dosificación de la sanción y tener en cuenta como circunstancias concurrentes de graduación: la capacidad económica de la sociedad **EXPERTOS INGENIEROS**, la no existencia de reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y el momento financiero actual de la sociedad dado el golpe que ha sufrido la economía por la pandemia del COVID-19. Lo anterior a efectos de que la sanción sea disuasoria pero no confiscatoria.

**TERCERO:** Que el artículo 77 del CPACA indica que junto con el recurso de reposición podrán solicitarse y aportar las pruebas que se pretenden hacer valer<sup>6</sup>. Con base en lo anterior, en relación con las pruebas solicitadas por los recurrentes se realizarán las siguientes precisiones: **(i)** respecto al recurso interpuesto por **INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** se encontró que las pruebas solicitadas, aunque no fueron aportadas junto con el recurso, ya obran en el Expediente<sup>7</sup>, de modo que su decreto no es procedente; **(ii)** respecto al recurso interpuesto por

<sup>6</sup> CPACA, Artículo 77: (...) "Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos: (...) 3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer".

<sup>7</sup> Folio 617 a 790 del cuaderno público No. 5 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

**EXPERTOS INGENIEROS** se tiene que las pruebas, si bien fueron mencionadas, no fueron aportadas en el término dispuesto para la interposición del recurso; y (iii) respecto al recurso interpuesto por **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** y **JUAN FRANCISCO GACHARNÁ DÍAZ**, este fue presentado extemporáneamente y, en todo caso, las pruebas solicitadas tampoco fueron aportadas.

Así pues, dado que las normas en mención son claras en señalar que en la interposición del recurso se deberá solicitar y aportar las pruebas que se pretenden hacer valer, so pena de su resolución de plano, y que ninguno de los recursos interpuestos por los sancionados cumplió con esto, este Despacho procederá a resolver de plano los recursos de reposición presentados dentro del término legal establecido dando respuesta a los argumentos de los impugnantes.

### 3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto al hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales, previsto especialmente en los artículos 88 y 333 de la Constitución Política, los cuales catalogan expresamente esta prerrogativa como un interés colectivo, establecen que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y señalan que la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.

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

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

Adicionalmente, en las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia<sup>8</sup>.

De acuerdo con la **OCDE**<sup>9</sup>:

*“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*

<sup>8</sup> Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, “Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?” No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. “Informe Nacional de Competitividad 2011-2012”. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia”. 2012.

<sup>9</sup> **OCDE** corresponde a la sigla en español para *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).*

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

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

*Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios”<sup>10</sup>.*

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

En últimas, la sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas derivan en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial.

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

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

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, se

<sup>10</sup> OCDE. “Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia”. 2014. Págs. 2 y 3.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros de las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

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

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

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

(...)

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

*En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción”<sup>11</sup>.*

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

*“En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención “no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella”. Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, **desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos**”<sup>12</sup>. (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

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

<sup>11</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

<sup>12</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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

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

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

Así las cosas, lo que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (*bid rigging* o *collusive tendering* en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado<sup>13</sup>:

*“Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado “Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia”. En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal.<sup>14</sup> Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado”.*

Tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades<sup>15</sup>, la colusión en la contratación estatal puede producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: **(i)** limita la competencia y la

<sup>13</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>14</sup> Cita dentro de la cita: Cfr. OCDE, “*Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia*”, Página 9 “*It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia’s Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD’s 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia.*”

<sup>15</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

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

No está de más recordar en este punto que cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de acuerdos restrictivos de la competencia previsto en el artículo 410-A del Código Penal<sup>16</sup>.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso dio cuenta de la existencia de una conducta colusoria entre **INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS**, en trece (13) procesos de contratación relacionados con labores de mantenimiento y reparación especializada de diferentes tipos de maquinaria y equipo eléctrico de entidades públicas tales como el **HOSPITAL MILITAR CENTRAL** (en adelante "HOSMIL"), el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA** (en adelante "DAPRE"), la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ**, entre otros, la cual se enmarcó en un esquema de coordinación y colaboración. Esta conducta fue reafirmada por la conducta procesal de los sancionados, la cual evidenció su intención de querer ocultar su comisión.

Al respecto, se encontró probado que entre **INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS**, en los trece (13) procesos de selección objeto de investigación, existió un esquema de coordinación y colaboración a través del cual los investigados en las diferentes etapas de los procesos, entre otros, coordinaban: (i) la elaboración de las propuestas, por ejemplo a través de la solicitud conjunta de las pólizas de garantía o incluso la preparación conjunta de las ofertas económicas; (ii) la presentación de las ofertas, como pudo apreciarse en el proceso **SA-029 de 2017** adelantado por **HOSMIL**; (iii) la presentación de observaciones, tal y como se evidenció en los procesos **LP-015 de 2018** adelantado por **HOSMIL** y **FFDS-SAMC-006 de 2018** adelantado por el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD**; (iv) la presentación de respuestas a requerimientos de las entidades contratantes, tal y como ocurrió en el proceso **SAMC-040 de 2018** adelantado por **HOSMIL**.

Por lo anterior, la actuación de **INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS** en los trece (13) procesos de selección que fueron objeto de investigación correspondió a una conducta

<sup>16</sup> "Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia. <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

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

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

colusoria, violatoria del régimen de libre competencia en Colombia, específicamente de lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados, el Despacho procede a resolver cada uno de los recursos de reposición interpuestos dentro del término legal, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

### 3.2. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con las relaciones familiares, de amistad y comerciales y la evidencia utilizada como contexto

**INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio solo se basó en las relaciones familiares, de amistad y comerciales entre los sancionados para declarar su responsabilidad en la comisión de una conducta anticompetitiva, sosteniendo que cada empresa es autónoma e independiente económica, técnica y financieramente. Así mismo, indicaron que el hecho de que las empresas funcionaran contiguamente o contaran con el mismo contador no puede constituir un indicio ni una infracción o irregularidad<sup>17</sup>.

Por su parte, **EXPERTOS INGENIEROS** manifestó que lo único que se probó en la investigación fueron los lazos de parentesco y afinidad, infiriéndose erróneamente de estos una relación estrecha de colaboración entre las sancionadas. Adicionalmente, señaló que el hecho de que existan algunas similitudes en los datos de constitución de dichas sociedades no prueba la existencia de una colusión<sup>18</sup>.

Los anteriores argumentos no son de recibo para este Despacho por las razones que pasan a exponerse. En primer lugar, resulta pertinente reiterar lo ratificado por la jurisprudencia administrativa al señalar que en efecto un acuerdo restrictivo de la competencia no puede probarse solo teniendo en cuenta la relación personal y comercial entre quienes son sancionados, debiéndose contar con otros elementos fácticos y probatorios, tal y como fue el caso de la Resolución Sancionatoria. Así, se ha sostenido que:

*“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.”<sup>19</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En este sentido, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, la evidencia mediante la cual se probó que los investigados han tenido relaciones colaborativas, personales y comerciales, así como la cercanía y similitud en el funcionamiento de **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS** se utilizó para *“ubicar la conducta investigada en el escenario que llevó a demostrar un acuerdo anticompetitivo”*<sup>20</sup>. De este modo, en la Resolución Sancionatoria se indicó expresamente que *“la relación de contexto entre ellos no constituye prueba de la existencia de la conducta objeto de la presente investigación. Esa relación simplemente constituye una información relevante para contextualizar el análisis de la conducta anticompetitiva aquí investigada”*<sup>21</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto).

<sup>17</sup> Folio 996 al 1002 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

<sup>18</sup> Folio 1029 a 1033 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

<sup>19</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015, Rad No. 25000234100 2014 00680 00.

<sup>20</sup> Folio 907R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>21</sup> Folio 904R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Igualmente, en relación con las relaciones preexistentes, se indicó que:

*"Ahora bien, este Despacho insiste, como lo ha hecho en anteriores oportunidades<sup>22</sup>, que las relaciones preexistentes entre los oferentes en un proceso de selección sean estas personales o profesionales, no son censurables por sí mismas. De tal suerte, no debe entenderse bajo ningún punto de vista que esta Entidad se encuentra censurando por sí misma la preexistencia de relaciones personales y comerciales.*

*Sin embargo, sí debe mencionarse que, tal y como lo han reconocido entidades internacionales como la OCDE, los contactos previos entre competidores, acompañados de otras señales de alerta extrañas e irregulares, tales como tener el mismo contador, asegurador, pólizas expedidas consecutivamente, etc., pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión"<sup>23</sup>.*

En este orden de ideas, los argumentos planteados por los sancionados en su recurso de reposición muestran un análisis superfluo de la Resolución Sancionatoria, al punto que no solo se centran en aspectos cuyo alcance fue aclarado expresamente por este Despacho, sino que omiten pronunciarse sobre el numeral **11.4.4.** de la Resolución Sancionatoria titulado "*pruebas del esquema de coordinación colaboración en los procesos de selección materia de investigación*" donde se abordaron individualmente los diferentes procesos objeto de investigación, y se expuso la evidencia relacionada con cada uno, encontrándose, entre otros: **(i)** documentos y correos que contienen los mismos errores de ortografía; **(ii)** identidades en ofertas económicas; **(iii)** la identificación de los mismos errores y la realización de los mismos requerimientos por parte de las entidades contratantes; **(iv)** similitudes e identidades en las tablas de contenido de las propuestas; **(v)** el uso de documentos que no fueron dados por la autoridad contratante y que presentan el mismo contenido; **(vi)** el uso del mismo protocolo de mantenimiento y catálogo de productos; y **(v)** que las sancionadas presentaban conjuntamente observaciones y respuestas a requerimientos realizados por la entidad contratante<sup>24</sup>.

Tampoco es de recibo el argumento de **EXPERTOS INGENIEROS** respecto a que los lazos de parentesco motivaron la conclusión de que entre las sancionadas hubo una relación de colaboración<sup>25</sup>. Al respecto, se recuerda que para arribar a esta conclusión se contó con<sup>26</sup>: **(i)** la declaración de **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ**<sup>27</sup>; **(ii)** un documento de la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ** ("*establecimiento con conceptos favorable a 01 de noviembre de 2017*"), donde se evidenció que tanto para **EXPERTOS INGENIEROS** como para **INGENIERÍA DE BOMBAS** se registró como representante legal a **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ**<sup>28</sup>; **(iii)** correos de pago a través *PayU* en donde aparece que el pago lo hace **INGENIERÍA DE BOMBAS**, pero la confirmación llega al correo de **EXPERTOS INGENIEROS**, quien posteriormente reenvió a **INGENIERÍA DE BOMBAS** la información<sup>29</sup>; **(vi)** información que permite afirmar que **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS** compartían entre sí información correspondiente a los procesos operativos de las compañías<sup>30</sup>; **(v)** el computador de **CINDY LORENA GACHARNÁ HURTADO** (ex Representante Legal de **EXPERTOS INGENIEROS**) en el que se encontró un documento Word con

<sup>22</sup>Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 53914 de 2013.

