

DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Grupo Élite contra Colusiones

INFORME MOTIVADO

VERSIÓN ÚNICA

Radicación 15-81527

Caso “COCORNÁ”

2017

EQUIPO RESPONSABLE:

FRANCISCO MELO RODRÍGUEZ
Coordinador Grupo Élite contra Colusiones

JORGE DIEGO FORERO GONZÁLEZ
Abogado

DANIEL EDUARDO LONDOÑO DE VIVERO
Abogado

MARÍA MANUELA PALACIO VILLARREAL
Abogada

DOUGLAS FERNANDO MORENO MAPE
Economista

Contenido:

1. Imputación	4
2. Defensa de los investigados	7
2.1. NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ.....	7
2.2. MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA.....	8
2.3. HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ	9
2.4. AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. y OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA.....	10
3. Etapa probatoria	10
4. Fundamentos de la recomendación.....	11
4.1. Relación de contexto entre NELSON PEÑA, MARTÍN RESTREPO y GPR... 11	
4.2. El papel de HERNANDO LANCHEROS y AJUSTEC	22
4.3. Casos en los que se puede apreciar la dinámica de trabajo de los investigados	26
4.4. La estrategia de los investigados.....	31
4.5. El comportamiento coordinado de los investigados en el marco del proceso MCO 005-2014	37
4.6. Responsabilidad de los investigados	41
5. Recomendación	45
5.1. Sobre los agentes del mercado	45
5.2. Sobre las personas vinculadas con los agentes del mercado.....	46

INFORME MOTIVADO

Radicación: 15-81527

INVESTIGADOS:

Agentes del mercado:

- **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. (AJUSTEC)**, identificada con NIT. 810.004.716-1.
- **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ (NELSON PEÑA)**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.977.831.
- **MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA (MARTÍN RESTREPO)**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 72.005.111.
- **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ (HERNANDO LANCHEROS)**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.260.302.

Personas vinculadas con los agentes del mercado:

- **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.260.302, representante del **CONSORCIO OBRAS 2014**.
- **OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA (OLGA VELÁSQUEZ)**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 64.554.742, representante legal de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** y representante del **CONSORCIO EDIFICACIONES 2014**.

1. Imputación

Mediante la Resolución No. 59027 de 2016¹ la Delegatura para la Protección de la Competencia (la Delegatura) ordenó la apertura de investigación y formuló pliego de cargos contra **NELSON PEÑA** y **AJUSTEC**, integrantes del consorcio **EDIFICACIONES 2014**, y contra **MARTÍN RESTREPO** y **HERNANDO LANCHEROS**, integrantes del consorcio **OBRAS 2014**, para determinar si infringieron la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 e incurrieron en el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por su actuación en el marco del proceso de selección **MCO 005-2014**, adelantado por el **FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO (FONADE)**.

El sustento de la imputación estuvo fundado en una serie de elementos indiciarios que evidenciarían una posible colusión en el marco del proceso de selección en cuestión, entre los que se pueden destacar los siguientes:

En primer lugar, como se aprecia en el acta que se presenta a continuación, las propuestas de los consorcios que integraron las personas investigadas fueron entregadas al **FONADE** el mismo día, con solo un minuto de diferencia, y por la

¹ Folios 802 a 809 del cuaderno público No. 5.

misma persona, **ANDRÉS LEGUIZAMÓN CARVAJAL**. El acta correspondiente se aprecia en seguida²:

REPUBLICA DE COLOMBIA
FONDO FINANCIERO DE PROYECTOS DE DESARROLLO - FONADE

PROYECTO
"LA TERMINACIÓN AULA ESCOLAR EN LA VEREDA EL CHOCO EN EL MUNICIPIO DE COCORNA - ANTIOQUIA"

REGISTRO DE ENTREGA DE OFERTAS
MCO 005-2014

FECHA 7 de mayo del 2014 DEL TIEMPO 08:00 AM AL 08:00 PM

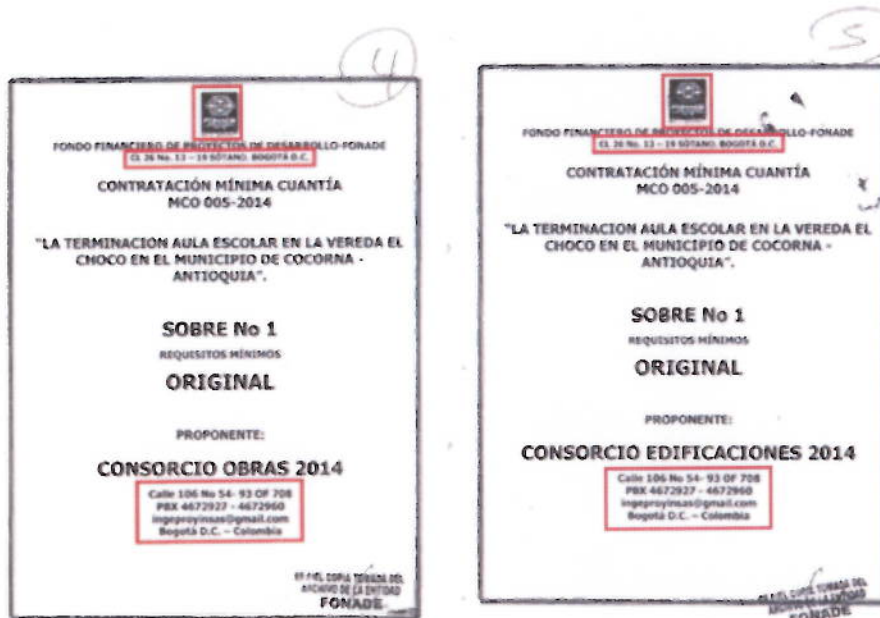
PROYECTOS RESPONSABLE: JORGE ESCOBAR MARTINEZ

Información de los oferentes				Información de las ofertas				Información de los valores					
Nº	FECHA	NOMBRE	Nº DE OFERTA	NOMBRE DEL OFERTANTE	DIRECCIÓN	TELÉFONO	NOMBRE DEL REPRESENTANTE LEGAL	Categoría Presentación	Valor	Valor # 2	Valor # 3	Valor # 4	Valor # 5
14/03/14	8:33	Z		NAP Construcciones S.A.S	CL 16 No. 42-49	326 3344	Hector Díaz	si	si	59	si		5684
14/03/14	8:36	Z		MGM Ingeniería SAS	OF 408	8050007	Jimmy Amaya	si	si	51	si		2258
14/03/14	8:52	Z		Hector Tenorio Hernandez	21 de junio	8514001	Hector Tenorio	si	si	22	si		3486
14/03/14	8:54	L		CONSORCIO OBRAS 2014	308	4672927	Andrés Leguizamón	si	si	-	si		9330
14/03/14	8:58	Z		CONSORCIO EDIFICACIONES 2014	1078	4672960	Andrés Leguizamón	si	si	-	si		9197

Andrés Leguizamón
Hernán Daza

En segundo lugar, los documentos contentivos de las propuestas de los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014** tenían similitudes en elementos como las portadas, cartas de presentación, certificaciones y las propuestas propiamente dichas, similitudes que incluían aspectos como los marcos, diseños, logos incorporados, contenidos formales, información de contacto de los proponentes y errores de ortografía.

Un ejemplo de la circunstancia descrita se aprecia en las portadas que se presentan a continuación³:



² Folio 20 del cuaderno público No. 1 en la carpeta MCO-005-2014, archivo 4233_2014031908094428 REGISTRO ENTREGA DE OFERTAS, ACTA DE FINALIZACIÓN Y ACTA DE AUDIENCIA DE CIERRE.pdf

³ Folios 24 y 77 del cuaderno público No. 1.

En tercer lugar, las pólizas de seriedad que los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014** presentaron en el proceso de selección que interesa en este caso fueron expedidas el mismo día, por la misma aseguradora, en la misma sucursal y a través del mismo intermediario⁴. La información contenida en esos documentos se aprecia en el siguiente cuadro:

Tabla No. 1: Similitudes en las pólizas de garantía de seriedad de las propuestas

Tipo de Garantía	Aseguradora	Fecha de expedición	Sucursal	Código	Intermediario
Garantía de seriedad de la propuesta OBRAS 2014	SURAMERICANA	18 de marzo de 2014	Oficina 2614	13204	DPS ASESORES LTDA.
Garantía de seriedad de la propuesta EDIFICACIONES 2014	SURAMERICANA	18 de marzo de 2014	Oficina 2614	13204	DPS ASESORES LTDA.

Elaboración SIC de información obrantes en los folios 50 y 99 del cuaderno público No. 1

En cuarto lugar, durante la declaración que rindió en el curso de la etapa de averiguación preliminar **NELSON PEÑA** admitió que fue él quien elaboró las propuestas que presentaron **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014** en el marco del proceso de selección *MCO 005-2014*, lo que se encuentra corroborado por dos aspectos. El primero de ellos es que los documentos denominados “*FORMATO 7 NP.xls.*” y “*FORMATO 7 mr.xls.*”, que corresponden a la “*OFERTA ECONÓMICA*” que presentaron los referidos consorcios, así como el documento denominado “*Formato 8*”, referente al “*ANÁLISIS DETALLADO DEL AIU*” que presentaron esas estructuras plurales, cuentan con nombres similares y fueron creados, guardados y modificados el mismo día por la misma persona, esto es, “nelson”⁵. Esta circunstancia se aprecia en los siguientes cuadros⁶:

Tabla No. 2: Análisis de metadatos dispositivo CD-R 1

Dispositivo Cd-R 1 EDIFICACIONES 2014	
Nombre del archivo	FORMATO 7 NP.xls
Autor	Jbuitrag
Última vez guardado por	nelson
Fecha de creación	18/03/2014 08:38:24 p.m. (2014-03-19 01:38:24 UTC)
Fecha de modificación	18/03/2014 08:38:24 p.m. (2014-03-19 01:38:24 UTC)
Hash MD5	647d8833c0c588af48dd3f532f000ae2
Hash SHA1	a60819a65d7af8453c2e15ba12c6ae3abb84a820
Tamaño físico	160256 B
Tamaño lógico	160256 B
Tipo de archivo	Excel 2000

Elaboración SIC de información obrante a folio 771 del cuaderno público No. 5 del expediente.

Tabla No.3: Análisis de metadatos dispositivo CD-R 2

Dispositivo Cd-R 1 OBRAS 2014	
Nombre del archivo	FORMATO 7 mr.xls
Autor	Jbuitrag
Última vez guardado por	nelson
Fecha de creación	18/03/2014 08:03:20 p.m. (2014-03-19 01:03:20 UTC)
Fecha de modificación	18/03/2014 08:03:20 p.m. (2014-03-19 01:03:20 UTC)
Hash MD5	5e2945c4e8e4047e3c8b445707299252
Hash SHA1	A2235c12aeb78293770789ede77478aee95bc083
Tamaño físico	160256 B
Tamaño lógico	160256 B
Tipo de archivo	Excel 2000

Elaboración SIC de información obrante a folio 772 del cuaderno público No. 5 del expediente.

⁴ Folios 50 y 99 del cuaderno público No. 1.

⁵ Folio 806 del cuaderno público No. 5.

⁶ Folio 806 del cuaderno público No. 5.

El otro aspecto que corrobora la declaración anotada consiste en que en el equipo de cómputo de **NELSON PEÑA** se hallaron los formatos de las propuestas entregadas por los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** en el proceso de selección *MCO 005 de 2014*⁷.

Finalmente, **NELSON PEÑA** también admitió que independientemente de cuál de los dos consorcios referidos resultara adjudicatario en el proceso de selección que interesa en este caso, ya fuera **OBRAS 2014** o **EDIFICACIONES 2014**, la ejecución del contrato estaría a cargo de **GPR INGENIERÍA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A.S. (GPR)**, una sociedad en la que los únicos accionistas eran **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO**.

Literalmente el declarante afirmó lo siguiente:

“DESPACHO: No importa cuál de los dos se lo gane lo va a manejar acá...”

NELSON PEÑA: Sí claro.

DESPACHO: En GPR.