<sup>23</sup> Folio 906R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>24</sup> Folio 910 a 925R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>25</sup> Folio 1029 a 1033 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

<sup>26</sup> Folio 906R a 907R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>27</sup> Folio 246 del cuaderno público No. 2 del Expediente, Carpeta 01-DEC\_JOSE\_GACHARNA

<sup>28</sup> Folio 206 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

<sup>29</sup>Folio 411 del del cuaderno reservado general No. 1. del Expediente.

<sup>30</sup>Ibidem.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

el logo de **INGENIERÍA DE BOMBAS**, lo cual válida que dentro de la colaboración que se prestaban las empresas, se encontraba la preparación de documentos por parte de **EXPERTOS INGENIEROS a INGENIERÍA DE BOMBAS**<sup>31</sup>.

Adicionalmente, dentro del contexto presentado sobre el actuar de los sancionados se contó con evidencia que mostró cómo entre estos era habitual la coordinación en diferentes etapas de procesos de selección. De este modo, se encontró que: (i) intercambiaban información relacionada con cotizaciones y ofertas; (ii) gestionaban conjuntamente la recopilación de los documentos necesarios para su presentación, como es el caso de las pólizas de seriedad; (iii) presentaban observaciones de manera conjunta para modificar las condiciones de los pliegos de condiciones; y (iv) ejecutaban conjuntamente los procesos de licitación donde alguno resultara adjudicado<sup>32</sup>.

Sobre lo anterior, vale la pena anotar que los correos empleados para establecer el contexto de la conducta descrito en la Resolución Sancionatoria, a diferencia de lo indicado por **INGENIERÍA DE BOMBAS e INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO**, en conjunto con el resto de evidencia sobre la coordinación habitual mencionada, “*forman el contexto que permitió la implementación del esquema de coordinación y colaboración en los procesos objeto de investigación*”<sup>33</sup> de modo que no es cierto que estos fueran empleados como “*material probatorio de la infracción*”<sup>34</sup>. A lo sumo, lo indicado por **INGENIERÍA DE BOMBAS e INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** refuerza la conclusión de este Despacho frente a que efectivamente la sancionadas intercambiaban información. Al respecto, indicaron: “*Debido a que las empresas en mención han adelantado contrataciones y han trabajado en diferentes obras es normal que existan correos electrónicos donde se digan información [sic]” y “que como existía amistad entre las partes algunas veces le solicitaba su consejo o su opinión profesional*”<sup>35</sup>.

Por último, debe mencionarse que no se cuestionó que las empresas sancionadas fueran independientes económica o financieramente –de hecho, esto es considerado un presupuesto para que exista el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992–, mucho menos que contaran con el mismo contador o intermediario de seguros. Lo que se reprochó fue que en su condición de empresas independientes y competidoras decidieron coludir en trece (13) procesos de licitación bajo un esquema de colaboración y cooperación.

De esta forma, para el Despacho no resultan de recibo los argumentos de los recurrentes.

### **3.3. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la valoración probatoria de la declaración de JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ y la afirmación de que era representante legal de ambas empresas en 2017**

**INGENIERÍA DE BOMBAS e INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio malinterpretó la declaración de **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** relacionada con la colaboración de las empresas, tomándola como una colaboración regular y continúa cuando este se refería al sector privado. Por otro lado, señalaron que no es cierto que **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** fuera representante legal de ambas empresas en 2017<sup>36</sup>.

<sup>31</sup>Folio 145 del cuaderno público No. 2 del Expediente. PATH: 02\_WEB\_CINDY\_GACHARNA\_REP\_LEGAL.ad1/02\_WEB\_CINDY\_GACHARNA:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2018-325410\EXPERTOSINGENIEROSSAS\02\_WEB\_CINDY\_GACHARNA/DATOS/expertosingenieros@hotmail.com.ost/[root]/Raíz – Buzón/IPM\_SUBTREE/Sent/IPM.Note./LOGO INGENIERIA DE BOMBAS.docx Object ID: 1096572.

<sup>32</sup> Folio 907R a 910 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>33</sup> Folio 910 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>34</sup> Folio 996 al 1002 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

<sup>35</sup> *Ibidem*.

<sup>36</sup> *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, para abordar el argumento de la indebida interpretación de la declaración de **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ**, se presenta el respectivo extracto para posteriormente pasar a exponer la interpretación dada. **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** en declaración ante la Delegatura indicó:

*"DELEGATURA: O sea, ¿qué vínculos tiene usted con la empresa BOMBAS? ¿Qué se prestan? ¿Servicios como cuáles?"*

***JOSÉ ALFREDO GACHARNA DÍAZ:** Como le digo, a veces si ellos tienen un contrato grande, dicen: tenemos un contrato grande nosotros no lo podemos hacer, ustedes tienen tiempo para hacerlo?...entonces nosotros les decimos, sí, nosotros lo podemos hacer y entonces bueno, hay que hacer este mantenimiento y estos lavados de tanques. Algo así.*

***DELEGATURA:** ¿Cómo una especie de subcontratación?"*

***JOSÉ GACHARNA DÍAZ:** Sí, con cualquier empresa. Porque a veces uno no tiene nada que hacer"<sup>37</sup>.*

En la Resolución Sancionatoria, la referida declaración se empleó para mostrar la existencia de colaboración entre las empresas mediante la realización de favores o subcontratación y en ningún momento se indicó que esta fuera en el sector público o que no se realizara en el sector privado. Al respecto, se señaló:

*"Además de las relaciones preexistentes y la similitud en el funcionamiento de las empresas investigadas, se acreditó que estas colaboraban regularmente en el desarrollo de sus objetos sociales. Por ejemplo, en declaración ante esta Entidad, **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** resaltó que entre **EXPERTOS INGENIEROS** e **INGENIERÍA DE BOMBAS**, se hacen favores. (...)*

*Incluso, **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** en su declaración consideró a **INGENIERÍA DE BOMBAS** como una "aliada" e indicó la existencia de subcontratación entre las compañías"<sup>38</sup>.*

Por otro lado, **INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** argumentaron que no era cierto que, en el año 2017, **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** fuera el representante legal de ambas empresas<sup>39</sup>. Sobre este punto, la afirmación a la que hacen referencia es la siguiente:

*"Adicionalmente, como se muestra a continuación, en un documento de la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ D.C.** ("establecimiento con conceptos favorable a 01 de noviembre de 2017"), se evidenció que tanto para **EXPERTOS INGENIEROS** como para **INGENIERÍA DE BOMBAS** se registró como representante legal a **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ**"<sup>40</sup>.*

Tal y como puede observarse a continuación, este Despacho no indicó que **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** fuera el representante legal de ambas compañías. Simplemente, para efectos de ilustrar la colaboración entre estas, mostró un documento en el cual **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** aparece como su representante legal. A continuación, se muestra el documento en cuestión:

<sup>37</sup>Folio 246 del cuaderno público No. 2 del Expediente, Carpeta 01-DEC\_JOSE\_GACHARNA, min: 1:53:25.

<sup>38</sup> Folio 906R a 907 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>39</sup> Folio 998R del cuaderno público No. 7 del Expediente.

<sup>40</sup> Folio 907 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

## Imagen No. 1. Conceptos favorables ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
MUNICIPIO DE BOGOTÁ  
CALLE DE LA TOLIMA 100-100  
BOGOTÁ, COLOMBIA

## ESTABLECIMIENTOS CON CONCEPTOS FAVORABLE A 01 DE NOVIEMBRE DE 2017

NÚMERO	ACTA	RAZÓN SOCIAL	REPRESENTANTE LEGAL	TEL	BARRIO	LOCALIDAD	ACTIVIDADES	ÚLTIMA VISITA
1	SQ070000729	ABA CONTROL FUMIGACIONES Y EXTINTORES BUG - OFF	SANDRA VIVIANA CASTRO BORDILLO	8003827 3193928464	S.C. MIRAFLORES TOFO	RAFAEL URIBE	CVLT	02/10/2017
2	SQ070000306	BOQUILAB LTDA	CLARA CONSUELO CARDENAS	3570772 2365930	CASTELLANA	BARRIOS UNIDOS	LT	05/10/2017
3	SQ070000301	CLIMACO LOPEZ LTDA	CLIMACO LOPEZ ESCOBAR	4152471 3132012377	ERR BATAVIA	FONTIBON	LT	07/10/2017
4	SQ070000727	EMPRESA DE FUMIGACION LAVADO Y DESINFECCION DE TANQUES Y EXTINTORES TECNY CONTROL	PEDRO LUIS ACOSTA MOLANO	2836161 3103123568	S.C. INGLES	RAFAEL URIBE URIBE	CVLT	04/10/2017
5	SQ070000732	EQUIPOS HIDRAULICOS SAS	RONALD WILLIAM SANCHEZ MONTOYA	7047550 4450442	CALANDAIMA - LOS PANTANOS	KENNEDY	LTMB	14/10/2017
6	SQ070000741	EXTINFLM SAS	JHON FREY MOSUCHA	5369550 3103093379	BACHUE Y II	ENGATIVA	CVLTRE	30/10/2017
7	SQ070000302	FUMILACK SALUD Y VIDA	ARLEY GARCIA URUZO	8098941 3228410300	NARANJOS - EL HETAZO	BOSA	CVLT	12/10/2017
8	SQ070000687	FUMIEFFECTY1 SAS	PILAR ADRIANA SANCHEZ FORERO	8058482 3003112176	PONTEVEDA	SUBA	CVLT	12/10/2017
9	SQ070000704	FUMICONTACTO CC SAS	DARIO RICARDO CRUZ FONSECA	6156364 3133320560	SAN JOSE DE SPINQ	SUBA	CVLT	26/09/2016
10	SQ070000742	FUMICONTRY MADERAS LTDA	HERNANDO BARDON JAIME	7534619 3152284336	POPULAR MODELO	BARRIOS UNIDOS	CVLT	28/10/2017
11	SQ070000703	FUMIGADORES DE COLOMBIA FUMICOL LTDA	JOSE DE JESUS RAMIREZ	6907462 3174721934	ALCAZARES	BARRIOS UNIDOS	CVLT	06/10/2017
12	SQ070000738	FUMLEX	LINA TATIANA TIQUE	4675765 3153014520	EL JAZMIN II SECTOR	FUENTE GRANDE	CVLT	25/10/2017
13	SQ070000309	HECTOR HUGO ROMERO PEREZ	HECTOR HUGO ROMERO PEREZ	4688468 3134971189	SUBA	SAN JOSE DEL PRADO	LT	13/10/2017
14	SQ070000731	HIDROS INGENIERIA LTDA	JESENIA BRIGITHE SANCHEZ RODRIGUEZ	8043005 3112088379	S.C TINTALA	KENNEDY	LTMB	13/10/2017
15	SQ070000733	INGENIERIA DE BOMBAS Y PLANTAS ELECTRICAS	JOSE ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ	6440410 2224002	RIONEGRO	BARRIOS UNIDOS	LT	09/10/2017

CVLT: CONTROL VECTORES  
LT: LAVADO DE TANQUES DE AGUA POTABLE  
CVLT: CONTROL VECTORES Y LAVADO DE TANQUES DE AGUA POTABLE  
Carrera 771 Bis No. 69B - 76 Sur  
Código postal 110741  
Tel.: 779 98000  
www.hospitalpablovibosa.gov.co

BOGOTÁ  
MEJOR  
PARA TODOS

Fuente: Folio 206 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Resaltado propio.

## Imagen No. 2. Conceptos favorables ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ



ALCALDÍA MAYOR  
DE BOGOTÁ D.C.  
MUNICIPIO DE BOGOTÁ  
CALLE DE LA TOLIMA 100-100  
BOGOTÁ, COLOMBIA

## ESTABLECIMIENTOS CON CONCEPTOS FAVORABLE A 01 DE NOVIEMBRE DE 2017

NÚMERO	ACTA	RAZÓN SOCIAL	REPRESENTANTE LEGAL	TEL	BARRIO	LOCALIDAD	ACTIVIDADES	ÚLTIMA VISITA
137	SQ07C No. 000099	RAES FUMIGACIONES LTDA FUMIGRANOS	LUZ DELY BERNAL	6140253 3152509372	BAYARIA TECHO III	KENNEDY	CVLT	09/05/2017
138	SQ07C No. 000100	REDES Y SERVICIOS AMBIENTALES LTDA - HIDROREDES LTDA	YESID FERNANDO CORTES SIERRA	3143594075 3102070677	LA ESMERALDA	TEUSAQUILLO	LTMB	10/05/2017
139	SQ07C No. 000136	SERVILIMPIEZA SA	ALVARO ANTONIO MELENDEZ MEDINA	8288140	S.C LA PATRIA - BARRIO SAN MARTIN	BARRIOS UNIDOS	CVLT	24/05/2017
140	SQ07C No. 000116	SISTEMAS DE PRESION LTDA	YOLIMA ANDREA CUELLAR YARGAS	6792928 3143926323	VILLA OLIVA - VILLA DEL CARMEN	USAQUEN	LTMB	16/05/2017
141	SQ07C No. 000120	SOLUCIONES INTEGRALES INDUSTRIALES Y EMPRESARIALES SAS-SIEM SAS	JENNIFER GONZALEZ UNEME	7454651 3105823578	LAS MARGARITAS	USAQUEN	LT	19/05/2017
142	SQ07C No. 000078	ABAFUMIC	MANUEL DE JESUS SANTAMARIA	3102455325 3152509372	CIUDAD JARDIN SUR	RAFAEL URIBE URIBE	CVLT	25/04/2017
143	SQ07C No. 000076	ABC MANTENIMIENTO DE TANQUES	JESUS ALFONSO RODRIGUEZ CHACÓN	1406136 3185276379	LA LAGUNA FONTIBON	FONTIBON	LT	25/04/2017
144	SQ07C No. 000083	ALFREDO CONTRERAS MELGAREJO	ALFREDO CONTRERAS	2748763 315356834	SC PARIS GAITAN	ENGATIVA	LT	27/04/2017
145	SQ07C No. 000067	AM ALEMANA DE MULTISERVICIOS	MARTHA CECILIA MUNEVAR RUBIO	3913889 3125302199	QUINTAS DEL PLAN SOCIAL	USME	CVLT	20/04/2017
146	SQ07C No. 000068	ALEMANA MULTISERVICIOS SAS	MARTHA CECILIA MUNEVAR RUBIO	3913889 3125302199	QUINTAS DEL PLAN SOCIAL	USME	CVLT	20/04/2017
147	SQ07C No. 000075	COMERCIALIZADORA DE INSUMOS PARA EL TRANSPORTE LIMITADA - CONSUMOS LTDA	GERMAN SARMIENTO APOLINAR	4254900 EXT 1067 3208653077	FLOTA LA MACARENA	FONTIBON	CV	24/04/2017
148	SQ07C No. 000080	CONTROL NACIONAL DE HIGIENE Y SANIDAD INDUSTRIAL SAS	DANIEL FERNANDO GUTIERREZ GARCIA	4757171 3024659724	MUEQUETA	BARRIOS UNIDOS	CVLT	26/04/2017
149	SQ07C No. 000072	EMPRESA SANITARIA FAS	LUIS EFREN GAÑAN	7172973 3143926068	SIERRA MORENA	CIUDAD BOLIVAR	CVLT	21/04/2017
150	SQ07C No. 000086	EXPERTOS INGENIEROS	ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ	6557813 3002015213	RIONEGRO	BARRIOS UNIDOS	LT	28/04/2017
151	SQ07C No. 000064	FITOGRAPOS COMERCIALIZADORA AGROINDUSTRIAL LTDA	GERMAN ESPINOSA GONZALEZ	6745001 6745062	TOBERIN	USAQUEN	CVLT/DT	18/04/2017

CV: CONTROL VECTORES  
LT: LAVADO DE TANQUES DE AGUA POTABLE  
CVLT: CONTROL VECTORES Y LAVADO DE TANQUES DE AGUA POTABLE  
Carrera 771 Bis No. 69B - 76 Sur  
Código postal 110741  
Tel.: 779 98000  
www.hospitalpablovibosa.gov.co

BOGOTÁ  
MEJOR  
PARA TODOS

Fuente: Folio 206 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Resaltado propio.

Como se puede ver, en ambas imágenes se indica como representante legal a **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** para el año 2017. De modo que, lo afirmado por este Despacho en la Resolución Sancionatoria de ninguna manera es ajeno a lo que muestra el material obrante en el Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

De esta forma, para el Despacho no resultan de recibo los argumentos de los recurrentes.

### 3.4. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la valoración de la prueba indiciaria

**INGENIERÍA DE BOMBAS, INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO y EXPERTOS INGENIEROS** manifestaron que los indicios presentados están mal orientados, así mismo, que los comportamientos y conductas no están soportados en pruebas idóneas y pertinentes. También señalaron que los indicios no son el único medio de prueba y que en este caso no fueron tenidos en cuenta otros medios de prueba ya que se negó la solicitud de pruebas realizada.

Para dar respuesta, debe reiterarse que en el presente caso existen elementos indiciarios, que analizados en conjunto con otra evidencia y bajo la sana crítica<sup>41</sup>, soportaron la conclusión respecto a la existencia de una conducta que debió ser sancionada por ser violatoria del régimen de libre competencia en Colombia.

Al respecto, es importante reiterar que, como se ha entendido en el ámbito local e internacional, para determinar la existencia de acuerdos restrictivos de la libre competencia, en los términos del Decreto 2153 de 1992, **no** es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas. Por el contrario, se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios a la libre competencia con pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia<sup>42</sup>.

En efecto, se ha entendido que, precisamente en los casos de colusión en licitaciones públicas, la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial juega un papel fundamental. Esto debido a que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, como lo podrían ser acuerdos escritos entre las partes. Es así como, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

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

<sup>41</sup> Couture, Eduardo J. “Fundamentos de derecho procesal civil”. Ediciones Depalma. 1962. Citado por la Corte Constitucional en Sentencia C - 622 de 1998: “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.**” (Subraya y negrilla fuera del texto).

<sup>42</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*recogidos en la STS de 26 de abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia*<sup>43</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

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

*“(…) La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia*<sup>44</sup>.

Por su parte, en Estados Unidos las diferentes Cortes han entendido que la prueba directa no es un requisito *sine qua non*, y que por el contrario, la evidencia circunstancial permite establecer la existencia de acuerdos anticompetitivos<sup>45</sup>. Como señala el profesor William Kovacic “*en casos de derecho de la competencia, las cortes permiten que la existencia de un acuerdo sea establecida por evidencia circunstancial*<sup>46</sup>, lo cual es manifestado de igual forma por el juez Richard Posner, quien señaló que “*la mayoría de los casos son contruidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial*<sup>47</sup>.”

Finalmente, según la **OCDE**, cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia<sup>48</sup>, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

Ahora bien, en el ámbito local, esta Superintendencia se ha referido en diferentes ocasiones al respecto<sup>49</sup>, afirmando que:

*“(…) en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregulares en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en*

<sup>43</sup> RESOLUCION (Expediente 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. En: [www.tdcompetencia.es](http://www.tdcompetencia.es)

<sup>44</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N°57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5° del voto de minoría.

<sup>45</sup> Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito. Caso: *In re Text Messaging Antitrust Litigation*. Decisión del 29 de diciembre de 2010. (“*Direct evidence of conspiracy is not a sine qua non (...) Circumstantial evidence can establish an antitrust conspiracy*”).

<sup>46</sup> Kovacic, William E. y Marshall, Robert C. y Marx, Leslie M. y White, Halbert L., “*Plus Factors and Agreement in Antitrust Law*”. Diciembre 1 de 2011. Michigan Law Review, Vol. 110, No. 3, p. 393-436, 2011; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-1; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-1.

<sup>47</sup> *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) (“...most of cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence...”). Esto también se encuentra evidente en el caso *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998): “*Solo en casos raros el demandante puede establecer la existencia de una conspiración mostrando explícitamente un acuerdo; la mayoría de conspiraciones se infieren del comportamiento de los investigados [...] y de otra evidencia circunstancial [...]*” (“[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behaviour of the alleged conspirators [...] and from other circumstantial evidence [...]).

<sup>48</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**). “*SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION*”. 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&doclanguage=en)

<sup>49</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta. Tan es cierto lo anterior que la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha diseñado guías para combatir la colusión en licitaciones, en las cuales establece los indicios que llevan a demostrar la existencia de este tipo de conductas anticompetitivas.*

*Más aún, (...), internacionalmente se reconoce que los indicios juegan un papel fundamental en la identificación de acuerdos anticompetitivos, en la medida en que la mayoría de investigaciones por la supuesta comisión de acuerdos no existe un documento en que el conste el contrato o el cartel, pero sí numerosas piezas procesales a partir de las cuales el juez o la administración pueden concluir, con certeza absoluta, que existió una conducta ilegal*<sup>50</sup>.