NELSON PEÑA: Claro, porque es que nosotros hablamos con AJUSTEC INGENIERÍA, señores AJUSTEC ¿ustedes manejan el contrato? Me dicen no NELSON, realmente a nosotros no nos interesa, ustedes manejen esa vaina. ¿Sí? MARTÍN le dice, nos podemos presentar esta opción con ustedes señor HERNANDO LANCHEROS, obviamente ellos son conocedores, bueno sí presentémonos entonces, listo no hay problema”⁸.

De otra parte, con la Resolución No. 59027 de 2016 también se formuló pliego de cargos contra **HERNANDO LANCHEROS** y **OLGA VELÁSQUEZ**, en su calidad de representantes de los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014**, para establecer si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

2. Defensa de los investigados

En este capítulo se presentan los argumentos que los investigados formularon en el término de traslado respecto de la imputación que elaboró la Delegatura, así como los que fueron presentados durante la audiencia realizada con fundamento en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

2.1. NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ

En sus descargos el investigado formuló los siguientes argumentos:

a) **NELSON PEÑA** admitió que él elaboró y presentó ante el **FONADE** las propuestas de los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014**.

Para explicar su afirmación **NELSON PEÑA** afirmó que junto con **MARTÍN RESTREPO** son los únicos accionistas de **GPR**, una sociedad mediante la cual participan en procesos de selección contractual. Agregó que para el proceso *MCO 005-2014* ninguna de las tres personas referidas cumplía las condiciones para participar, motivo por el cual **MARTÍN RESTREPO** decidió presentarse con

⁷ Folio 806 reverso del cuaderno público No. 5.

⁸ Folio 599 del cuaderno público No. 4 (TESTIMONIO_NELSON_PEÑA.wav minuto 32:10).

HERNANDO LANCHEROS, mientras que **NELSON PEÑA** hizo lo propio con **AJUSTEC**. El investigado adujo que elaboró y presentó la oferta de la estructura plural en la que él participó y que, por solicitud de **MARTÍN RESTREPO**, en la medida en que no encontró ningún problema en colaborar, se encargó también de elaborar y presentar la propuesta de la estructura plural que su socio conformó con **HERNANDO LANCHEROS**.

b) El investigado aclaró que nunca se puso de acuerdo con **MARTÍN RESTREPO** para efectos de presentar dos propuestas en el proceso *MCO 005-2014* y que, adicionalmente, **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** ni siquiera se conocen, de manera que no habrían podido participar en una colusión como la que fue imputada en este caso.

c) **NELSON PEÑA** agregó que los investigados no tenían como propósito engañar a ninguna persona involucrada en el proceso de selección y que, en cualquier caso, el comportamiento materia de investigación no pudo afectar la competencia. En sustento de esta última afirmación adujo que el período de preparación de la oferta fue de un solo día, que el mecanismo de adjudicación fue determinado aleatoriamente sin que la entidad contratante o los proponentes pudieran manipular sus resultados, que el margen de las propuestas fue determinado de manera autónoma por el **FONADE** y que, además, el bajo valor del contrato, que apenas alcanzaba los \$70'000.000, hacía que el negocio no fuera atractivo para muchas personas, ya que solo se presentaron 5 propuestas.

d) **NELSON PEÑA** sostuvo que él nunca afirmó que, independientemente de cuál de los dos consorcios cuyas ofertas elaboró hubiera resultado adjudicatario del contrato, en todo caso la ejecución correspondiente la habrían llevado a cabo a través de **GRP**. Según el investigado, su afirmación no estaba referida específicamente al proceso *MCO 005-2014*, sino a todos los contratos en los que ha participado. Adicionalmente, aclaró que lo que dijo fue que *“todos los contratos siempre los hemos ejecutado con mi socio”*.

e) El investigado solicitó que, en caso de que se considerara que incurrió en un comportamiento ilegal, se tuvieran en cuenta en este asunto las circunstancias de atenuación de la sanción previstas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

De otra parte, durante la audiencia realizada con apoyo en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 reiteró los argumentos de defensa expuestos y agregó que existió una mala interpretación de esta situación respecto de la controversia que suscitó la desatención de la orden de exhibición de documentos formulada por la Delegatura. Según el investigado, lo que sucedió fue que *“(...) el contador en ese momento se le solicitó la información y no nos la había entregado a la mano”*⁹.

2.2. MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA

En sus descargos el investigado formuló los siguientes argumentos:

a) **MARTÍN RESTREPO** también admitió que fue **NELSON PEÑA** quien elaboró y presentó ante el **FONADE** las propuestas de los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014**, aunque adujo que esa circunstancia no tuvo lugar porque los investigados hubieran celebrado algún acuerdo restrictivo de la libre competencia económica.

Sobre el particular, el investigado reconoció que junto con **NELSON PEÑA** son los únicos accionistas de **GPR**, que ninguna de las tres personas cumplía los

⁹ Folio 1078 del cuaderno público No. 6 (minuto 38:44).

requisitos de experiencia para participar en el proceso *MCO 005-2014* y que por esa razón “se requería un acuerdo consorcial con otras firmas (...) que pudieran permitir cumplir las exigencias en el referido proceso”. **MARTÍN RESTREPO** agregó que, en consecuencia, participó en el proceso con **HERNANDO LANCHEROS**, quien se limitaría a suscribir los documentos y aportar su experiencia, y que “entregó todos los documentos, soportes y requerimientos de **FONADE** al señor **NELSON PEÑA** para que elaborara técnica y económicamente la propuesta en su integridad del consorcio entre **MARTÍN RESTREPO** y el señor **LANCHEROS**”.

No obstante lo anterior, **MARTÍN RESTREPO** adujo que solo después del “cierre del proceso” se enteró de que **NELSON PEÑA** también había presentado una propuesta para un consorcio que ese investigado había conformado con **AJUSTEC**. Sobre esa base, afirmó que no puede considerarse que participó en una colusión debido a que nunca autorizó la presentación de dos propuestas similares elaboradas por **NELSON PEÑA** ni participó en esa actividad.

b) **MARTÍN RESTREPO** afirmó que el comportamiento materia de investigación no fue idóneo para afectar la libre competencia económica en el marco del proceso *MCO 005-2014*. Sobre el particular, alegó que el proceso tuvo una duración demasiado corta, que no se impidió la entrada de ningún proponente y que todos los aspectos relevantes en ese proceso, como el margen de las ofertas, el mecanismo de adjudicación y el valor del contrato, fueron determinados por la entidad contratante sin que existiera la posibilidad de que ninguno de los oferentes los alterara.

c) El investigado argumentó que la configuración de un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica requiere la concurrencia de un elemento volitivo y de la potencialidad de que el comportamiento analizado pudiera generar un daño al bien jurídico tutelado. Sobre esa base, afirmó que nunca tuvo la intención de participar en una colusión debido a que no tenía conocimiento de que **NELSON PEÑA** fuera a participar en el proceso de selección *MCO 005-2014* y que su conducta no generó un daño real al Estado, al **FONADE** o a alguno de los proponentes que se presentaron a ese proceso.

De otra parte, durante la audiencia realizada con apoyo en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 **MARTÍN RESTREPO** reiteró los argumentos de defensa expuestos y agregó el siguiente:

d) En concepto de **MARTÍN RESTREPO** la decisión consistente en aplicar la sanción procesal prevista en los artículos 267 y 268 del Código General del Proceso (CGP) es incorrecta, pues la Delegatura no tuvo en consideración que los investigados en ningún momento pretendieron ocultar documento alguno, sino que el inconveniente radicó en la mala comunicación que han tenido con el contador que presta sus servicios a **GPR**, **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**, quien no entregó oportunamente la información contable¹⁰. A lo expuesto agregó que, como la Delegatura consideró que las excusas formuladas por **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** no fueron coincidentes, no era legítimo pretender que esas alegaciones coincidieran de manera textual¹¹.

2.3. HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ

En sus descargos el investigado formuló los siguientes argumentos:

¹⁰ Folio 1078 del cuaderno público No. 6 (minutos 16:07 y 16:40).

¹¹ Folio 1078 del cuaderno público No. 6 (minuto 21:24).

a) Afirmó que para la época del proceso de selección *MCO 005 de 2014* tenía un acuerdo comercial de carácter verbal con **GPR**, “representada por el ingeniero *Martín Alejandro Restrepo*”, para presentarse mediante consorcios en los procesos de selección en los que cumplieran los requisitos técnicos y económicos para participar. Precisó que su función en esa dinámica se limitaba a entregar certificaciones de su experiencia y suscribir los documentos de la propuesta, esto es, a poner “a disposición del consorcio proponente su experiencia (...)”, mientras que “**GPR** corría con la ejecución de la propuesta, teniendo plena autonomía de presentar una propuesta lógica y siguiendo los parámetros de las Entidades Contratantes”.

b) En relación con el caso objeto de investigación **HERNANDO LANCHEROS** afirmó que se limitó a aportar su experiencia, que nunca dio instrucciones para que la propuesta del consorcio del que tomó parte presentara una oferta coordinada con la de otro proponente y que revisó la oferta correspondiente sin encontrar “algo fuera de lo común”. Al respecto, agregó que no conoce ni ha tenido relación alguna con **AJUSTEC** ni con otro proponente dentro del proceso que interesa en este caso, de manera que no podría afirmarse que participó en una dinámica de colusión en esa oportunidad.

De otra parte, durante la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 reiteró los argumentos expuestos en su escrito de descargos y agregó que a la fecha no existe prueba alguna que evidencie su participación en una colusión, más que los indicios que ya fueron rebatidos en el curso del proceso¹².

2.4. AJUSTEC INGENIERÍA LTDA. y OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA.

En sus descargos formularon los siguientes argumentos:

Los investigados explicaron que **AJUSTEC** participó en el proceso *MCO 005-2014* con **NELSON PEÑA** porque tenía interés en “...recibir una utilidad económica sin necesidad de intervenir en la ejecución de un posible contrato...”, para lo cual se comprometió a “...prestar o ceder la experiencia de *Ajustec Ingeniería* para poder participar en el proceso de selección”. Agregaron que confiaban plenamente en el trabajo de **NELSON PEÑA** por la experiencia laboral que habían tenido en negocios anteriores y que, debido a ello, desconocieron la intención que tenía de presentar otra propuesta con contenido similar para otro proponente. Sobre este aspecto, recordaron que **NELSON PEÑA** admitió, durante la declaración que rindió en el marco de la visita administrativa de inspección, que realizó las dos propuestas que interesan en este caso y que **AJUSTEC** no participó en el desarrollo del proceso de selección.

Por último, los investigados afirmaron que su intención y conducta en el proceso *MCO 005 de 2014* se ciñó al principio de buena fe.

3. Etapa probatoria

Mediante la Resolución No. 22909 del 3 de mayo de 2017¹³, la Delegatura decretó las pruebas de oficio y las solicitadas por los investigados que consideró útiles, pertinentes y conducentes. La totalidad de las pruebas decretadas fueron practicadas, salvo aquellas de las que se prescindió mediante Resolución No. 39735 de 2017¹⁴.

¹² Folio 1078 del cuaderno público No. 6 (minuto 35:05).

¹³ Folio 881 a folio 885 del cuaderno público No. 6.

¹⁴ Folios 1062 a 1063 del cuaderno público No. 6.

4. Fundamentos de la recomendación

Teniendo en cuenta el contenido de la imputación y de las defensas de los investigados, lo primero que se debe decir es que en este caso está demostrada la coordinación entre los proponentes **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014** en el marco del proceso *MCO 005-2014*. En efecto, además de que las pruebas relacionadas en la resolución de apertura de la investigación y formulación de pliego de cargos lo acreditan, todos los investigados, sin excepción, admitieron esa circunstancia.

El asunto que se encuentra en discusión, entonces, consiste en determinar si la coordinación ya acreditada podría ser imputable a **MARTÍN RESTREPO**, de un lado, y a **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC**, del otro. Recuérdese, sobre el particular, que **MARTÍN RESTREPO** afirmó que la elaboración coordinada de las propuestas tuvo lugar sin su conocimiento y sin su aprobación, mientras que los otros dos investigados alegaron que su función dentro de los consorcios **EDIFICACIONES 2014** y **OBRAS 2014** se limitó a prestar su experiencia y que no tuvieron participación en la determinación de las ofertas.