Incluso, el mismo Consejo de Estado ha avalado el uso de los indicios o pruebas indirectas como medios idóneos y necesarios para detectar la existencia de acuerdos anticompetitivos. De esta forma, en decisión del 21 de junio de 2018, este Tribunal manifestó lo siguiente:

*"Y si bien en la práctica es sencillo determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, en la mayoría de los casos las autoridades no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.*

*En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia*<sup>51</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En virtud de lo anterior, no es posible desestimar de manera alguna la utilidad, y en especial la necesidad, de la prueba indiciaria en procesos en los que busca establecerse la existencia de acuerdos violatorios del régimen de libre competencia.

Ahora bien, no es cierto que hubo una indebida orientación de las pruebas, ni que los hechos no están soportados en pruebas idóneas y pertinentes, que solo se usaron indicios, y "*que lo único que se encuentra probado es que existen unos vínculos de amistad y de colaboración en temas laborales de orden privado*"<sup>52</sup> como lo afirman **INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO**. Tampoco es cierto lo indicado por **EXPERTOS INGENIEROS** sobre que "*[l]os indicios que le permiten a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar la responsabilidad de los agentes se basan únicamente en la relación familiar de los investigados y la similitud de funcionamiento de las sociedades*"<sup>53</sup>.

Al respecto, con el fin de evidenciar que el análisis y evidencia utilizados en la Resolución Sancionatoria fue más allá de vínculos de parentesco, amistad y colaboración, se presenta, a manera de ejemplo y sin que sea la única existente en el Expediente, evidencia de colusión encontrada en los procesos **SA-16 de 2017** adelantado por el **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA**; **LP-015 de 2018** adelantado por **HOSMIL**; **FFDS-SAMC-006 de 2018** adelantado por el **FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD**; y **SAMC-040 de 2018** adelantado por **HOSMIL**.

En este orden de ideas, en el proceso **SA-16 de 2017** adelantado por el **CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA** se encontró: (i) identidad en errores en la redacción de correos electrónicos y documentos; (ii) que la presentación de las propuestas fue consecutiva; y (iii) una relación del 5%

<sup>50</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68967 de 2013.

<sup>51</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Decisión del 21 de junio de 2018, Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00305-02.

<sup>52</sup> Folio 996 al 1002 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

<sup>53</sup> Folio 1029 a 1033 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

en las ofertas económicas<sup>54</sup>. A continuación, se transcribe lo dicho en la Resolución Sancionatoria sobre estos hallazgos:

“(i) Las manifestaciones de interés de **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS** y, los correos mediante los cuales las enviaron presentan una redacción y formato similar al punto que contienen el mismo error. Como ha sido señalado por esta Entidad<sup>55</sup> y organismos como la **OCDE**<sup>56</sup>, en los casos de colusión este tipo de indicios juega un papel fundamental, en la medida en que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentran rastros directos de las conductas realizadas, precisamente por el carácter usualmente secreto de las mismas. En este sentido, nótese que las comunicaciones supuestamente independientes de **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS** que se presentan a continuación contienen el mismo error ortográfico.

En primer lugar, en el asunto del siguiente correo y en la referencia de la manifestación de interés enviados por **EXPERTOS INGENIEROS** se indicó “Proceso Números”, redacción que resulta errónea al escribir “Números” en lugar de “Número”:

“**Division Administrativa Desaj Bogota** (sic)

**De:** Expertos Ingenieros <expertosingenieros@hotmail.com>

**Enviado el:** lunes, 2 de octubre de 2017, 3:08 p.m.

**Para:** División Administrativa Desaj Bogota (sic)

**Asunto:** Manifestación de interes (sic) Proceso Números S.A 16 de 2017

**Datos adjuntos:** 20171002160243273.pdf

**MARIA LOTERO**

**Gerente Administrativa**

**Expertos Ingenieros, S.A.S.**

(...)<sup>57</sup>.

#### **Imagen No. 4. Manifestación de interés EXPERTOS INGENIEROS**

Bogotá, D.C., Octubre 2 de 2017

Señores  
**RAMA JUDICIAL**  
Ciudad

REF: **Proceso Números. S.A. 16 DE 2017**

Yo MARIA ALEJANDRA LOTERO RAMIREZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.038.927 de Pereira, obrando en calidad de Representante Legal de la empresa **EXPERTOS INGENIEROS S.A.S.**, por medio de la presente comunicación manifiesto nuestro interés en participar en el proceso de obra civil para la adecuación y organización del ducto en vertical por donde pasan las redes hidráulicas, de sensores de humo y lógica en una sede judicial a cargo de esta Dirección Ejecutiva Seccional. incluir suministro de repuestos, instalación, desinstalación, y reparación de los elementos necesarios para el óptimo funcionamiento de los mismos

**Fuente:** Folio 194 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Resaltado propio.

Por su parte, este mismo error se encontró en relación con **INGENIERÍA DE BOMBAS** tanto en el correo como en el documento contentivo de la manifestación de interés:

“**Division Administrativa Desaj Bogota** (sic)

<sup>54</sup> Folio 910R a 911R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>55</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 del 9 de julio de 2013, Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019.

<sup>56</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (**OCDE**). “*SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION*”. 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&docLanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&docLanguage=en)

<sup>57</sup>Folio 194 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**De:** Ingeniería de Bombas <ingebombas@hotmail.com>  
**Enviado el:** lunes, 2 de octubre de 2017 3:21 p.m.  
**Para:** Division Administrativa Desaj Bogota (sic)  
**Asunto:** PROCESO NUMEROS S.A. 16 DE 2017  
**Datos adjuntos:** PROCESO NUMERO S.A. 16 DE 2017.pdf

Buenas tardes:

Adjunto envío documento para proceso números S.A. 16 de 2017.  
Quedo atenta a cualquier comentario.

Cordialmente,  
**FLORALBA BARRAGÁN**  
**Ingeniería de Bombas y Planta Ltda.**  
(...)<sup>58</sup>.

### Imagen No. 5. Manifestación de interés INGENIERÍA DE BOMBAS



Señores  
RAMA JUDICIAL  
Ciudad

REF: **Proceso Números. S.A. 16 DE 2017**

Yo JUAN FRANCISCO GACHARNA DIAZ identificado con cédula de ciudadanía No. 79.522.188 de Bogotá obrando en calidad de Representante Legal de la empresa INGENIERIA DE BOMBAS Y PLANTAS LTDA manifiesto nuestro interés en participar en el proceso de obra civil para la adecuación y organización del ducto en vertical por donde pasan las redes hidráulicas, de sensores de humo y lógica en una sede judicial a cargo de esta Dirección Ejecutiva Seccional.

**Fuente:** Folio 194 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Resaltado propio.

(ii) Tal y como se observa continuación, las constancias de presentación de las ofertas de **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS** se presentaron de manera consecutiva:

### Imagen No. 6. Constancia de presentación

6. Firma: Expertos Ingenieros S.A.S.  
Fecha de radicación: 11 de octubre de 2017  
Hora: 3:47 p.m.  
Número de radicación: 01072  
Número de folios (incluido radicación): 102  
Póliza de seriedad: Seguros del Estado  
No. de póliza: 64-44-101010534  
Valor asegurado: \$29.245.488.40  
Oferta Económica: \$176.410.894 incluido I.V.A.  
Observación: Presenta un original y dos copia.

7. Firma: Ingeniería de Bombas y Plantas Ltda  
Fecha de radicación: 11 de octubre de 2017  
Hora: 3:50 p.m.  
Número de radicación: 01073  
Número de folios (incluido radicación): 158  
Póliza de seriedad: Suramericana  
No. de póliza: 1955358-3

**Fuente:** SECOP I -

<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=17-11-7087482>.

(iii) Adicionalmente, las ofertas económicas de **EXPERTOS INGENIEROS** e **INGENIERÍA DE BOMBAS** guardan una relación matemática, pues, para todos los ítems en la oferta

<sup>58</sup>ibidem.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*económica, el precio que fija INGENIERÍA DE BOMBAS es exactamente 5% mayor al precio que fija EXPERTOS INGENIEROS<sup>59</sup>.*

Otro ejemplo puede observarse en lo expuesto sobre el proceso LP-015 de 2018 adelantado por HOSMIL<sup>60</sup>, en el que entre otra evidencia, se encontró: (i) el uso del mismo catálogo de productos a pesar de no ser requerido<sup>61</sup>; (ii) la presentación del mismo proveedor para la prestación de servicios de "recolección, transporte, almacenamiento, tratamiento y/o disposición final de residuos peligrosos"<sup>62</sup> e incluso (iii) identidades en la propuesta económica<sup>63</sup>. También, se encontró que INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS presentaron observaciones en el mismo sentido sobre el punto 3.2.2. relacionado con el monitoreo remoto para UPS<sup>64</sup>, como se observa a continuación:

**"Imagen No. 20. Observaciones presentadas por INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS**

FORMULARIO N° 02 DE OBSERVACIONES Y RESPUESTAS AL ESTUDIO, DOCUMENTOS PREVIOS Y ANÁLISIS DEL SECTOR DEFINITIVO PARA ADELANTAR PROCESO DE LICITACIÓN PÚBLICA No. 015 DE 2018

OBJETO: "MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LOS SISTEMAS INTERRUMPIBLES DE POTENCIA (UPS) INCLUYENDO REPUESTOS NUEVOS NO REMANUFACTURADOS QUE CONFORMAN LA RED REGULADA DEL HOSPITAL CENTRAL."

LA SEÑORA DIRECTORA GENERAL DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL EN CALIDAD DE ORDENADOR DE GASTO y,

El comité jurídico, económico y técnico, procede a dar respuesta oportuna a las observaciones realizadas por los oferentes dentro del proceso de selección de la referencia de la siguiente manera:

**OBSERVACIONES FORMULADAS POR EXPERTOS INGENIEROS S.A.**

**OBSERVACIÓN N° 1**

Según los Estudios Previos definitivos en el apartado 3.2.2 descripción de las especificaciones técnicas adicionales, se está solicitando recibos de planes de líneas telefónicas para demostrar que se cuenta con monitoreo remoto de UPS, cuando se subieron las respuestas al borrador no se aceptó la observación y se solicitó enviar certificación donde se evidenciara la experiencia en la implementación del monitoreo, por lo que solicitamos esta aclaración aparezca evidenciada en el pliego de condiciones definitivos.

**RESPUESTA OBSERVACIÓN N° 1**

El comité técnico estructurador se permite informar que se ACEPTA la observación y el proponente deberá anexar una certificación verificable donde se evidencie la experiencia en implementación del monitoreo remoto de UPS, cambio que se verá reflejado mediante adenda.