Como se pasa a explicar, las excusas descritas deben ser desestimadas. Al respecto, en este caso quedó demostrado que los investigados constituyeron un sistema de colaboración que consistía –entre otras características– en presentar varias propuestas en los procesos de selección en los que pudieran participar como aparentes competidores con el propósito de incrementar sus probabilidades de resultar adjudicatarios de los contratos correspondientes. Adicionalmente, se probó que la actuación de **NELSON PEÑA** en el marco del proceso *MCO 005-2014*, lejos de haber tenido lugar a espaldas de los demás investigados, fue solo una muestra más del cumplimiento del rol que ese investigado desempeñaba en el marco del sistema de colaboración referido.

Con el propósito de sustentar la conclusión anotada, se presentará el material probatorio que da cuenta de la relación de contexto entre los investigados y del sistema de colaboración que constituyeron. Más adelante, con fundamento en los valiosos elementos de juicio que pueden extraerse de ese ejercicio de contextualización, se analizará el comportamiento de los investigados en el marco del proceso de selección materia de investigación.

4.1. Relación de contexto entre **NELSON PEÑA**, **MARTÍN RESTREPO** y **GPR**

De conformidad con lo anunciado, en este aparte la Delegatura presentará los aspectos más relevantes de la relación de contexto que existió entre los investigados referidos.

4.1.1. En este proceso se demostró que **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** tienen una estrecha relación y que son los accionistas de **GPR**.

En relación con estos aspectos, durante sus declaraciones –que aparecen corroboradas con el certificado de existencia y representación correspondiente– **NELSON PEÑA**¹⁵ y **MARTÍN RESTREPO**¹⁶ afirmaron que el origen de su relación se remonta al año 2009, cuando ambos trabajaron con **OMAR RAFAEL PERTÚZ RESTREPO**. Agregaron que, posteriormente, durante el año 2010 tomaron la decisión de trabajar como profesionales independientes y que, con ese propósito, constituyeron la sociedad **GPR** mediante documento privado de 22 de noviembre

¹⁵ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minutos 7:15, 8:17 y 16:53).

¹⁶ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 12:21 y 14:02).

de 2010¹⁷, inscrito el 23 de noviembre siguiente en la Cámara de Comercio de Bogotá.

Como se puede apreciar mediante una revisión del objeto social de **GPR** reportado en el registro mercantil, así como con las declaraciones de sus accionistas, la actividad económica a la que se dedica la persona jurídica referida es igual a la que, para lo que resulta relevante en este caso, desarrollan **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO**. De conformidad con el certificado de existencia y representación de la compañía su objeto social incluye las siguientes actividades:

“(...) prestar tanto en el país como en el exterior servicios de consultoría, asesoría técnica y económica. Diseño, interventoría y construcción de obras en las diversas ramas de la ingeniería, arquitectura y del medio ambiente; gerencia, planeación y desarrollo de proyectos, planeación y desarrollo de obras de montaje o construcción; prestación de servicios de ingeniería básica y de detalle, afines con la ingeniería civil, la arquitectura y demás ingenierías”¹⁸.

Es importante resaltar, con fundamento en la declaración de los investigados y, entre otros, los documentos que hacen parte del proceso *MCO 005-2014*, que **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** participan en procesos de selección como personas naturales en razón de su profesión como ingenieros civiles –lo cual está acreditado mediante las tarjetas profesionales que aportaron¹⁹– y, adicionalmente, que en aquellos eventos en los que no cumplen las condiciones para participar directamente, se presentan a los procesos de selección mediante la sociedad **GPR** que, por lo tanto, es utilizada de manera subsidiaria por sus accionistas. Así lo manifestó **NELSON PEÑA** en la declaración que rindió durante la etapa probatoria de este proceso:

*“Bueno, dado que hasta ahora estamos adquiriendo experiencia, no tenemos mucha experiencia como ingenieros civiles, el ingeniero **MARTÍN RESTREPO** es persona natural independiente, tiene sus documentos para licitar ante el Estado, de igual manera **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** también es ingeniero civil independiente y cuenta con sus documentos, que en caso tal de que no nos podamos presentar a ciertas licitaciones optamos porque [GPR], que es la empresa en la cual hacemos parte, presente algunas propuestas o satisfaga unas necesidades de la entidad que esté requiriendo el servicio mediante licitaciones públicas”²⁰.*

4.1.2. En este caso, con fundamento en la declaración que **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** rindieron durante la etapa probatoria de este proceso, se encontró demostrado que, en aquellos eventos en los que **GPR** participaba en procesos de selección, la planeación, elaboración y presentación de las propuestas correspondientes eran actividades desarrolladas por los investigados referidos de conformidad con un sistema de distribución de funciones que aprovechaba la experiencia de cada uno.

Con base en el sistema de distribución de funciones que ha sido referido, **MARTÍN RESTREPO** se encargaba de manejar los aspectos técnicos. En ese sentido, durante la etapa precontractual su función consistía en analizar elementos básicos y preliminares del proyecto –zonas, objeto, vías de acceso y duración–, mientras que al momento de ejecutar el contrato se encargaba de coordinar los profesionales en obra, estar al tanto de los comités y atender los requerimientos técnicos que eventualmente hiciera la entidad contratante. **NELSON PEÑA**, por su parte, se encargaba de cumplir funciones de carácter administrativo, de manera

¹⁷ Folio 656 del cuaderno público No. 3.

¹⁸ Folio 657 del cuaderno público No. 5.

¹⁹ Folios 41 y 82 del cuaderno público No. 1.

²⁰ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 13:04).

que durante la etapa precontractual se encargaba de actividades como elaborar las propuestas y establecer su valor económico, mientras que, en caso de que obtuvieran la adjudicación de los contratos correspondientes, durante su ejecución sería el encargado del manejo administrativo del proyecto.

Sobre el particular, durante su declaración **NELSON PEÑA** afirmó lo siguiente:

*“Como representante legal de **GPR** el ingeniero **MARTÍN RESTREPO** desarrolla toda la parte técnica de los proyectos, él es el que se encarga de coordinar los profesionales en obra, estar pendiente de los comités, atender requerimientos de las entidades, técnicos, el tema técnico”²¹.*

Por su parte, **MARTÍN RESTREPO** declaró:

*“**MARTÍN RESTREPO**: Pues yo soy la persona que maneja en la disciplina en que me desarrollo yo manejo la parte técnica, esa es mi competencia y mi función”²².*

(...)

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

***MARTÍN RESTREPO**: No, en las elaboraciones no. Yo veo algún proceso y yo lo que, el alcance mío, digámoslo así, es mirar zonas, objeto, vías de acceso, costo, duración, digamos que unos parámetros básicos”²³.*

*“**DESPACHO**: Indique a este Despacho, ¿cuál es la función de **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** dentro de **GPR INGENIERÍA PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA S.A.S.**?”*

***MARTÍN RESTREPO**: Pues él tiene también a cargo, o es decir su competencia es netamente administrativa”²⁴.*

(...)

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

***MARTÍN RESTREPO**: **NELSON** pues arma licitaciones, el tema contable, el tema de salud, de parafiscales, mensajería, es decir cuando hay que llevar correspondencia, recibir, etc. (...)”²⁵.*

4.1.3. En este caso quedó probado que el sistema de distribución de funciones que **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** utilizaban cuando participaban en procesos de selección mediante **GPR**, se replicaba de manera idéntica en aquellos eventos en los que participaban de manera independiente respecto de su socio, ya fuera en forma individual o a través de alguna figura asociativa con terceros.

Sobre el particular, las declaraciones de los investigados que han sido referidos dan cuenta de que cuando **MARTÍN RESTREPO** se presentaba de manera individual o mediante una figura asociativa con un tercero **NELSON PEÑA** era

²¹ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 15:08).

²² Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minutos 13:08).

²³ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 16:03).

²⁴ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 13:35).

²⁵ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:19:48). Lo anterior fue reiterado por **NELSON PEÑA** en declaración obrante a folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 22:35).

quien siempre elaboraba las propuestas correspondientes. Al respecto **MARTÍN RESTREPO** manifestó:

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

MARTÍN RESTREPO: Igual, de la misma manera.

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

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

DESPACHO: ¿Quién prepara la propuesta en el aspecto económico cuando es MARTÍN quien se va a presentar a un proceso de selección contractual?”

MARTÍN: NELSON²⁶.

(...)

“DESPACHO: Y, ¿por qué se da esa dinámica de colaboración con NELSON?”

MARTÍN RESTREPO: *Porque NELSON es además de mi amigo es mi socio.*

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

MARTÍN RESTREPO: *Sí, sí correcto²⁷.*

La declaración citada aparece corroborada con la que rindió **NELSON PEÑA**²⁸ quien, entre otras cosas, afirmó que en los eventos que ahora se analizan –esto es, cuando **MARTÍN RESTREPO** participaba de manera individual o con un tercero– **MARTÍN RESTREPO** se limitaba a manifestarle su intención de participar en un determinado proceso para que fuera **NELSON PEÑA** quien elaborara la propuesta y, en particular, estableciera el valor de la oferta económica correspondiente.

De la misma forma, en aquellos eventos en los que **NELSON PEÑA** participaba en procesos de selección de manera individual o mediante figuras asociativas con terceros la dinámica que ha sido expuesta se mantenía. Así lo manifestó **MARTÍN RESTREPO** durante su declaración:

“DESPACHO: Cuando NELSON PEÑA va a presentar propuesta de manera independiente, o en algún tipo de estructura plural, con personas diferentes a usted y a GPR, ¿le comenta a usted o le pide algún tipo de asesoría?”

²⁶ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 33:17). Lo anterior concuerda con lo manifestado por **NELSON PEÑA** en declaración obrante a folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minutos 37:02, 37:27, 37:40, y 1:28:02).

²⁷ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minutos 28:31).

²⁸ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:28:30).

MARTÍN RESTREPO: *En algunas ocasiones, no es, vuelvo y te insisto no es una regla pues, de que los procesos estén sujetos a un concepto preliminar del uno o del otro, no, no.*

DESPACHO: *Y, ¿en qué temas?*

MARTÍN RESTREPO: *Por lo menos lo mío es lo técnico. Lo mío es lo técnico, si usted tiene experiencia en interventorías de edificaciones de orden educativo, por ejemplo, y el área es de tanto, esa área construida vale tanto, está localizada en tal sitio.*

DESPACHO: *En materia de costos o utilidades, ¿le ha pedido algún tipo de concepto el señor NELSON PEÑA a usted?*

MARTÍN RESTREPO: *Bajo el esquema que te mencioné desde el principio de ese breve concepto, como también te lo dije ahorita sí. De pronto cuánto puede costar el metro cuadrado de consultoría en Casanare, por ejemplo”²⁹.*

Como se puede apreciar, la dinámica de colaboración y distribución de funciones que **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** empleaban cuando participaban en procesos de selección mediante **GPR** era la misma que esos investigadores desarrollaban en aquellos eventos en los que aparentaban competir en ese tipo de procesos. Por lo tanto, es posible concluir que incluso en esos casos en los que los investigadores concurrían en un mismo proceso de selección seguían utilizando su esquema de colaboración.

La circunstancia descrita permite aclarar un punto trascendental para este caso. Consiste en que, teniendo en cuenta las condiciones de contexto que se han resaltado, el hecho de que **MARTÍN RESTREPO** no participara en la labor específica de elaborar la propuesta –es decir, en las tareas de conseguir los documentos, organizarlos, fijar la oferta económica, etc.– no puede ser considerado como un factor suficiente para concluir que ese investigador no participó en el proceso de selección o para concluir que el contenido de las ofertas que habría elaborado **NELSON PEÑA** no podría serle imputable a **MARTÍN RESTREPO**.

En efecto, la participación de **MARTÍN RESTREPO** en los procesos de selección se dio en el nivel y las condiciones que le correspondían de conformidad con la distribución de funciones que, junto con **NELSON PEÑA**, establecieron en el esquema de colaboración que constituyeron. Esa participación –según se explicó– aunque no incluía actividades como la de elaborar la oferta, sí comprendía actividades como la identificación de los procesos en los que los investigadores podrían participar y la determinación de los aspectos técnicos, entre otras. En consecuencia, es claro que si **MARTÍN RESTREPO** no participó en la tarea de elaborar la oferta no fue porque estuviera desvinculado del esquema de colaboración, sino porque de conformidad con ese sistema esa labor correspondía a su socio, mientras que él desarrollaba las propias.