**OBSERVACIONES FORMULADAS POR INGENIERIA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S.**

**OBSERVACIÓN N° 1**

Hemos revisado los Estudios Previos Definitivos y observamos que la Entidad en el ítem 3.2.2 correspondiente a la Descripción de las Especificaciones Técnicas Adicionales está solicitando a los oferentes aportar los recibos de planes como plan vertical de movistar, plan transaccional de claro u otro similar, con el fin de demostrar que tiene el sistema de monitoreo remoto para UPS en funcionamiento. De acuerdo a lo anterior, le solicitamos a la Entidad tener en cuenta que cuando se publicó el Proyecto de Pliego de Condiciones se realizaron observaciones al ítem 3.2.2 y el Hospital dio respuesta diciendo que: El Comité Técnico estructurador informaba que los proponentes deberán anexar una certificación donde se evidencie la experiencia en implementación del monitoreo remoto para UPS.

Por lo anterior le solicitamos a la Entidad tener en cuenta esta observación y sea sea reflejada en el Pliego de Condiciones Definitivo.

**RESPUESTA OBSERVACIÓN N° 1**

El comité técnico estructurador se permite informar que se ACEPTA la observación y el proponente deberá anexar una certificación verificable donde se evidencie la experiencia en implementación del monitoreo remoto de UPS, cambio que se verá reflejado mediante adenda.

**Fuente: SECOP II - Proceso LP 015-2018 HOSMIL UAPL. Resultado propio."**

De hecho, la presentación conjunta de observaciones también se evidenció en el proceso FFDS-SAMC-006 de 2018 adelantado por el FONDO FINANCIERO DISTRITAL DE SALUD, al respecto en la Resolución Sancionatoria se indicó:

**"(i) INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS presentaron observaciones tendientes a que se incluyera como requisito habilitante el concepto favorable de la**

<sup>59</sup>Folio 194 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

<sup>60</sup> Folios 915R a 917R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>61</sup> Folio 915R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>62</sup>SECOP II Proceso LP-015-2018 HOSMIL UAPL. En las imágenes 31 y 32 de la hoja 48 y 49 de la Resolución 45861 se puede evidenciar el mencionado contrato suscrito por las investigadas con la sociedad PROCESOIL LTDA.

<sup>63</sup> Folios 917 a 917R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>64</sup> Folio 917 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Secretaría de Salud para el lavado de tanques, a pesar de que, tal y como lo resaltó la entidad contratante, en este proceso no se incluía el lavado de tanques de agua potable, los cuales sí requieren este concepto favorable.*

### Imagen No. 37. Observación presentada por EXPERTOS INGENIEROS

#### OBSERVACIÓN 3

De: EXPERTOS INGENIEROS  
Fecha: 30/09/2018 08:25:08  
Referencia Mensaje: CO1.MSG.566302  
Asunto: Concepto favorable secretaria de salud.

*[sic] "...al realizar los mantenimientos preventivos y correctivos se debe ingresar e intervenir en los tanques de agua potable, agua caliente y tanques de aguas residuales por este motivo solicitamos a la entidad pedir a los proponentes el concepto favorable otorgado por la secretaria de salud a las empresas que intervienen este tipo de tanques..."*

**Fuente:** Folio 255 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

### Imagen No. 38. Respuesta a la observación presentada por EXPERTOS INGENIEROS

#### RESPUESTA A LA OBSERVACION No.3

La Entidad se permite aclarar al observante que en el alcance proyectado para la contratación del proceso FFDS-SAMC-006-2018, no se incluye lavado de tanques de agua potable, pero sí el lavado de pozos eyectores de aguas negras y pluviales. Adicionalmente, una vez revisada la normatividad actualmente vigente, relacionada con el lavado de tanques de agua potable (enmarcada básicamente en: El Decreto 1575 de 2007, Resolución 2190 de 1991 y la Norma Técnica Colombiana NTC 4576), para el lavado de los tanques eyectores de aguas negras y pluviales, no es necesario contar con "el concepto favorable emitido por la Secretaría Distrital de Salud para lavado de tanques de agua potable".

En consecuencia, la **ENTIDAD NO ACEPTA** la observación.

**Fuente:** Folio 255 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

### Imagen No. 39. Observación presentada por INGENIERÍA DE BOMBAS y respuesta por parte de la Entidad contratante

De: INGENIERÍA DE BOMBAS Y PLATAS SAS  
Fecha: 28/09/2018 06:39:54  
Referencia Mensaje: CO1.MSG.577944  
Asunto: OBSERVACIONES AL PROYECTO DE PLIEGO DEFINITIVO.

#### Observación extemporánea 1

*Teniendo en cuenta que se va a intervenir el equipo de presión como son: Bombas de red agua potable, bombas sumergibles red de aguas lluvias, bombas sumergibles red de agua negras, bombas de red contra incendios y calderas (bomba de recirculación, tanque de agua caliente y tanque de condensado), solicitamos a la Entidad solicite el Concepto Favorable emitido por la Secretaría Distrital de Salud para lavado de tanques de almacenamiento.*

#### Respuesta a observación extemporánea 1

La Entidad se permite aclarar al observante que para el proceso de selección en el alcance proyectado para la contratación del proceso FFDS-SAMC-006-2018, no se incluye lavado de tanques de agua caliente ni condensado. Adicionalmente, una vez revisada la normatividad actualmente vigente, relacionada con el lavado de tanques de agua potable (enmarcada básicamente en: El Decreto 1575 de 2007, Resolución 2190 de 1991 y la Norma Técnica Colombiana NTC 4576), para el lavado de los tanques eyectores de aguas negras y pluviales, no es necesario contar con "el concepto favorable emitido por la Secretaría Distrital de Salud para lavado de tanques de agua potable".

En consecuencia, la **ENTIDAD NO ACEPTA** la observación.

**Fuente:** Folio 255 del cuaderno público No. 2 del Expediente.<sup>65</sup>

Adicionalmente, dentro de la evidencia presentada, se mostró cómo **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS** respondían conjuntamente a requerimientos de las entidades contratantes, tal y como fue el caso del proceso **SAMC-040 de 2018** adelantado por **HOSMIL**. Sobre este punto, en la Resolución Sancionatoria se indicó:

*"(iv) INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS recibieron el mismo requerimiento por parte de la entidad contratante en relación con el valor de sus ofertas:"*

<sup>65</sup> Folios 922 y 922R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

### Imagen No. 21. Reevaluación económica y financiera en el proceso SAMC-040 de 2018



HOSPITAL MILITAR CENTRAL  
ÁREA GESTIÓN CONTRATOS  
VERIFICACIÓN ECONÓMICA Y FINANCIERA  
SELECCIÓN ABREVIADA DE MENOR CUANTÍA N° 040 de 2018

REEVALUACIÓN ECONOMICA Y FINANCIERA

FECHA: AGOSTO 23 DE 2018

OBJETO: "MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LOS SISTEMAS INTERRUMPIBLES DE POTENCIA (UPS) INCLUYENDO REPUESTOS NUEVOS NO REMANUFACTURADOS QUE CONFORMAN LA RED REGULADA DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL".

OFERTAS RECIBIDAS:

EMPRESA	OFERTAS RECIBIDAS
1	COMSISTELCO S.A.S. NIT. 830.007.379-9
2	ELECTRICIVILES S.A.S. NIT. 900.197.174-3
3	EXPERTOS INGENIEROS S.A.S. NIT. 900.150.067-0
4	INGENIERIA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S. NIT. 900.152.368-1
5	POWERSUN S.A.S. NIT. 900.098.348-3

NOTA 1: Se solicitó a la firma EXPERTOS INGENIEROS S.A.S., e INGENIERIA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S., aclarar y justificar el valor de la oferta presentada, toda vez que el valor de la misma solo representa el 30% y 32% del precio de referencia establecido en el estudio de mercado realizado por la entidad.

Posteriormente, dentro del plazo para subsanar y observar las evaluaciones las firmas EXPERTOS INGENIEROS S.A.S., e INGENIERIA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S. presentaron en la plataforma carta en la que expresan las razones que justifican los precios ofertados y las cuales son aceptadas por el comité económico evaluador procediendo a habilitarlos.

Fuente: SECOP II – Proceso SAMC 040-2018 HOSMIL UAPL. Resaltado propio.

Sobre este requerimiento, en las respuestas tanto de **INGENIERÍA DE BOMBAS** como de **EXPERTOS INGENIEROS** se encontró una coincidencia que permite afirmar que existió colaboración en la redacción de ambos documentos. Al respecto, indican que las empresas cuentan con "un amplio stop", lo cual es un empleo erróneo de la palabra para describir que se tiene suficientes repuestos almacenados, siendo posible inferir que querían decir "stock". A continuación, se presentan las respectivas respuestas:

### Imagen No. 22. Respuestas presentadas por INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS a la solicitud de aclarar los precios ofrecidos en el proceso SAMC-040 de 2018

ingeniería de bombas  
y plantas

Reparación - Mantenimiento y Venta de Equipos



EXPERTOS  
Ingenieros

Bogotá D. C. Agosto 17 de 2018

Señores  
HOSPITAL MILITAR CENTRAL  
Atn: Sr. Ramón Bueno Gómez  
Comité Económico Evaluador  
Area Gestión Contratos  
Ciudad

Asunto: Justificación de precios artificialmente bajos - Proceso SAMC 040-2018 HOSMIL UAPL

Por medio de la presente me dirijo a ustedes para aclarar los precios ofertados en la invitación antes mencionada que tiene como objeto "MANTENIMIENTO PREVENTIVO Y CORRECTIVO DE LOS SISTEMAS INTERRUMPIBLES DE POTENCIA (UPS) INCLUYENDO REPUESTOS NUEVOS NO REMANUFACTURADOS QUE CONFORMAN LA RED REGULADA DEL HOSPITAL MILITAR CENTRAL", nuestra oferta se justifica por las siguientes razones:

- La empresa cuenta con amplia experiencia de más de 12 años, en el mantenimiento preventivo y correctivo de equipos eléctricos, electrónicos, mecánicos entre las que se encuentran (UPS, Aire Acondicionado, Ventilación Mecánica, Calderas, Motobombas, Plantas Eléctricas etc).
- Que la empresa INGENIERIA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S cuenta con el personal idóneo, altamente calificado y con experiencia para ejecutar trabajos como mantenimiento predictivo, preventivo y/o correctivo y así cumplir con el objeto de la invitación
- Contamos con un amplio stop en repuestos y accesorios lo que nos permite ofertar estos valores, por lo cual no nos van a causar pérdidas o deterioro patrimonial ni presentaran un desequilibrio económico.

Fuente: SECOP II – Proceso SAMC 040-2018 HOSMIL UAPL. Resaltado propio.<sup>66</sup>

Bogotá D.C. 16 de agosto de 2018

Señores  
HOSPITAL MILITAR CENTRAL  
Ciudad,

Ref. SAMC 040-2018 HOSMIL UAPL

Respetados señores

De acuerdo a su solicitud donde nos solicita certificar precios artificialmente bajos me permito dar respuesta:

Para el cálculo de precios de cada una de las actividades a ejecutar en el contrato tuvimos en cuenta los costos de operación de equipos, materiales, repuestos, transporte y mano de obra dando como resultado precios competitivos con los cuales se garantiza la excelente ejecución del contrato.