Es importante aclarar que la Delegatura entiende que en los momentos previos a los procesos de contratación es frecuente e irreprochable que los competidores indaguen sobre la posibilidad de constituir mecanismos de asociación que les permitan participar en el proceso correspondiente. Ese tipo de comportamientos, por supuesto, son considerados legítimos. Lo que no podría considerarse legítimo es la configuración de un sistema en el que esos acercamientos no persigan la finalidad descrita, sino que sean desarrollados para presentar ofertas que, aunque lucen independientes, en realidad son coordinadas y tienen la idoneidad para distorsionar la operación del mecanismo de selección.

²⁹ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:00:42).

4.1.4. Un factor adicional que corrobora la actividad coordinada y premeditada que se ha descrito consiste en que, como se pasa a explicar, las actividades comerciales que **GRP, NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** desarrollaban de manera independiente se llevaban a cabo mediante el mismo personal, con los mismos proveedores y en la misma sede.

a) Las pruebas recaudadas en el marco de esta actuación administrativa evidencian que, para la época en que tuvo lugar el proceso *MCO 005-2014* y al menos hasta el año 2016, **GPR, NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** utilizaban los servicios del contador **LIBARDO DE JESÚS ORTIZ RICO**.

La circunstancia anotada se acredita con las certificaciones Mipyme que acompañaron las propuestas de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, pues ambos documentos fueron suscritos por el referido contador. Así mismo, ese aspecto está corroborado con las declaraciones que los investigados **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** rindieron durante esta actuación administrativa.

Sobre el particular, **MARTÍN RESTREPO** afirmó lo siguiente:

“DESPACHO: ¿Cómo es el manejo de la contabilidad de **GPR INGENIERÍA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**?

MARTIN RESTREPO: ¿Qué quiere decir el manejo? ¿Quién la maneja?

DESPACHO: Sí.

MARTIN RESTREPO: Un contador público.

DESPACHO: ¿Cómo se llama?

MARTIN RESTREPO: **LIBARDO ORTIZ RICO**.

DESPACHO: ¿Y dónde se lleva la contabilidad?

MARTIN RESTREPO: **LIBARDO ORTIZ RICO**.

DESPACHO: No dónde, quién. ¿**LIBARDO** va a la oficina de **GPR**?

MARTIN RESTREPO: Exactamente, si **LIBARDO** solicita una documentación y se le entrega, ¿quién le entrega? Pues **NELSON**³⁰.

(...)

“DESPACHO: Como persona natural, ingeniero civil con una profesión liberal, ¿lleva usted contabilidad?

MARTIN RESTREPO: Sí claro.

DESPACHO: ¿Con qué contador la lleva?

MARTIN RESTREPO: Con **LIBARDO ORTIZ RICO** también³¹.

(...)

³⁰ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 21:09). Esto fue reiterado por **NELSON PEÑA** en declaración obrante en folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minutos 11:28 y 28:18).

³¹ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 30:02).

“DESPACHO: Cuando usted participa en procesos de selección, cuando usted participa en consorcios mediante los cuales están ejecutando contratos, ¿cómo es el manejo de la contabilidad?

MARTIN RESTREPO: Se hace desde Bogotá. **NELSON** dentro de su función administrativa tiene esa actividad. O sea, él se encarga de manejar el tema contable, porque él es administrativo.

DESPACHO: ¿De los consorcios suyos?

MARTIN RESTREPO: Sí, correcto³².

(...)”.

Por su parte, el investigado **NELSON PEÑA** aseveró lo siguiente:

“DESPACHO: En su condición de persona natural contratista que participa en procesos de selección contractual, ¿usted lleva contabilidad como persona natural?

NELSON PEÑA: Eh, sí, también me la lleva el señor **LIBARDO ORTIZ**, pues como soy persona natural régimen simplificado pues no estoy obligado a llevar contabilidad, pero sin embargo yo llevo el record pues de mis gastos y de mis cosas, de mi estado contable y también lo llevaba hasta el año 2016 el señor **LIBARDO ORTIZ**³³.

Es pertinente resaltar que **LIBARDO ORTIZ RICO**, además de haber sido el contador de **MARTÍN RESTREPO**, **NELSON PEÑA** y **GPR**, era quien llevaba la contabilidad de los consorcios que resultaran adjudicatarios en los que se encontrara como integrante cualquiera de las tres personas mencionadas.

b) En este caso se acreditó que **GPR**, **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** también compartían los servicios del mensajero **ANDRÉS LEGUIZAMÓN CARVAJAL**. Adicionalmente, existen pruebas que demuestran que el mensajero llegó a apoyar a **NELSON PEÑA** en asuntos administrativos de la participación de los investigados en los procesos de selección, como lo son la foliación o la actividad de armar los sobres con las propuestas correspondientes. Esa participación de **ANDRÉS LEGUIZAMÓN CARVAJAL** dentro de la organización del negocio de los investigados encuentra sustento en el contrato de trabajo que celebró con **GPR**³⁴ y, adicionalmente, en lo que afirmó **MARTÍN RESTREPO** durante la declaración que rindió durante la visita administrativa de inspección.

El investigado afirmó lo siguiente:

“ANDRÉS LEGUIZAMÓN bajo nómina y lo que él hace es ser mensajero, ya la experiencia porque ya él está con nosotros alrededor de tres años, ya pues **ANDRÉS** ha sabido cómo es el proceso, y él busca en el computador la información mientras que de pronto **NELSON** no se encuentra en la oficina, busca información, la imprime, la organiza, eso básicamente, o como ustedes miraron cuando entramos que vieron la mesa unos documentos, él también le

³² Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 30:55).

³³ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 32:06).

³⁴ Folios 532 a 535 del cuaderno público No. 3. Esto fue reiterado por: **NELSON PEÑA** en declaración obrante en folio 599 del cuaderno público No. 4 (TESTIMONIO_NELSON_PEÑA.wav minuto 24:35), **HERNANDO LANCHEROS** en declaración obrante en folio 1050 del cuaderno público No. 6 (minuto 33:28) y por **ANDRÉS LEGUIZAMÓN** en declaración obrante en folio 599 del cuaderno público No. 4 (TESTIMONIO_ANDRES_LEGUIZAMON.mp3 minuto: 5:43).

ayuda a **NELSON** en la parte de algunos informes a imprimir información y a organizar³⁵.

La afirmación transcrita fue corroborada por **NELSON PEÑA** al rendir declaración durante la etapa probatoria de este proceso³⁶.

c) Para las actividades de carácter comercial que **GPR, MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** desarrollaban de manera independiente se valían del mismo intermediario de seguros, que era **DPS ASESORES LTDA.**, representado por **DILMA ELMA PEÑA SÁNCHEZ**. Es importante anotar que el contacto con el intermediario lo mantenía **NELSON PEÑA** quien, como ya se estableció, estaba encargado de la parte administrativa dentro del esquema de colaboración que ha sido expuesto.

En relación con este punto, durante la declaración que rindió en esta actuación **NELSON PEÑA** afirmó lo siguiente:

*“DESPACHO: Y cuando es el ingeniero **MARTÍN RESTREPO** el que se va a presentar, ¿ella también tramita?”*

***NELSON PEÑA:** De igual manera yo sirvo de puente para poderle facilitar al ingeniero **RESTREPO** que le expidan sus pólizas, pues en los procesos que determine. Pero obviamente pues yo soy el que conoce al corredor de seguros.*

DESPACHO: ¿Y en qué consiste esa facilitación?

***NELSON PEÑA:** No, en llamar y contactarla que mi socio en ese momento necesita presentar una licitación con x, determinada persona y que necesita expedirle la póliza. Esa es la facilitación.*

DESPACHO: O sea, ¿usted llama y pide la póliza por él?

***NELSON PEÑA:** Sí³⁷.*

La afirmación transcrita está corroborada mediante correos electrónicos que evidencian que, para los procesos en los que se presentaba **MARTÍN RESTREPO** en consorcio con algún tercero, quien solicitaba las pólizas a **DILMA ELMA PEÑA SÁNCHEZ** era **NELSON PEÑA** desde su correo electrónico nelsonro25@gmail.com. A continuación se presenta uno de ellos, remitido el 29 de enero de 2014 y que tiene como asunto “Solicitud de Pólizas Fonade”³⁸:

³⁵ Folio 599 del cuaderno público No. 4 (TESTIMONIO_MARTIN_ALEJANDRO_RESTREPO.mp3 minuto 10:13).

³⁶ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minutos 11:00).

³⁷ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minutos 1:10:46).

³⁸ Folio 630 Y 635 del cuaderno público No. 4. Path: 01_DPS_ASESORES.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS\dilmapseguros@gmail.com descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Importantes/Solicitud de Polizas Fonade

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

Buena Tarde Sra Dilma

Agradezco su colaboración con la expedición de estas dos pólizas.

Gracias

NP

--
--

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

Los archivos anexos al mensaje transcrito corresponden a las solicitudes para la expedición de pólizas que en el marco del proceso de selección No. OPC 003 de 2014, que también adelantó el FONADE, presentaron los consorcios **MARSELLA 2014** –integrado por **NELSON PEÑA** y **AJUSTEC**– y **RISARALDA 2014** –integrado por **MARTÍN RESTREPO** y **HERNANDO LANCHEROS**–.

d) Las propuestas que presentaba **GPR, MARTÍN RESTREPO** o **NELSON PEÑA**, bien fuere de manera individual o como integrantes de una estructura plural, eran realizadas en la sede de la referida persona jurídica. Esta circunstancia se encuentra acreditada mediante la declaración de los investigados.

Al respecto **NELSON PEÑA** afirmó lo siguiente:

***“DESPACHO:** Al inicio de su declaración usted refirió que eventualmente habían coincidido en algunos procesos **MARTÍN** en consorcio o en unión temporal con alguien más y **NELSON**, o sea usted, con otra empresa en unión temporal o consorcio. Cuando se van a presentar de esta forma, ¿dónde se elaboran las propuestas?*

***NELSON PEÑA:** En la oficina, en mi dirección de notificación, carrera 70B 5-40, que es la oficina.*

***DESPACHO:** Es la misma sede...*

***NELSON PEÑA:** Que coincide con la sede de **GPR INGENIERÍA DE PROYECTOS DE INFRAESTRUCTURA**”³⁹.*

4.1.5. En este proceso existen pruebas suficientes para concluir que el sistema de colaboración que estructuraron **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO**, que se ha venido analizando, estaba caracterizado por un elemento adicional de especial

³⁹ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:00:29). Esto fue reiterado por **MARTÍN RESTREPO** en declaración obrante a folio 599 del cuaderno público No. 4 (TESTIMONIO_MARTIN_ALEJANDRO_RESTREPO.mp3 minuto 26:07).

importancia para este caso: independientemente de cuál de los dos socios obtuviera la adjudicación, parte de la ejecución del contrato correspondiente sería subcontratada al socio que no hubiera resultado favorecido en el proceso de selección.

La conclusión anotada encuentra sustento en las declaraciones que rindieron los investigados. Sobre ese aspecto **NELSON PEÑA** afirmó lo siguiente:

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

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

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

NELSON PEÑA: Sí...

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

NELSON PEÑA: Correcto.

DESPACHO: ¿Y viceversa?

NELSON PEÑA: Es correcto⁴⁰.

MARTÍN RESTREPO, por su parte, confirmó el contenido de la declaración que ha sido transcrita. Sobre ese tema manifestó lo siguiente:

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

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

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

MARTÍN RESTREPO: Pues bueno, él es autónomo y en algunas ocasiones pues ocurre que él me subcontrate el tema técnico, pero no es una regla a cumplir⁴¹.

La conclusión anotada encuentra un sustento adicional en la sanción procesal que, mediante Resolución No. 39735 de 2017⁴², se impuso a los investigados **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** con fundamento en el artículo 267 del CGP.

⁴⁰ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:32:25).

⁴¹ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minutos 38:52).

⁴²Folios 1062 a 1063 del cuaderno público No. 6.

Recuérdese, sobre el particular, que la inspección judicial con exhibición de documentos decretada en este proceso tuvo como objeto el de acreditar el contenido y las características de la relación entre **MARTÍN RESTREPO, NELSON PEÑA** y **GPR** con el fin de identificar si se extendía a la determinación coordinada de las ofertas y a la participación conjunta en la ejecución de los contratos en los que cualquiera de esas personas resultara adjudicataria⁴³. Por lo tanto, dado que –como se explicó en la referida Resolución No. 39735 de 2017– los investigados se abstuvieron injustificadamente de exhibir los documentos objeto de la prueba, es claro que se hace procedente la sanción procesal consistente en que se tienen por ciertos los hechos que se pretendían demostrar con la inspección practicada, esto es, que el sistema de colaboración de los investigados hacía irrelevante cuál de los dos ganaba cada proceso debido a que el ganador subcontrataría al perdedor para el desarrollo del contrato.

4.1.6. En este proceso está demostrado que la circunstancia consistente en que **NELSON PEÑA** presentara propuestas para participar en procesos de selección en los que también participaba **MARTÍN RESTREPO** mediante ofertas elaboradas por aquel investigado, lejos de corresponder a una situación aislada, ocurrió en múltiples ocasiones debido a que era propia de la relación de contexto de **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**.

En relación con esto **NELSON PEÑA** manifestó lo siguiente:

“DESPACHO: Revisado el portal de FONADE, se puede evidenciar que la participación fue así: por un lado el consorcio MARSELLA 2014 integrado por AJUSTEC INGENIERÍA y usted y del otro lado el consorcio RISARALDA 2014 conformado por MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA y HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ. La misma conformación de lo que pasa en el proceso MCO 005-2014. Usted puede explicarle a este Despacho que en más de una ocasión se hubieran presentado en idéntica forma consorciados con los mismos socios cuando uno de ustedes, NELSON, el otro MARTÍN, y a los mismos procesos con los mismos socios. ¿Tiene alguna explicación?

NELSON PEÑA: No, él ve sus oportunidades profesionales y yo veo mis oportunidades profesionales y pues él determina presentarse a determinado proceso y yo también. Pues casualmente nos dio de que, uhhmmm, era el mismo proyecto pero pues ya, esa fue la connotación que se presentó. Pues obviamente partiendo de que somos profesionales liberales entonces ejercer nuestra profesión liberalmente e independiente”⁴⁴.

(...)

“DESPACHO: MARTÍN le ha hecho alguna referencia cuando se entera, usted nos ha informado que él no se ha dado cuenta cuando usted se va a presentar.

NELSON PEÑA: Eh, no señor.

DESPACHO: Cuando se encuentra que usted está como competidor en el proceso, y con un precio más competitivo, ¿él le manifiesta algo?

NELSON PEÑA: No, no señor, no presenta inconvenientes porque pues yo tengo la capacidad técnica de poder establecer pues los valores que se ajusten a las condiciones del contrato”⁴⁵.

El aspecto fáctico anotado evidencia que era usual que **NELSON PEÑA** presentara una propuesta propia en procesos de selección en los que **MARTÍN**

⁴³ Cfr. Resolución No. 22909 de 2017, obrante a folios 881 a 885 del cuaderno público No. 6.

⁴⁴ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:23:08).

⁴⁵ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:44:23).

RESTREPO también actuaba como proponente. Así mismo, acredita que también era habitual que **NELSON PEÑA** participara en esos procesos sin darle a **MARTÍN RESTREPO** un aviso previo y específico para cada caso sobre su intención de actuar como proponente en esos procesos.

No obstante lo anterior –y como ya fue aclarado en este informe–, esas circunstancias no pueden interpretarse en el sentido de que a **MARTÍN RESTREPO** no le es imputable la actuación que en esos casos desplegó **NELSON PEÑA** pues, como ya quedó explicado, en esos eventos este investigado no actuó a espaldas de aquel, sino precisamente en ejercicio de la función que le correspondía en el marco del sistema de colaboración que estructuraron.

4.1.7. Todo lo expuesto hasta este punto permite concluir que entre **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** existió una estrecha relación en el marco de la cual estructuraron un esquema de colaboración que estaba encaminado a promover su participación en procesos de selección como aparentes competidores para obtener la adjudicación del mayor número de contratos posibles.

4.2. El papel de **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC**

Precisado el contenido de la relación de contexto que existió entre **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**, corresponde ahora analizar la relación que esos investigados constituyeron con **HERNANDO LANCHEROS** y con **AJUSTEC**.

4.2.1. En este proceso quedó demostrado que **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** participaban en figuras asociativas con **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** en aquellos eventos en los que no reunían los requisitos de experiencia necesarios para participar en procesos de selección.

En lo que atañe al propósito de la práctica referida es pertinente resaltar que, como lo admitieron **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** durante sus declaraciones, ellos “no [tienen] mucha experiencia como ingenieros civiles”⁴⁶ y, en lo que respecta a **GPR**, para la época del proceso **MCO 005-2014** era una sociedad recientemente constituida –22 de noviembre de 2010⁴⁷– que también carecía de una experiencia relevante. Acerca de esta temática, **NELSON PEÑA** afirmó durante su declaración lo siguiente:

*“Bueno, básicamente, nosotros casi siempre hemos participado como personas naturales porque **GPR** no tiene todavía la experiencia necesaria. **GPR**, en lo que lleva de trayectoria, no tiene más de 10 contratos ejecutados, o 10 o 12 contratos ejecutados en la trayectoria. Entonces, sí, utilizamos a **GPR** dependiendo de las características de la licitación, los alcances que puedan pedir o las condiciones técnicas que puedan pedir. Básicamente por eso la utilizamos, pero últimamente no la hemos utilizado y hemos participado como personas naturales independientes”⁴⁸.*

(...)

*“(...) Entonces, ¿qué hacemos?, a veces las reglas de los pliegos, y de las entidades son tan rigurosos, que no cumplimos, que él [**MARTÍN RESTREPO**] no cumple con sus condiciones y yo no cumpla con mis condiciones. Porque todavía somos muy pequeños. O sea, no tenemos la capacidad ni la experiencia para*

⁴⁶ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 13:04).

⁴⁷ Folio 656 del cuaderno público No. 3.

⁴⁸ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 14:10).

*decir, no pues si yo cumplo solo me voy solo, y si el ingeniero cumple solo pues él se presenta solo (...)*⁴⁹.

4.2.2. También se encuentra demostrado que el papel de **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** en las estructuras plurales que conformaban con **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**, respectivamente, se limitaba a entregar certificaciones sobre su experiencia y a suscribir los documentos de la propuesta. Dicho de manera simple, su función consistía en prestarle a los referidos investigados su experiencia con el ánimo de que pudieran participar en procesos de selección de los que no podrían tomar parte de manera individual. Por lo tanto, en caso de que las estructuras plurales así conformadas resultaran adjudicatarias, la ejecución del contrato correspondiente quedaría exclusivamente a cargo de **MARTÍN RESTREPO** o de **NELSON PEÑA** –que, según se explicó, posteriormente se subcontratarían uno a otro–.

A propósito de este tema y, en particular, respecto de las funciones de **HERNANDO LANCHEROS** y de **AJUSTEC** cuando participaban en procesos de selección con **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**, este último manifestó durante su declaración lo siguiente:

*“DESPACHO: ¿Cuál era el interés de **AJUSTEC** para presentarse en este proceso MCO-005-2014?*

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

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

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

DESPACHO: ¿En la parte de la ejecución tienen participación?

***NELSON PEÑA:** No, para nada. La ejecución la realizamos, la realizo yo*⁵⁰.

Este planteamiento fue ratificado por **HERNANDO LANCHEROS**, quien refirió que celebró un acuerdo con **GPR** con base en el cual se comprometió a presentarse en procesos de selección junto con esa compañía en los casos en que cumplieran los requisitos correspondientes y, además, a poner a disposición del consorcio que habría de conformarse su experiencia. Los accionistas de **GPR**, por su parte, se encargarían de realizar la propuesta y, de ser el caso, estarían también a cargo de la ejecución del eventual contrato. En su escrito de descargos **HERNANDO LANCHEROS** aseveró lo siguiente:

⁴⁹ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:18:07).

⁵⁰ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:57:07).

“Como parte del acuerdo mencionado, el suscrito colocaba a disposición del Consorcio proponente su experiencia y GPR corría con la ejecución de la propuesta, teniendo plena autonomía de presentar una propuesta lógica y siguiendo los parámetros de las Entidades Contratantes”⁵¹.

En igual sentido se pronunció **AJUSTEC**⁵², quien además refirió la motivación que tenía al participar en la dinámica que se ha descrito. En sus descargos esa investigada afirmó lo siguiente:

“Sin embargo, desde un principio el interés de Ajustec Ingeniería Ltda. y de Olga Lucía Velásquez, actuando como representante legal de ambas, únicamente era el de recibir una utilidad sin necesidad de intervenir en la ejecución de un posible contrato, como lo habían establecido con el señor Nelson Ernesto Peña, prestar o ceder la experiencia de Ajustec Ingeniería para poder participar en el proceso de selección. (...)”⁵³.

En lo que concierne al papel de **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** es importante agregar que esos investigados manifestaron de manera expresa en sus descargos que no tenían intención alguna de asumir obligaciones en la etapa contractual en caso de resultar adjudicatarios.

4.2.3. En el curso del proceso se recaudaron pruebas suficientes para concluir que la vinculación de **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** con **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**, así como el papel que en el marco de esa relación comercial ejercían aquellos investigados, correspondía con una práctica institucionalizada.

El sustento de la conclusión anotada se encuentra, en primer lugar, en que –como se presentará en un aparte posterior de este informe– esa dinámica se ha materializado en un número plural de ocasiones, durante un lapso considerable y siempre con las mismas asociaciones, esto es, **HERNANDO LANCHEROS** con **MARTÍN RESTREPO** y **AJUSTEC** con **NELSON PEÑA**. Así mismo, esa conducta está tan arraigada que, como se explicó, **HERNANDO LANCHEROS** incluso celebró un acuerdo con **GPR** y sus accionistas para ese propósito.

En segundo lugar, es importante resaltar que, al menos en concepto de **HERNANDO LANCHEROS**, los investigados **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**, así como la sociedad **GPR**, eran la misma persona. Respecto de este aspecto **NELSON PEÑA** manifestó durante su declaración lo siguiente:

*“DESPACHO: El señor **HERNANDO LANCHEROS** en su escrito de descargos que presentó oportunamente a esta Superintendencia manifestó que él tenía un acuerdo comercial verbal con **GPR**, ¿Usted conoce este acuerdo comercial?*

NELSON PEÑA: Realmente no, pues el ingeniero **MARTÍN RESTREPO**, yo distingo al ingeniero **HERNANDO LANCHEROS**, yo lo distingo, hace diez años, ¿pero vínculo comercial? Pues sí, vínculo comercial porque él nos asocia como uno sólo, ¿sí? (...) Tú le preguntas, **MARTÍN** y **NELSON**, él lo relaciona con la empresa. Él no tiene realmente la visión de que o me presento como persona natural o el ingeniero **MARTÍN** se presenta como persona natural porque muy pocas veces nos hemos presentado con [**GPR**] con el ingeniero **HERNANDO LANCHEROS** (...)”⁵⁴.

⁵¹ Folio 841 del cuaderno público No. 5. Igualmente en declaración rendida por **HERNANDO LANCHEROS** obrante a folio 1050 del cuaderno público No. 6 (minuto: 6:12).

⁵² Folio 846 del cuaderno público No. 5.

⁵³ Folio 841 del cuaderno público No. 5.

⁵⁴ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:30:09).

El carácter ya consolidado de la relación que se analiza encuentra un sustento adicional mediante las comunicaciones que se transcriben en seguida:

De un lado, puede traerse a colación el mensaje que, con asunto "Saludo", el 3 de enero de 2012⁵⁵ remitió **NELSON PEÑA** a **HERNANDO LANCHEROS**:

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

Ingeniero Hernando buenas tardes

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

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

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

la Otra es la construccion de unas placas Polideportivas en Cartagena, EJECUCIÓN DEL PROYECTO CONSTRUCCIÓN DE DOS (2) CANCHAS POLIDEPORTIVAS Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN LAS PISCINAS NO. 3 Y 6 DE LA VÍA PERIMETRAL A LA CIENAGA DE LA VIRGEN, CARTAGENA, BOLÍVAR piden un contrato que tenga mínimo 800 M2 de area en construccion de canchas deprotivas en concreto Y/o Asfalto los contratos que yo tengo de usted hay uno que tiene 750 y otro del IDRD que tiene 550 no se si lo tenga con otro contrato.