El análisis de cada uno de los precios ofertados bajo las condiciones del mercado a partir del conocimiento adquirido en nuestra experiencia de más de 15 años se puede tomar como precios válidos y coherentes para la ejecución del contrato en caso de resultar favorecidos con la adjudicación del proceso del asunto garantizo que con los precios cotizados para cada una de las actividades a ejecutar se dará cumplimiento total de las especificaciones técnicas ambientales y de calidad exigidos en el pliego de condiciones definitivo.

EXPERTOS INGENIEROS S.A.S cuenta con un departamento técnico de planta, laboratorio propio un amplio stop de repuestos el cual nos permite reducir costos logrando con esto ofertar un mejor precio conveniente para la entidad, contamos con todos los recursos económicos y equipos necesarios para el alcance del servicio.

Además de las anteriores pruebas, también se presentó evidencia relacionada con el componente económico de las ofertas, la cual ni siquiera fue objeto de controversia por los impugnantes, y que

<sup>66</sup> Folio 918 a 918R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

sin lugar a duda resulta indiciario dado lo extraño que resulta que los valores de una oferta económica obedecen a la estructura de costos de cada proponente. A continuación, se presentan ejemplos de esta evidencia:

(i) En el proceso **SA-16 de 2017** adelantado por el **Consejo Superior de la Judicatura** se encontró que *"las ofertas económicas de **EXPERTOS INGENIEROS** e **INGENIERÍA DE BOMBAS** guardan una relación matemática, pues, para todos los ítems en la oferta económica, el precio que fija **INGENIERÍA DE BOMBAS** es exactamente 5% mayor al precio que fija **EXPERTOS INGENIEROS**"*<sup>67</sup>.

(ii) En el proceso **SA-029 de 2017** adelantado por **HOSMIL** se encontraron identidades en valores ofertados por **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS**. En este proceso de selección los precios de referencia de los productos ofertados fueron agrupados en cuatro (4) subtotales: (i) cilindros para realizar mantenimiento correctivo y preventivo; (ii) unidades manejadoras; (iii) filtros y (iv) equipos de aire. Al respecto, de las cinco (5) ofertas económicas presentadas, únicamente hay dos (2) que tienen los mismos valores en tres (3) de los cuatro (4) subtotales de la oferta económica. Las ofertas que contienen estas identidades corresponden a **INGENIERÍA DE BOMBAS** y **EXPERTOS INGENIEROS**, tal y como se muestra a continuación:

**"Tabla No. 2. Precios de referencia, subtotales y totales de las propuestas económicas presentadas por cada participante en el proceso SA- 029 de 2017 adelantado por el HOSMIL"**

PRECIOS DE REFERENCIA		ANDIEQUIP S.A.S.		FRIOCOSTA S.A.	
Cilindros	\$ 284.943	Cilindros	\$ 267.750	Cilindros	\$ 256.704
Unidades manejadoras	\$ 2.322.592	Unidades manejadoras	\$ 2.225.300	Unidades manejadoras	\$ 2.111.442
Filtros	\$ 63.490.875	Filtros	\$ 58.419.956	Filtros	\$ 38.816.355
Equipos de aire	\$ 1.402.410	Equipos de aire	\$ 1.338.750	Equipos de aire	\$ 1.286.610
Total	\$ 67.500.820	Total	\$ 62.251.756	Total	\$ 42.471.111
JAIME ALIRIO MORENO LOZANO		INGENIERÍA DE BOMBAS Y PLANTAS LTDA.		EXPERTOS INGENIEROS S.A.S.	
Cilindros	\$ 250.750	Cilindros	\$ 142.473	Cilindros	\$ 142.473
Unidades manejadoras	\$ 2.043.878	Unidades manejadoras	\$ 1.161.294	Unidades manejadoras	\$ 1.161.294
Filtros	\$ 55.871.957	Filtros	\$ 38.094.516	Filtros	\$ 44.443.602
Equipos de aire	\$ 1.234.115	Equipos de aire	\$ 701.202	Equipos de aire	\$ 701.202
Total	\$ 59.400.699	Total	\$ 40.099.485	Total	\$ 46.448.570

**Fuente:** Elaborada por la **SIC** de acuerdo con las ofertas presentadas al proceso de selección<sup>68</sup>. Resaltado propio.<sup>69</sup>

De este modo, no es de recibo lo expuesto por los recurrentes sobre *"que lo único que se encuentra probado es que existen unos vínculos de amistad y de colaboración en temas laborales de orden privado"*, ni que los comportamientos y conductas no están soportados en pruebas idóneas y pertinentes. Todo lo contrario, en la Resolución Sancionatoria se presentó múltiple evidencia que soporta la conclusión de la existencia del esquema anticompetitivo desplegado por los sancionados.

Para finalizar, respecto al argumento de que no se tuvieron en cuenta los medios probatorios solicitados por **INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** porque se negó la solicitud de pruebas, se reitera, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria<sup>70</sup>, que la solicitud por parte de los recurrentes se realizó en sus observaciones al Informe Motivado. Es decir, fuera de las oportunidades dispuestas por el ordenamiento para la solicitud de pruebas. De hecho, en el Expediente no obra actuación alguna por parte de **INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID**

<sup>67</sup>Folio 910R a 911R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>68</sup>Folio 94 del cuaderno público No. 1 del Expediente. Carpeta: 4. SOPORTES PROCESO SA - 029 - 2017.

<sup>69</sup> Folio 913 el cuaderno público No. 6 del Expediente.

<sup>70</sup> Folio 929R del cuaderno público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**PATRICIA PEÑA ARANGO** con anterioridad al Informe Motivado, tan es así que no se hicieron presentes ni siquiera para rendir declaración<sup>71</sup>.

Por lo anterior, se desestiman los argumentos de los recurrentes.

### **3.5. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la intención de los sancionados, los efectos de la conducta, la responsabilidad objetiva y la omisión de probar o determinar el supuesto objeto anticompetitivo**

**INGENIERÍA DE BOMBAS, INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO y EXPERTOS INGENIEROS** manifestaron que sus comportamientos no estuvieron direccionados a vulnerar la libre competencia económica y que no es posible concluir que existió una colusión porque el comportamiento de los investigados no provocó un incremento de los precios a través de los cuales las entidades contratantes adquirieron los bienes y servicios.

Adicionalmente, **EXPERTOS INGENIEROS** argumentó que: **(i)** la conducta reprochada no cuenta con el elemento subjetivo necesario para determinar como causa real y adecuada un eventual acuerdo restrictivo con comportamientos direccionados a infringir el régimen de protección de la libre competencia; **(ii)** no se obtuvo una prueba concreta del elemento subjetivo de la supuesta colusión y no es posible la aplicación de una responsabilidad objetiva; y **(iii)** se omitió probar o determinar el supuesto objeto o el efecto anticompetitivo y por tanto la conducta de las partes. Es decir, se omitió probar que la conducta era anticompetitiva.

Al respecto, es menester reiterar que la presente actuación administrativa se adelantó por parte de esta Superintendencia debido a la existencia de la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, acuerdos que tengan por su **objeto** la colusión en licitaciones públicas.

En virtud de lo anterior, se considera pertinente reiterar lo manifestado en la Resolución No. 3150 de 2019 respecto a este tipo de conductas:

*"Al respecto, el Despacho encuentra pertinente recordar que el régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales. En ese orden de ideas, es importante mencionar que esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado.*

Así, en Resolución 103652 de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó lo siguiente:

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

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

<sup>71</sup> Folio 514 del cuaderno público No. 3 del Expediente.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

Hay que resaltar que esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia y doctrina internacional experta en la materia. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*, manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en "determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia"<sup>72</sup>, razón por la cual "[...] aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo [por objeto] actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, [...], tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición"<sup>73</sup>.

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

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

**"No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes,** era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste **tuviera por objeto** o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"<sup>74</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto).

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

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

Lo anterior también tiene sustento en la doctrina internacional especializada, la cual ha reconocido que si una conducta tiene, por su objeto, la potencialidad, idoneidad y capacidad

<sup>72</sup> Corte de Justicia Europea, Caso C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637. Para. 17.

<sup>73</sup> *Ibidem*. Para. 21.

<sup>74</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de afectar la libre competencia, no hay necesidad que la autoridad de competencia se desgaste haciendo un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta<sup>75</sup>.

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

*"Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que **Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado**"<sup>76</sup>.*

(...)"

De lo expuesto, queda en evidencia que en Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica, y en especial lo relacionado con los acuerdos restrictivos de la competencia, está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención (dolo o culpa) de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Igualmente, este Despacho mantiene su posición respecto a que no es necesario entrar a analizar los efectos de la conducta en el mercado, toda vez que la presente actuación administrativa se adelantó por parte de esta Superintendencia debido a la existencia de la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, acuerdos que tengan por su **objeto** la colusión en licitaciones públicas.

Ahora bien, en relación con los argumentos de **EXPERTOS INGENIEROS** respecto a que se omitió probar o determinar el supuesto objeto anticompetitivo y que *"la Superintendencia de Industria y Comercio no probó que la sociedad INGENIERÍA DE BOMBAS y **EXPERTOS INGENIEROS S.A.S** hayan realizado las siguientes actividades relacionadas con la colusión: (i) intercambio de información sensible sobre las posturas que cada oferente; (ii) abstención o no presentación de propuestas; (iii) retiro de las ofertas presentadas; (iv) presentación de propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) organización para repartirse los contratos a lo largo del tiempo"*<sup>77</sup>, deben realizarse las siguientes consideraciones.

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el fundamento del carácter restrictivo que se le atribuye a la colusión es que constituye un comportamiento ilegal por su objeto, siendo una conducta que se constituye por sí misma anticompetitiva y constitutiva de un acto ilegal.

En segundo lugar, la función de la autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. Así pues, en el caso concreto se demostró la existencia de:

**(i) Evidencia que demuestra que los sancionados han tenido relaciones colaborativas, personales y comerciales en el pasado, en un contexto de cercanía y similitud en el funcionamiento de INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS.**

**(ii) Evidencia de que entre las empresas sancionadas era habitual la coordinación en diferentes etapas de procesos de selección. Al respecto se encontró que intercambiaban información relacionada con cotizaciones y ofertas; gestionaban conjuntamente la recopilación de los**

<sup>75</sup> Bailey, David. Common Market Law Review, *Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600, 2012. UK. Pp. 566-567.

<sup>76</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

<sup>77</sup>Folio 1031 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

documentos necesarios para su presentación, como es el caso de las pólizas de seriedad; presentaban observaciones de manera conjunta para modificar las condiciones de los pliegos de condiciones; y ejecutaban conjuntamente los procesos de licitación donde alguno resultara adjudicado.

(iii) Una conducta colusoria entre **INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS**, en los trece (13) procesos de selección que fueron objeto de investigación, que correspondió a un esquema de coordinación y colaboración a través del cual los sancionados en sus diferentes etapas, entre otros, coordinaban: (i) la elaboración de las propuestas, por ejemplo a través de la solicitud conjunta de las pólizas de garantía; la entrega de documentos con errores idénticos; la entrega del mismo catálogo de productos a pesar de no ser requerido; tablas de contenido semejantes, identidades en propuestas económicas; incluso se encontró que las autoridades contratantes identificaban los mismos errores en las propuestas o hacían el mismo requerimiento etc.; (ii) la presentación de las ofertas; (iii) la presentación de observaciones en el mismo sentido; (iv) la presentación de respuestas similares a requerimientos de las entidades contratantes. Adicionalmente, se observó que la conducta de los sancionados durante la etapa preliminar evidenció, con base en el artículo 241 del Código General del Proceso, un indicio por parte de estos de querer ocultar la comisión de la conducta reprochada.

En tercer lugar, contrario a lo dicho por **EXPERTOS INGENIEROS** sobre que no se probó la realización de las siguientes actividades relacionadas con la colusión: (i) *intercambio de información sensible sobre las posturas que cada oferente*; (ii) *abstención o no presentación de propuestas*; (iii) *retiro de las ofertas presentadas*; (iv) *presentación de propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-*; (v) *organización para repartirse los contratos a lo largo del tiempo*. Este Despacho reitera, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, que las actividades que indica el impugnante no son de obligatoria demostración al no ser taxativas para la ocurrencia de colusión. Al respecto, estas son actividades que, entre otras, permiten identificar a proponentes en colusión:

*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 oferente<sup>78</sup>; (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 tiempo<sup>79</sup>; y (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas. (Subraya fuera de texto original)*

Así pues, no es necesario probar que en un caso ocurrió alguna de esas actividades por no ser una lista taxativa ya que, se reitera, estos son ejemplos de actividades identificadas por la Superintendencia, gracias a su propia experiencia, a través de las cuales pueden identificarte proponentes en colusión.

Con base en lo anterior, la sana crítica y el análisis realizado del material probatorio, es posible reiterar que el esquema de coordinación y colaboración entre **INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS** como una conducta de colusión en procesos de licitación representa diversos efectos negativos para otros proponentes, el Estado, el mercado y la comunidad en general. Así, genera efectos negativos para: (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

<sup>78</sup>Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 83037 de 2014 y 20639 de 2015.

<sup>79</sup>Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 40901 de 2012 y 53979 de 2012.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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 irreparable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos<sup>80</sup>.

Por lo anterior, se desestiman los argumentos de los recurrentes.

### 3.6. Consideraciones frente a los argumentos relacionados a una supuesta falsa motivación

**EXPERTOS INGENIEROS**, en el marco de los argumentos que expuso sobre los elementos subjetivos de la conducta, señaló que:

*“La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en falsa motivación al expedir la Resolución recurrida, porque: (i) no tuvo en cuenta ni valoró debidamente todas las pruebas; (ii) le otorgó un valor probatorio superior a algunas evidencias; (iii) efectuó interpretaciones extensivas y analógicas en materia sancionatoria; (iv) incurrió en una vulneración de los derechos fundamentales; y, (v) existe duda razonable en todos los fundamentos esgrimidos”<sup>81</sup>.*

Sobre esta manifestación, con lo expuesto hasta este punto se ha podido evidenciar que el análisis de la evidencia fue en conjunto y basado en la sana crítica. En este orden de ideas, se valoraron todas las pruebas con las que se contó en el Expediente, cosa distinta es, como ya quedó evidenciado, que los sancionados aportaron pruebas de manera extemporánea por lo que al no ser valoradas no se vulnera ningún derecho fundamental a diferencia de lo que es alegado. Por otro lado, no es posible desacreditar el valor de la prueba indiciaria, además que se contó con evidencia sólida de un comportamiento coordinado entre los sancionados (por ejemplo, las identidades económicas o la presentación conjunta de observaciones y respuestas a las entidades contratantes).

Ahora bien, dentro de la manifestación realizada por **EXPERTOS INGENIEROS** no se aportan argumentos ni pruebas que soporten que “efectuó interpretaciones extensivas y analógicas en materia sancionatoria” o que “existe duda razonable en todos los fundamentos esgrimidos”. En este orden de ideas, el Despacho no comparte lo señalado por la defensa sobre el particular. Lo anterior, no solo porque a partir del análisis de la Resolución Sancionatoria es evidente que la Superintendencia demostró de una forma organizada y precisa el esquema anticompetitivo de coordinación y cooperación entre los sancionados sino porque la defensa no soporta con ejemplos específicos, pruebas ni argumentos sus afirmaciones. El Despacho llama la atención respecto a que si un abogado realiza un cargo tan delicado como el de la falsa motivación debería soportarlo con un mayor rigor.

Por lo anterior, se desestiman los argumentos de los recurrentes.

### 3.7. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con el uso de facilidades comunes

**INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** señalaron que las similitudes en las propuestas se presentaron porque se trata de formatos y plantillas, por lo cual son procedimientos, métodos y formas de utilización de facilidades comunes. En idéntico sentido **EXPERTOS INGENIEROS** señaló que los indicios como mismas identidades en los formatos de algunos documentos de las ofertas, los catálogos de los productos ofrecidos y los nombres de los documentos integrantes de las ofertas, hacen referencia a métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes en los cuales las sociedades **EXPERTOS INGENIEROS** e **INGENIERÍA DE BOMBAS** coincidían al presentar algunas propuestas.

<sup>80</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3008 de 2019.

<sup>81</sup> Folio 1031R del cuaderno público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, toda vez que este mismo argumento fue presentado por los recurrentes en sus observaciones al Informe Motivo, este Despacho se permite reiterar lo expuesto en la Resolución Sancionatoria sobre el particular:

*"la Superintendencia de Industria y Comercio se ha referido al concepto de facilidad común presente en el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 en la Resolución No. 91153 de 2018, en la que señaló:*

*"Al respecto, hay que recordar que el numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992 dispone una de las excepciones establecidas en la ley para la aplicación del régimen de libre competencia, a saber, los acuerdos que recaigan sobre procedimientos, métodos, sistemas y formas de utilización de facilidades comunes.*

*En este sentido, es importante mencionar que esta Superintendencia ha sido enfática en reconocer que para la aplicación de la mencionada excepción es indispensable la existencia de una facilidad común, entendida esta última como cualquier bien o servicio que, no perteneciendo privativamente a uno o más competidores, puede ser utilizado por diversos actores en un mismo mercado". (Subraya fuera de texto).*

*Posición también sustentada en la Resolución No. 23890 de 2011 donde esta Superintendencia manifestó:*

*"Por último, de acuerdo con el texto en cuestión, para que se configure la tercera excepción deben confluir principalmente dos elementos. Como primera medida, no se trata de cualquier acuerdo entre agentes económicos, debe demostrarse la presencia de procedimientos, sistemas y formas de utilización de un determinado bien o servicio. En segunda instancia, dicho bien o servicio debe ser considerado como una facilidad común en el mercado, concepto que no puede ser confundido con el de facilidad esencial al que ya se ha referido este Despacho en el presente acto administrativo, descartando su aplicación en el caso bajo estudio.*

*En efecto, al no existir una definición económica de facilidad común, es necesario acudir al sentido literal de las palabras que componen el concepto. De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la palabra "común" hace referencia a una cosa "Que no siendo privativamente de nadie, pertenece o se extiende a varios" (Subrayado). De esta manera, se deduce que aquellas facilidades, entendidas como bienes o servicios, sobre los que puede versar la excepción a la que se acude, son utilizadas de manera general por diversos actores de un mismo mercado y no pertenecen privativamente a alguno o algunos de ellos.*

*La anterior interpretación está acorde con el contexto normativo en donde se encuentra la excepción, ya que como se afirmó anteriormente cada uno de los escenarios planteados en el artículo 49 tienen como denominador común la búsqueda de eficiencias para todos los competidores y consumidores de un sector, representada en avances tecnológicos, normas o estándares y medidas y, por supuesto, la utilización de facilidades comunes". (Subraya fuera de texto).*

*Con base en lo expuesto, las observaciones presentadas no prosperan porque la evidencia expuesta de lejos permite sustentar que el esquema anticompetitivo de ninguna manera buscó generar eficiencias para todos los competidores y consumidores, por lo cual las plantillas y formatos empleados en este no son facilidades comunes."<sup>82</sup>*

Adicionalmente, este Despacho aclara que el uso de formatos dispuestos por las entidades contratantes no es objeto de reproche ni per se evidencia de colusión, lo que se encontró en el caso particular es que las sancionadas en el uso de formatos en los procesos de selección: (i) allegaban los mismos formatos incluso cuando estos no eran dispuestos por la entidad contratante<sup>83</sup>; (ii) incurrían en los mismos errores ortográficos y mostraban similitudes en la redacción y conjugación

<sup>82</sup> Folio 928 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

<sup>83</sup> Folio 94 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de las palabras<sup>84</sup>; (iii) en algunos formatos se encontró además de una redacción similar rastros de copiado y pegado evidenciados por un cambio en la fuente del texto<sup>85</sup>; (iv) en el proceso **SGA-AB-14 de 2018** adelantado por la **SECRETARÍA GENERAL DE LA ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ**, los archivos PDF correspondientes a las propuestas económicas de **INGENIERÍA DE BOMBAS y EXPERTOS INGENIEROS** presentan el mismo cambio en el formato de las celdas de valor unitario ofertado para el mantenimiento preventivo, las cuales en el formato dispuesto por la entidad contratante presentan un fondo azul<sup>86</sup>.

Por lo anterior, se desestiman los argumentos de los recurrentes.

### 3.8. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones

**INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** manifestaron que la sanción impuesta es desproporcionada y exagerada y que la misma, en conjunto con la pandemia COVID-19, llevaría a que la empresa fuera liquidada. Sobre los criterios de dosificación, la sancionada manifestó que (i) la sanción representa un porcentaje muy alto del patrimonio de la empresa (100% del mismo); (ii) se impuso la más alta gravedad respecto de la afectación de la conducta al mercado; (iii) debe tenerse en cuenta que la empresa nunca ha sido sancionada, de modo que no ha reiterado falta alguna ante esta Superintendencia; (iv) siempre ha colaborado en todas las etapas procesales de la presente actuación administrativa, hecho que arbitrariamente no ha sido tomado en cuenta por la Autoridad; y (v) la empresa nunca ha actuado de mala fe o de manera deshonestamente.