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

Agradezco su amable atencion

Att

NP

--

--
Nelson E. Peña Rodriguez.
Ingeniero Civil
Ingeproyin S.A.S.
Calle 106 # 54-93 Grupo 7, Torre 4 Of. 511
Tel: (1) 6177442 Cel: 3014339120

De otra parte, es también relevante la respuesta que al mensaje transcrito otorgó **HERNANDO LANCHEROS** a **NELSON PEÑA**⁵⁶:

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

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

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

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

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

Atte Hdo L.

Es importante llamar la atención acerca de que la percepción de **HERNANDO LANCHEROS** acerca de que **MARTÍN RESTREPO**, **NELSON PEÑA** y la sociedad de la que son accionistas son, para efectos prácticos, la misma persona, sumado al carácter institucionalizado del comportamiento que se analiza, evidencia que **HERNANDO LANCHEROS** tenía conocimiento y aceptaba la dinámica de

⁵⁵ Folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 05_GPR_INGEPROYIN_NPENA.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS\nelsonro25@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Saludo

⁵⁶ Folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 05_GPR_INGEPROYIN_NPENA.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS\nelsonro25@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: Saludo

colaboración que habían constituido **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**. Lo mismo puede decirse de **AJUSTEC** en tanto que, como se verá más adelante, ha participado reiteradamente en estructuras plurales con **NELSON PEÑA** en el marco de procesos en los que también actuaron como proponentes consorcios en los que participó **MARTÍN RESTREPO**.

Por lo pronto y hasta este punto del análisis, llama la atención de la Delegatura que la experiencia que se acredita en los procesos de selección pública termine por ser un requerimiento formal. Lo anterior como quiera que las entidades públicas no tienen garantía alguna de que el proponente que acredita la experiencia sea quien efectivamente ejecutará el contrato y contribuirá con dicho valor agregado -la experiencia- a la realización exitosa del objeto contractual. Esta práctica, en la que de antemano se sabe que quien aporta la experiencia solo lo hace con el fin de que un tercero que no la tiene resulte adjudicatario de un contrato público o pueda participar del proceso de selección, podría comprometer el principio de selección objetiva, la igualdad de condiciones de los proponentes y la libre concurrencia; sin contar con la lesión que ello representa para la debida satisfacción de las necesidades públicas que se pretenden atender por la vía del contrato público.

4.2.4. Durante el curso de la actuación administrativa se demostró un aspecto adicional de la relación de contexto que se analiza. Consiste en que, como lo declararon los investigados, una vez que **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** constituían las estructuras plurales con **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC**, respectivamente, la dinámica para la elaboración de las ofertas y para promover la participación de esos proponentes en los procesos de selección, así como la división de funciones entre **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** con ese propósito, se desarrollaba en la forma descrita en los numerales 4.1.2. y 4.1.3. de este informe.

En consecuencia, incluso cuando se asociaban con terceros **NELSON PEÑA** se encargaba de la elaboración específica de las ofertas y de los aspectos administrativos de los dos consorcios, mientras que **MARTÍN RESTREPO** tenía a cargo los aspectos técnicos de ambas propuestas. Adicionalmente, en caso de que uno de los investigados resultara adjudicatario, subcontractaba parte de la ejecución del contrato correspondiente con el otro.

4.3. Casos en los que se puede apreciar la dinámica de trabajo de los investigados

En este acápite la Delegatura, con base en la información recaudada durante las visitas administrativas de inspección desarrolladas en la sede de **GPR**⁵⁷, donde sería la eventual sede de los consorcios **OBRAS 2014**⁵⁸ y **EDIFICACIONES 2014**⁵⁹, presentará las pruebas que evidencian que en la práctica las relaciones entre los investigados se desarrollaban de conformidad con lo que ha sido descrito hasta este punto.

a) Proceso MCC 108-2012⁶⁰

En este caso el **FONADE**, en desarrollo del Convenio Interadministrativo No. 211048 suscrito con el **INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR (ICBF)**, convocó a un proceso de selección de mínima cuantía cuyo objeto fue la "**INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y DE CONTROL**

⁵⁷ Folios 506 a 516 del cuaderno público No. 3.

⁵⁸ Folios 471 a 477 del cuaderno público No. 3.

⁵⁹ Folios 488 a 494 cuaderno público No. 3.

⁶⁰ En: <https://www.fonade.gov.co/Contratos/Public/ViewContract.aspx?IdContract=3562>

PRESUPUESTAL A LOS ESTUDIOS TÉCNICOS Y DISEÑOS y LA CONSTRUCCIÓN DE UN CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL (CDI) EN EL MUNICIPIO EL DOVIO VALLE DEL CAUCA, PARA 130 CUPOS”.

En el proceso referido, que tuvo lugar entre el 26 de noviembre y el 13 de diciembre de 2012, participaron, entre otros proponentes, varios de los investigados, específicamente **NELSON PEÑA**, **AJUSTEC** y **GPR**. Estos investigados participaron de la siguiente forma:

Gráfico 1. Esquema de presentación del proceso MCC 108-2012



Elaboración SIC con información obrante a folio 579 del cuaderno público No. 3 y folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4

Como se puede apreciar, en este caso el consorcio constituido por **NELSON PEÑA** y **AJUSTEC** aparentó competir con un consorcio en el que participó **GPR**.

Ahora bien, es posible concluir que la estructura y división de funciones dentro de cada uno de los consorcios operó en la manera que ha sido descrita pues, como se aprecia en el mensaje que el 30 de noviembre de 2012 remitió **DILMA ELMA PEÑA SÁNCHEZ** –representante del intermediario de seguros **DPS ASESORES LTDA.**– a **NELSON PEÑA**⁶¹, en el que se encontraban las pólizas de seriedad de los dos consorcios, fue aquel investigado quien se encargó de gestionar el cumplimiento de ese requisito para los dos proponentes. Esa circunstancia permite deducir, con fundamento en las declaraciones que han sido referidas en este informe, que **NELSON PEÑA** también se encargó de elaborar la propuesta para los dos proponentes.

Por último, es importante resaltar que el contrato correspondiente al proceso de selección que se comenta fue adjudicado al consorcio **INGEPROYIN VALLE DEL CAUCA**, integrado por **GPR** y un tercero.

b) Proceso OCC 024-2013⁶²

En este caso el **FONADE** convocó a un proceso de selección a través de oferta cerrada⁶³, cuyo objeto fue la **“INTERVENTORÍA A LA TERMINACIÓN DE LA INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA TIPO A LOCALIZADA EN EL PREDIO LA**

⁶¹ Al respecto puede verse el correo electrónico del 30 de noviembre de 2012, con asunto PÓLIZAS DE SERIEDAD: Folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 06_GPR_INGEPROYIN.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS/ingeproynsas@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/POLIZAS DE SERIEDAD

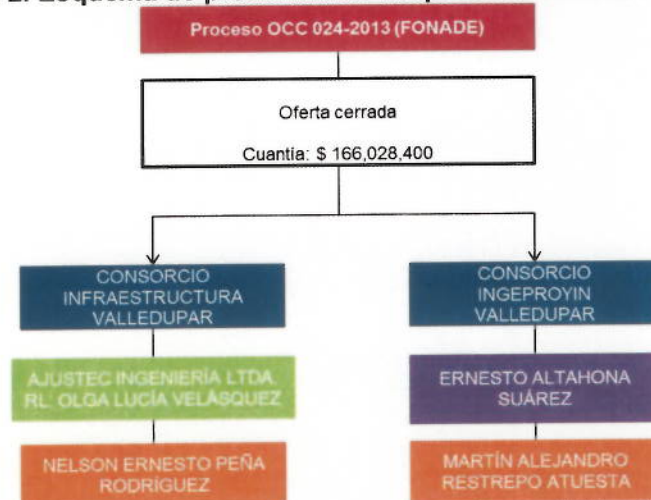
⁶² En: <https://www.fonade.gov.co/Contratos/Public/ViewContract.aspx?IdContract=3833>

⁶³ Ver numeral 6.2 del Manual de la actividad precontractual, contractual y postcontractual de derecho privado de FONADE.

NEVADA DEL MUNICIPIO DE VALLEDUPAR EN EL DEPARTAMENTO DEL CESAR". El proceso de selección estuvo vigente entre el 27 de mayo y el 25 de junio de 2013, fecha en la cual se publicó la carta de aceptación de la oferta ganadora.

A este proceso se presentaron los consorcios **INGEPROYIN VALLEDUPAR**, conformado por **ERNESTO ALTAHONA SUÁREZ** y **MARTÍN RESTREPO**, así como el consorcio **INFRAESTRUCTURA VALLEDUPAR**, integrado por **AJUSTEC** y **NELSON PEÑA**. Los proponentes se presentaron de la siguiente manera:

Gráfico 2. Esquema de presentación del proceso OCC 024-2013



Elaboración SIC con información obrante a folio 579 del cuaderno público No. 3 y folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4

Acerca de este proceso también es posible concluir que la estructura y división de funciones dentro de cada uno de los consorcios operó en la manera en que ya se ha expuesto en líneas precedentes.

En primer lugar⁶⁴, las comunicaciones que mediante correo electrónico tuvieron el intermediario de seguros **DPS ASESORES LTDA.** y **NELSON PEÑA** dan cuenta de que este investigado se encargó de esa gestión para los dos proponentes. En segundo lugar, durante una visita administrativa de inspección realizada en el curso de la etapa de averiguación preliminar la Delegatura encontró documentos que acreditan que **NELSON PEÑA** se encargó de la elaboración de las propuestas para los dos consorcios. Sobre este particular, debe resaltarse que las ofertas en

⁶⁴ Al respecto pueden verse las siguientes pruebas:

- Correo electrónico del 11 de junio de 2013, cuyo asunto fue: PÓLIZA FONADE OCC 024-2013-CONSORCIO INGEPROYIN VALLEDUPAR, obrante en folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 06_GPR_INGEPROYIN.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS/ingeproyninsas@gmail.com
- Correo electrónico del 12 de junio de 2013, cuyo asunto fue: PÓLIZA FONADE OCC 024-2013 CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VALLEDUPAR, obrante en folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 06_GPR_INGEPROYIN.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS/ingeproyninsas@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Importantes/PÓLIZA FONADE OCC 024-2013 CONSORCIO INFRAESTRUCTURA VALLEDUPAR
- Oferta económica *Economica MCC-024-2012-MR*, obrante en folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. PATH: 02_GPR_NELSON_PENA.ad1/I::I:\BACKUP MIS DOCUMENTOS/Documentos NP/Licitaciones/Licitaciones 2013/Fonade/OCC-024-2013 Interventoria Nevada Valledupar/Martin-Altahona/Economica MCC-024-2012 MR.xlsx
- Oferta económica *Economica MCC-024-2012 NP*, obrante en folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. PATH: 02_GPR_NELSON_PENA.ad1/Users:C:\Users\nelson/Documents/Documentos NP/Licitaciones/Licitaciones 2013/Fonade/OCC-024-2013 Interventoria Nevada Valledupar/Ajustec-Nelson/Economica MCC-024-2012 NP.xlsx

cuestión fueron elaboradas con la convicción de que una iba a ser presentada por el consorcio de **MARTÍN RESTREPO** y otra por el que constituyó **NELSON PEÑA**, pues aquella estaba marcada con las iniciales "MR" mientras que esta fue marcada con las iniciales "NP". Es conveniente agregar que las ofertas económicas analizadas eran exactamente iguales⁶⁵.

c) Proceso MCC 038-2013⁶⁶

Este caso tuvo lugar en el marco del Convenio Interadministrativo No. 211048 celebrado entre **FONADE** y el **ICBF**. Las contratantes convocaron al proceso de selección, cuya modalidad fue la de mínima cuantía. El objeto del proceso fue contratar la "INTERVENTORÍA TÉCNICA, ADMINISTRATIVA Y DE CONTROL PRESUPUESTAL A LOS ESTUDIOS TÉCNICOS Y DISEÑOS Y LA CONSTRUCCIÓN DE UN CENTRO DE DESARROLLO INFANTIL (CDI) EN EL MUNICIPIO DE TOLÚ – SUCRE PARA 160 CUPOS".

En el proceso de selección que se comenta participaron los consorcios **INTERDISEÑOS SUCRE** e **INFRAESTRUCTURA SUCRE**, los cuales estaban integrados así:

Gráfico 3. Esquema de presentación del proceso MCC 038-2013



Elaboración SIC con información obrante a folio 579 del cuaderno público No. 3 y folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4

Como se observa de manera reiterada, **AJUSTEC** nuevamente participó con **NELSON PEÑA** y, además, ese consorcio concurrió con el que estaba integrado por **MARTÍN RESTREPO** y un tercero.

Es importante anotar que la estructura y división de funciones dentro de cada uno de los consorcios operó en la forma que se ha expuesto en este informe⁶⁷. En

⁶⁵ Obrantes en folio Folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. PATHS: 02_GPR_NELSON_PENA.ad1/Users:C:\Users\nelson/Documents/Documents NP/Licitaciones/Licitaciones 2013/Fonade/OCC-024-2013 Interventoria Nevada Valledupar/Ajustec-Nelson/Economica MCC-024-2012 NP.xlsx y 02_GPR_NELSON_PENA.ad1/I::I:VBACKUP MIS DOCUMENTOS/Documents NP/Licitaciones/Licitaciones 2013/Fonade/OCC-024-2013 Interventoria Nevada Valledupar/Martin-Altahona/Economica MCC-024-2012 MR.xlsx
⁶⁶ En: <https://www.fonade.gov.co/Contratos/Public/ViewContract.aspx?IdContract=3904>

⁶⁷ Al respecto pueden verse las siguientes pruebas:

- Oferta económica Económica MCC-038-2012 NP, obrante en folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 02_GPR_NELSON_PENA.ad1/I::I:VBACKUP MIS DOCUMENTOS/Documents NP/Licitaciones/Licitaciones 2013/Fonade/MCC-038-2013 Interventoria Tolu-Sucres/Ajustec-Nelson/Economica MCC-038-2012 NP.xlsx
- Oferta Económica Económica MCC-038-2012 EA, obrante en folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path:

sustento de esa conclusión debe hacerse notar que en el computador de **NELSON PEÑA** se hallaron las propuestas económicas de los dos proponentes que, además de ser idénticas, estaban marcadas con las iniciales de los integrantes de cada uno de los consorcios. La que presentaría el consorcio en que participó **NELSON PEÑA** tenía las iniciales "NP", mientras que la que presentaría el consorcio en el que participó **MARTÍN RESTREPO** tenía las iniciales "EA", que corresponde a **ERNESTO ALTAHONA**, la persona con la que el referido investigado se asoció en este caso. Ahora bien, la entrega efectiva de las propuestas aparece acreditada mediante la planilla de entrega de las ofertas.

d) Proceso OPC 003-2014⁶⁸

Este proceso fue adelantado por el **FONADE** mediante la modalidad de oferta pública en desarrollo del Convenio Interadministrativo No. 211041 que celebró con el Departamento Administrativo para la Prosperidad Social. Su objeto consistió en la "REVISIÓN, COMPLEMENTACIÓN Y VALIDACIÓN DE LOS DISEÑOS Y ESTUDIOS, Y EJECUCIÓN DE LAS OBRAS DE ADECUACIÓN DEL PABELLÓN DE CARNES DE LA GALERÍA DEL MUNICIPIO DE MARSELLA RISARALDA".

Una vez convocado el proceso, las reglas de participación fueron publicadas en la página del **FONADE** el 20 de enero de 2014. La audiencia de cierre se realizó el 5 de febrero y la carta de aceptación fue publicada el 19 de febrero de 2014.

A este proceso se presentaron los consorcios **MARSELLA 2014** y **RISARALDA 2014**, conformados de la siguiente manera:

Gráfico 4. Esquema de presentación del proceso OPC 003-2014



Elaboración SIC con información obrante a folio 579 del cuaderno público No. 3 y folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4

Como se puede apreciar, los grupos que conformaron **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** para este caso fueron idénticos a los que conformaron en el proceso materia de investigación. Adicionalmente, existe material probatorio suficiente para concluir que la dinámica de colaboración que ha sido descrita en este informe fue materializada en el caso que ahora se analiza⁶⁹. Al respecto, está demostrado que

02_GPR_NELSON_PENA.ad1/1::I:\BACKUP MIS DOCUMENTOS/Documentos NP/Licitaciones/Licitaciones 2013/Fonade/MCC-038-2013 Interventoria Tolu-Sucre/Martin-Altahona/Economica MCC-038-2012 EA.xlsx

⁶⁸ En: <https://www.fonade.gov.co/Contratos/Public/ViewContract.aspx?IdContract=4159>

⁶⁹ Al respecto pueden verse las siguientes pruebas:

- Documento de respuesta a las observaciones presentadas por los proponentes, obrante a folios 1006 a 1007 del cuaderno público No. 6. Carpeta: 1 DOCUMENTOS DEL PROCESO Archivo: DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES A LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN OPC 003-2014, págs. 2 a 9.

NELSON PEÑA gestionó la participación de **HERNANDO LANCHEROS** en el consorcio en el que participaría **MARTÍN RESTREPO**, que en las ofertas se aprecia una multitud de similitudes que sugieren una elaboración coordinada⁷⁰, que fue **NELSON PEÑA** quien se encargó de gestionar las pólizas correspondientes⁷¹, que ambos consorcios formularon observaciones coordinadas en el curso del proceso de selección⁷² y que –como se explicará con mayor detalle adelante– las ofertas económicas tuvieron valores cercanos⁷³.

Como se puede apreciar con lo que se expuso en este acápite, el sistema de colaboración que estructuraron los investigados fue puesto en práctica en reiteradas ocasiones durante un lapso considerable.

4.4. La estrategia de los investigados

Con lo que ha sido explicado hasta este punto está acreditado que los investigados, en desarrollo de un sistema de colaboración, participaban de manera coordinada en los procesos de selección contractual en los que reunieran las condiciones de experiencia para postularse. En este aparte, con fundamento en un análisis económico del comportamiento de los investigados en todos los procesos de selección en relación con los cuales se encuentra disponible información, se presentarán los elementos de prueba que acreditan que esa conducta tenía carácter sistemático, esto es, que hacía parte de una estrategia consolidada. Así mismo, se evidenciará la lógica de ese comportamiento, en particular que tenía como propósito y era idóneo para incrementar la probabilidad de que alguno de los investigados pudiera resultar adjudicatario de los contratos correspondientes.

Con el propósito anunciado es oportuno precisar que, si bien el mecanismo de calificación de las ofertas era seleccionado de forma aleatoria en cada proceso de selección, esto no quiere decir que todos los factores de competencia del proceso de selección eran imprevisibles para los investigados o para cualquier otro proponente. En efecto, como pasa a explicarse, los proponentes contaban con suficientes elementos de juicio que les permitían predecir, con un grado razonable de aproximación, factores tales como el número de competidores y el rango en el

• Propuestas presentadas por los consorcios MARSELLA 2014 y RISARALDA 2014, obrante a folios 1006 a 1007 del cuaderno público No. 6. Carpeta: 2 OFERTAS Archivos: OFERTA OPC003-2017 CONSORCIO MARSELLA 2014 – NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ.tif y OFERTA OPC 003-2017 CONSORCIO RISARALDA 2014 – MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA.tif

• Correo electrónico del 16 de enero de 2014, cuyo asunto fue *Licitación Fonade*, obrante en folio 579 del cuaderno público No. 3, y folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 05_GPR_INGEPROYIN_NPENA.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS/nelsonro25@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Licitacion Fonade

• Correo electrónico del 17 de enero de 2014, cuyo asunto fue RE: *Licitacion Fonade*, folio 579 del cuaderno público No. 3, y folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 05_GPR_INGEPROYIN_NPENA.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS/nelsonro25@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Importantes/Re: Licitacion Fonade

• Correo electrónico del 29 de enero de 2014, cuyo asunto fue *Solicitud de Polizas Fonade*, obrante en folios 630 y 635 del cuaderno público No. 4. Path: 01_DPS_ASESORES.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS/dilmaseguros@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Importantes/Solicitud de Polizas Fonade

⁷⁰ Folios 1006 y 1007 del cuaderno público No. 6.
⁷¹ Folios 630 y 635 del cuaderno público No. 4. Path: 01_DPS_ASESORES.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS/dilmaseguros@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Importantes/Solicitud de Polizas Fonade

⁷² Folio 1007 del cuaderno público No. 6. (Carpeta 1 DOCUMENTOS DEL PROCESO, Archivo DOCUMENTO DE RESPUESTA A LAS OBSERVACIONES A LAS REGLAS DE PARTICIPACIÓN OPC 003-2014.pdf)

⁷³ Folio 1007 del cuaderno público No. 6. (Carpeta 2 OFERTAS, Archivos OFERTA OPC 003-2017 CONSORCIO MARSELLA 2014 – NELSON ERNESTO PEÑA RODRIGUEZ.tif pág. 79 DE 83 y OFERTA OPC 003-2017 CONSORCIO RISARALDA 2014 – MARTIN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA.tif pág. 70 de 74)

que se iban a ubicar las ofertas, que constituían datos indispensables para hacer factible la estrategia que hacía parte de su sistema de colaboración.

Entre los factores que los investigados podían determinar en cada proceso de selección con el propósito de emplear su sistema de colaboración se encuentran los siguientes:

a) Las reglas de calificación de las ofertas económicas para los procesos de mínima cuantía están establecidas en el manual de contratación del **FONADE** y son publicadas en las invitaciones para participar en los procesos de selección, lo que permitió que fueran conocidas por cualquiera de los interesados. Uno de los aspectos determinantes de esas reglas consiste en que el método de calificación de las propuestas está determinado por medias⁷⁴, para el caso la media geométrica, la media aritmética, la media aritmética alta y la media aritmética baja.

Estas circunstancias de estabilidad en las formas de evaluación hacen predictivos los procesos de selección frente a los oferentes que participan recurrentemente en ellos. Es importante resaltar, sobre este asunto, que las circunstancias descritas han sido identificadas por la Superintendencia de Industria y Comercio como un factor que aumenta el riesgo de comportamientos anticompetitivos en el marco de procesos de selección⁷⁵.

b) En adición de las formas de evaluación, en este caso existen elementos de juicio que permiten concluir que para los investigados también resultaba previsible –con un razonable grado de aproximación, por supuesto– el número de proponentes que se presentarían en los procesos de selección en los que empleaban el esquema de colaboración que se ha expuesto en este informe. El fundamento de esta conclusión consiste en que el número de proponentes que participan en procesos de mínima cuantía adelantados por el **FONADE** es muy parecido. Así lo pudo establecer la Delegatura a partir de la revisión de los 14 procesos de mínima cuantía adelantados por el **FONADE** durante el año 2014. En ese período 4 de los procesos fueron declarados desiertos, por lo cual el cálculo del promedio se efectuó respecto de los 10 restantes y arrojó como resultado un promedio de propuestas presentadas de 5,4⁷⁶.

c) Otro dato que los investigados podían establecer corresponde al rango en el que estarían los valores de las ofertas económicas que formularían los proponentes. En relación con este aspecto los investigados contaban, al menos, con dos relevantes elementos de juicio. En primer lugar, de conformidad con las reglas establecidas por el **FONADE**, en particular la prevista en el numeral 2.4.4.1 de las reglas de participación⁷⁷, en este tipo de procesos las ofertas tenían que cumplir con la condición de estar ubicadas entre el 90% y el 100% del presupuesto oficial del proceso.

⁷⁴ La tendencia central de un conjunto de datos es la disposición de estos para agruparse ya sea alrededor del centro o de ciertos valores numéricos. Existen principalmente tres medidas de tendencia central: la media, la mediana y la moda. CANAVOS, G.; HILL, M. (1988) Probabilidad y Estadística Aplicaciones y Métodos. Página 12

⁷⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Guía práctica: Combatir la colusión en las licitaciones. En: http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf, recuperado el 7 de noviembre de 2017

⁷⁶ <http://www.fonade.gov.co/Contratos/Public/ViewContract.aspx?>

⁷⁷ "2.4.4.1. Audiencia de Cierre

(...)