En primer lugar, debe destacarse que **INGENIERÍA DE BOMBAS** e **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO** no aportaron a esta Superintendencia información financiera actualizada que permita sustentar los argumentos presentados, relacionados con que la cuantía de la sanción implicaría que la empresa deba ser liquidada, o que la misma represente el 100% de su patrimonio. Por el contrario, con la información financiera más actualizada disponible en el Expediente, correspondiente a 2018, pudo determinarse que la sanción impuesta representó el 12% de su patrimonio líquido y menos del 10% de sus ingresos operacionales, lo que estaría significativamente lejos de representar una sanción confiscatoria. En este sentido, al no existir información que respalde lo afirmado por la sancionada, no encuentra este Despacho razón suficiente para revisar el monto de la sanción por dicha razón.

Ahora bien, tampoco se encuentra sustento en la afirmación referente a que, en relación con el impacto de la conducta en el mercado, "*la gravedad se me impulso la más elevada, la más alta, las más costosa*". No obstante lo anterior, lo cierto es que, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, sí se acreditó que el comportamiento desplegado por los investigados generó efectos anticompetitivos en trece (13) procesos de contratación relacionados con labores de mantenimiento y reparación especializada de diferentes tipos de maquinaria y equipo eléctrico de entidades públicas tales como **HOSMIL**, el **DAPRE**, la **ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ**, entre otros, razón por la cual desconocer que tuvo un impacto significativo en los diferentes mercados afectados no es un argumento que pueda prosperar.

Ahora bien, sobre la reiteración de la conducta, toda vez que este Despacho reconoce, tal y como lo afirma el investigado, que **INGENIERÍA DE BOMBAS** no ha tenido antecedentes de infracciones al régimen de protección de la libre competencia, dicho criterio no fue tenido en cuenta como agravación de la sanción impuesta a la empresa, como puede evidenciarse en la dosificación de su sanción contenida en la Resolución Sancionatoria. En este sentido, el argumento presentado resulta irrelevante.

<sup>84</sup> Folio 194 del cuaderno público No. 2 del Expediente; **SECOP II** – Proceso LP-015-2018 HOSMIL UAPL.

<sup>85</sup> Tal fue el caso del documento "*cronograma y materiales*" disponible en **SECOP II** – Proceso LP-015-2018 HOSMIL UAPL o el documento "*alcance*" obrante en Folio 94 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

<sup>86</sup> **SECOP II** - Proceso SGA-AB-14-2018.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por último, sobre la conducta procesal, debe aclararse que responder a los requerimientos realizados por esta Superintendencia, así como ejercer su derecho de defensa y contradicción de manera adecuada, no puede interpretarse como un atenuante a las sanciones impuestas, pues su comportamiento procesal apenas se limitó a cumplir con sus obligaciones legales, con lo cual aportar documentos y responder a los requerimientos es apenas lo que se espera de cualquier agente en el marco de una investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia.

Sin embargo, evadir a las preguntas de la autoridad, no acudir a su llamado en el marco de una visita administrativa teniendo rol de representante legal de la empresa, no haber acudido a las declaraciones decretadas mediante Resolución No. 62827 de 2019 ni presentar excusas válidas ante las inasistencias, sí resultan ser comportamientos procesalmente reprochables, tal y como se detalló en la Resolución Sancionatoria. Por lo anterior, no es cierto que **INGENIERÍA DE BOMBAS** haya colaborado en todas las etapas procesales de la investigación, razón por la cual, en términos agregados, su conducta fue valorada como negativa y dicho criterio fue tenido en cuenta para graduar su sanción, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Por lo anterior, el argumento será rechazado.

Por todo lo anterior, este Despacho confirmará la sanción impuesta a **INGENIERÍA DE BOMBAS**.

Por otro lado, **EXPERTOS INGENIEROS** manifestó que esta Superintendencia, al imponer su sanción, no valoró el impacto de la conducta sobre el mercado pues no probó que la misma era anticompetitiva. En su concepto, la regla *per se* no exime a la Autoridad del deber de probar el objeto o el efecto anticompetitivo de la conducta. Así, indicó que no es posible la aplicación de una responsabilidad de naturaleza objetiva, pues además de encontrarse proscrita de la jurisprudencia del derecho administrativo sancionador, de acuerdo con el régimen de protección de la libre competencia, la Superintendencia de Industria y Comercio debe demostrar que la conducta investigada restringe, limita o afecta la competencia.

El anterior argumento no es de recibo para este Despacho pues, como ya se manifestó, a lo largo de la Resolución Sancionatoria se presentaron múltiples pruebas que acreditaron la existencia de un esquema de coordinación y colaboración entre los sancionados en las diferentes etapas de trece (13) procesos contractuales en seis (6) entidades públicas, todos ellos por un valor aproximado de 4.500 millones de pesos. Entre las conductas reprochadas se encuentra la elaboración conjunta de las propuestas, la presentación coordinada de observaciones y respuestas a requerimientos. Es así como se evidencia, sin lugar a dudas, que el comportamiento de las empresas sí afectó la libre competencia que se espera en este tipo de procesos en los que, a la postre, siempre alguna de las dos empresas investigadas resultó adjudicataria del contrato.

En este mismo sentido, también deben descartarse los argumentos esgrimidos por **EXPERTOS INGENIEROS** según los cuales no son ciertos ni el beneficio que se endilga obtuvo con la conducta ni su grado de participación pues no se demostró una ejecución de la estrategia anticompetitiva por parte de la empresa, en tanto resulta evidente que dicha estrategia sí se encuentra suficientemente probada.

Por otro lado, **EXPERTOS INGENIEROS** indicó que la empresa siempre estuvo presta a atender los requerimientos de la Superintendencia, es así como la información contable, administrativa y comercial fue remitida en la medida en que se iba recaudando, razón por la cual debe tenerse en cuenta que presentó una conducta procesal positiva. Al respecto, este Despacho sostiene lo manifestado a **INGENIERÍA DE BOMBAS**, por lo cual tampoco es de recibo el argumento para esta empresa.

Finalmente, **EXPERTOS INGENIEROS** también apeló a cambios en su situación financiera entre 2018, año para el que se contaba con la última información financiera disponible en el expediente al momento de dosificar la sanción, y 2020. Para tal fin, indicó que aportaría como pruebas su balance general y su estado de pérdidas y ganancias a 31 de julio de 2020, así como certificados soporte de sus obligaciones y créditos. No obstante lo anterior, esta Superintendencia encontró que

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la empresa **no** aportó la documentación para soportar su situación financiera actual, razón por la cual no existe fundamento suficiente para realizar un proceso de re dosificación de la sanción.

Por lo anterior, se desestiman los argumentos de los recurrentes.

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

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todos sus partes la Resolución No. 35082 del 6 de julio de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: RECONOCER** personería jurídica a **LUIS GONZALO ARDILA GAMBOA**, mayor de edad, identificado con C.C. No. 80.213.836 y portador de la Tarjeta Profesional No. 221.607 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de **INGENIERIA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S.** y de **INGRID PATRICIA PEÑA ARGANGO** en la presente actuación administrativa, en los términos y para los efectos del poder sustituido.

**ARTÍCULO TERCERO: RECONOCER** personería jurídica a **VALERÍA ANDREA GAMARRA PENAGOS**, mayor de edad, identificada con C.C. No. 1.013.623.189 y portadora de la Tarjeta Profesional No. 219.140 del Consejo Superior de la Judicatura para actuar en nombre y representación de **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ** y de **JUAN FRANCISCO GACHARNÁ DÍAZ** en los términos y para los efectos de los poderes otorgados y la revocación realizada en estos.

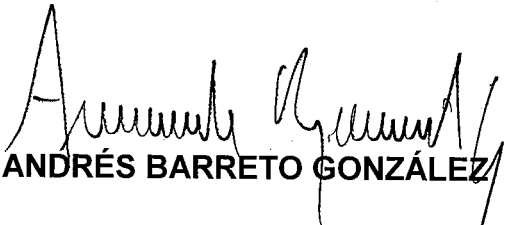
**ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR** el contenido de la presente Resolución a **INGENIERÍA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S.**, identificada con NIT 900.152.368 – 1; **EXPERTOS INGENIEROS S.A.S.**, identificada con NIT 900.150.067 - 0, **JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.396.063, **JUAN FRANCISCO GACHARNÁ DÍAZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.522.188, **CINDY LORENA GACHARNÁ HURTADO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.023.920.479, y **INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.960.994, entregándoles copia de la decisión, e informándoles que en su contra no proceden recursos.

**ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR** el contenido de la presente Resolución a a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** identificada con el NIT. 800.152.783-2, **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** identificada con el NIT. 900.514.813-2, **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA** identificada con el NIT. 899.999.067-2, **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** identificada con el NIT. 899.999.119-7 y a **POWER SUN S.A.S.** identificada con el NIT 900.098.348-3., entregándoles copia de la decisión, e informándoles que en su contra no proceden recursos.

### NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 11 SEP 2020

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

  
ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**NOTIFICAR:****EXPERTOS INGENIEROS S.A.S.**

NIT. 900.150.067 - 0

**CINDY LORENA GACHARNÁ HURTADO**

C.C. 1.023.920.479

**JOSÉ ALFREDO GACHARNÁ DÍAZ**

C.C. 79.396.063

**JUAN FRANCISCO GACHARNÁ DÍAZ**

C.C. 79.522.188

Apoderado

**VALERIA ANDREA GAMARRA PENAGOS**

C.C. 1.013.623.189

T.P. 219.140

[valeria25gamarra@gmail.com](mailto:valeria25gamarra@gmail.com)**INGENIERÍA DE BOMBAS Y PLANTAS S.A.S.**

NIT. 900.152.368 - 1

**INGRID PATRICIA PEÑA ARANGO**

C.C. 51.960.994

Apoderado

**LUIS GONZALO ARDILA GAMBOA**

C.C. 80.213.836

T.P. 221.607

[jaramillo11steven@gmail.com](mailto:jaramillo11steven@gmail.com)**COMUNICAR:****FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

NIT. 800.152.783 - 2

Diagonal 22 B No. 52 - 01 (Ciudad Salitre)

Bogotá D.C.

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

NIT. 900.514.813 - 2

Carrera 7 No. 26 - 20 Pisos 8, 10, 17 y 23

[recepcion@colombiacompra.gov.co](mailto:recepcion@colombiacompra.gov.co)

Bogotá D.C.

**CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**

NIT. 899.999.067 - 2

Carrera 69 No. 44 - 35

[cgr@contraloria.gov.co](mailto:cgr@contraloria.gov.co)

Bogotá D.C.

**PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

NIT. 899.999.119 - 7

Carrera 5 No. 15 - 80

Bogotá D.C.

**POWERSUN S.A.S.**

NIT. 900.098.348 - 3

Calle 70 C No. 56 B - 20

Bogotá D.C.