Se verificará que el oferente presente en la oferta económica impresa o en la resultante de la verificación aritmética, que el "VALOR TOTAL DE LA EJECUCIÓN Y ENTREGA DE OBRAS (B)" no sea superior al 100% o inferior al 90%, del presupuesto oficial estimado para la Obra, indicado en el numeral 1.4 de estas reglas de participación, so pena de dar aplicación al numeral 2.4.6".

En segundo lugar, no puede perderse de vista que los investigados son profesionales y, por lo mismo, conocen factores inherentes a su actividad –como lo son los costos del servicio objeto del contrato y el funcionamiento del sector en el que se desarrollaría– que les permiten establecer con cierto grado de certeza el rango donde se podría ubicar el precio promedio de las ofertas de los interesados dentro del marco establecido por la entidad.

Ahora bien, en relación con la posibilidad que los investigados tenían de establecer los aspectos que han sido referidos, es importante llamar la atención acerca de que en este caso quedó demostrado que **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**, en su calidad de profesionales y sobre la base de su experiencia en la participación en procesos de selección contractual, los conocían y, además, que llevaban a cabo ejercicios estadísticos para efectos de determinar su comportamiento en cada concurso. Esta circunstancia, como ha quedado claro, les permitía establecer con un grado razonable de aproximación el número de proponentes que participarían en los procesos en los que aplicaron su sistema de colaboración y el rango en el que podrían estar las ofertas con las que participarían en cada proceso. Así lo explicaron los investigados en sus declaraciones durante la etapa probatoria de esta investigación:

“DESPACHO: Y **NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** entonces, ¿qué hace después de que usted identifica la zona, el objeto?

MARTÍN RESTREPO: **NELSON** desarrolla la oferta económica. La oferta económica estas entidades tienen un sistema de selección a través de unas fórmulas estadísticas. ¿Sí? Son cinco, hay algunas veces son cuatro, etc. Entonces él lo que hace es que el valor del presupuesto oficial él lo trata de ajustar a esas fórmulas estadísticas, de acuerdo a su experiencia, eso es⁷⁸.

(...)

NELSON: “La oferta económica, ellos, presentan unos estudios previos, donde en la parte de obra determinan unos precios, ¿sí? Con base a esos precios la entidad maneja unas fórmulas, ¿sí? Yo tengo un cuadro donde hago seguimiento a cada uno de los, por decir oferentes, y voy determinando más o menos por dónde se están presentando las medias, que son las fórmulas para presentar la oferta económica, porque la forma de evaluación de las ofertas económicas es por fórmulas, ¿sí? Entonces yo digo: a mi oferta económica con los valores que tiene la entidad propuestos me voy a bajar el 2%, ¿sí? Entonces llego y bueno listo, si el contrato es de 110 millones, a cada actividad le bajo el 2% y eso me da tanto, y esa es mi propuesta económica, ¿sí? Ese es el proceso simple que se hace acá⁷⁹.”

(...)

“DESPACHO: Pero tiene usted de pronto algún tipo de, usted usa cotizaciones para definir los costos, usted tiene una base de datos a partir de la cual toma precios de referencia para definir los precios de la propuesta, ¿cómo hace?

NELSON: Pues sí, tenemos datos de referencia con base a otras licitaciones, estadísticas, pues las últimas estadísticas digamos cojo los últimos cinco procesos, determino cuáles fueron las que cayeron y con base en eso simplemente elaboro mi propuesta económica, ¿sí? Pero sí, obviamente mantengo como las últimas cinco estadísticas de cómo está la tendencia, sube, baja, porque es incierto determinar si sube o baja porque pues hay oferentes que

⁷⁸ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 16:57).

⁷⁹ Folio 807 del cuaderno público No. 5. (Declaración obrante a folio 599 del cuaderno público No. 4, archivo: TESTIMONIO_NELSON_PEÑA.wav, minuto 20:00).

*determinan diferentes posiciones. Digamos, hoy me voy a presentar en la fórmula alta, mañana me voy a presentar en la fórmula baja, entonces eso es incierto*⁸⁰.

Precisados los aspectos que los investigados podían prever –con un razonable grado de aproximación, se insiste– en relación con los procesos de selección en los que decidían participar de manera coordinada, corresponde ahora establecer que el comportamiento de los investigados en esos concursos y, entre ellos, en el proceso materia de investigación, correspondía a una estrategia consolidada que empleaban de manera sistemática y que consistía en la formulación de ofertas económicas con un mínimo índice de dispersión.

La conclusión anotada resultó de la comparación de los ítems individuales de las ofertas económicas presentadas por los consorcios liderados por **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** –varios de ellos conformados con el mismo esquema que se evidenció en el concurso materia de investigación– en los procesos de selección *MCO-005-2014*, *MCC 038-2013* y *OPC 003-2014*, que corresponden a aquellos respecto de los cuales la Delegatura obtuvo información en el curso de esta actuación administrativa.

Como soporte de la conclusión anotada nótese que para el proceso *MCO-005-2014* las propuestas presentadas por los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** guardaban una simetría de dispersión del 1,03% en 26 de los 29 ítems. En el proceso *MCC 038-2013* los valores establecidos en las ofertas de los consorcios **INTERDISEÑOS SUCRE** e **INFRAESTRUCTURA SUCRE** fueron idénticos para la totalidad de ítems, lo que generó como consecuencia que el valor final de las ofertas fuera el mismo. Finalmente, en relación con el proceso *OPC 003-2014* las ofertas económicas de los consorcios **MARSELLA 2014** y **RISARALDA 2014** –conformados por las mismas personas que son investigadas en este caso y con idéntica distribución– presentaron simetrías de dispersión entre ellas en 79 de los 84 ítems individuales en un 1,9%.

Puestas de este modo las cosas, debe concluirse que, en el marco de su sistema de colaboración, los investigados empleaban una estrategia consistente en fijar sus ofertas económicas con valores muy cercanos, que fue un comportamiento que también tuvieron en el marco del proceso de selección que interesa en este caso.

Precisado, así, el carácter estratégico del comportamiento de los investigados, es hora de establecer la lógica de esa estrategia, es decir, el propósito que perseguían mediante su implementación. Como se pasa a explicar, la estrategia en cuestión estaba encaminada a anclar las medias, esto es, a incrementar la probabilidad de que, en el evento en que el criterio de evaluación de las propuestas que fuera determinado correspondiera a alguno de los valores medios previstos en el pliego de condiciones, ese valor medio resultara ubicado más cerca del punto en el que los investigados formularon sus ofertas. La consecuencia de esa estrategia sería, obviamente, aumentar la probabilidad de que los investigados resultaran adjudicatarios de los contratos correspondientes.

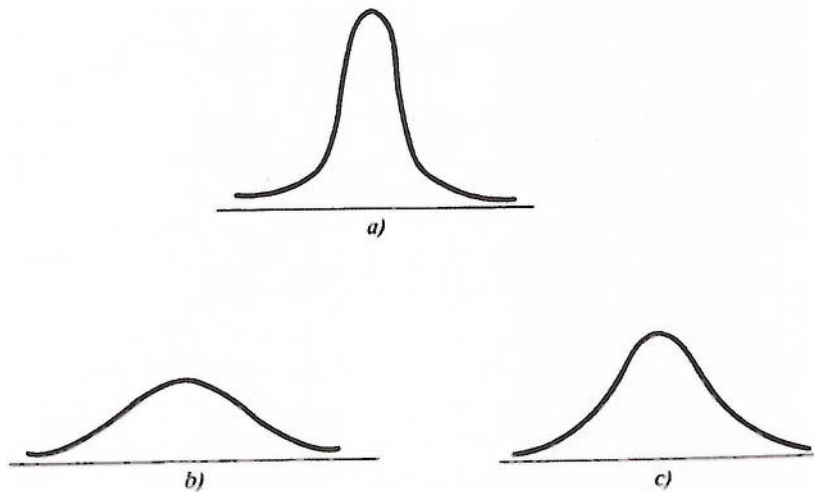
Sobre la factibilidad de una estrategia como la que ha sido descrita, debe tenerse en cuenta que los valores medios como los previstos en el pliego de condiciones del proceso que interesa en este caso –replicados en los demás que fueron analizados– son más predecibles cuando un agente tiene la posibilidad de controlar varias de las ofertas que servirán para calcular la media correspondiente. Para sustentar esta afirmación piénsese en la media aritmética, que se calcula sumando todos los datos y dividiendo el resultado entre el número total de ellos.

⁸⁰ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 25:47).

En ese caso, si un agente puede determinar el valor de varios de los datos que entrarán en la operación aritmética referida, tendrá una mayor capacidad – comparada con la que tendría quien solo pueda establecer uno de los datos– para determinar con un grado de aproximación razonable el nivel en el que resultará el valor medio así calculado.

Explicado lo anterior en términos técnicos, la estrategia descrita lleva a que la distribución de las propuestas presente valores de curtosis mayores, con lo que los valores medios aplicables resultan mucho más similares entre sí y menos volátiles ante otras propuestas⁸¹. La gráfica presentada a continuación permitirá precisar el argumento.

Gráfico 5. Distribuciones según curtosis.



Fuente: CANAVOS, G.; HILL, M. (1988) Probabilidad y Estadística Aplicaciones y Métodos. Página 71.

Como se presenta en la gráfica, la distribución se altera de acuerdo con su nivel de curtosis. Una distribución con curtosis elevada tiende a parecerse a la distribución descrita en el literal a) de la gráfica, en la que el rango en el que están ubicados los valores medios es más estrecho y, por lo tanto, esos valores responden con menos fuerza a datos extremos. Una distribución con poca curtosis, de otra parte, tiende a parecerse a la distribución descrita en el literal b). Como es evidente, entre mayor sea la curtosis, más concentrados se encuentran los datos, por lo que los valores medios son más difíciles de modificar por datos extremos y esto los hace menos volátiles.

Con el fin de evidenciar la aplicación de la estrategia que se ha descrito y, adicionalmente, para demostrar su impacto dentro del proceso de selección, la Delegatura analizará con mayor detalle el MCO-005-2014. Para ello es importante tener en cuenta que, según las reglas aplicables a ese concurso, cuatro de los cinco mecanismos de evaluación estaban determinados por la aplicación de valores medios, de manera que era razonable que los investigados emplearan la estrategia en cuestión. En ese proceso, como era esperable por los investigados de conformidad con el comportamiento histórico de los procesos de selección de mínima cuantía adelantados por el FONADE –que, como se dijo, los investigados tenían en cuenta–, se presentaron cinco proponentes cuyas ofertas económicas fueron las siguientes:

⁸¹ Medida del espesor de las colas de una distribución con base en el cuarto momento de la variable estandarizada (Wooldridge, 2010), en otras palabras, mide la aglomeración de la serie de datos, con lo cual a datos más concentrados las medidas de tendencia central se vuelven más estables. El valor de la curtosis es directamente proporcional a la concentración de los datos.

Tabla No. 4. Ofertas económicas por proponente

PROPONENTE	VALOR OFERTA
M&M INGENIERIA S.A.S (M&M)	\$ 66.687.399
OBRAS 2014	\$ 66.171.386
MAP CONSTRUCCIONES S.A.S (MAP)	\$ 65.966.572
EDIFICACIONES 2014	\$ 65.563.267
HECTOR ANTONIO TRIVIÑO HERRERA (TRIVIÑO)	\$ 68.438.723

Elaboración SIC de información obrante a folio 20 del cuaderno público No. 1.

Así, los cinco proponentes se presentaron como presuntos competidores, sin embargo, los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** no lo fueron. En cambio, presentaron dos ofertas con valores muy cercanos entre sí, lo cual generó que la curtosis de las cinco propuestas fuera mayor que de haberse presentado sólo uno de los dos consorcios. Esto demostraría que debido a la conducta desplegada por los investigados –integrantes de los consorcios– se disminuyó la capacidad de variabilidad de la media aritmética, que fue el método que en este caso resultó seleccionado para la asignación de puntaje a las propuestas presentadas.

Para comprobar que la estrategia era idónea para incrementar la probabilidad de resultar adjudicatarios, se analizará el comportamiento de los investigados en el marco del proceso *MCO-005-2014* y, mediante un ejercicio de Montecarlo⁸², se demostrará el impacto que la ejecución de la estrategia en cuestión tuvo en la probabilidad de victoria de las ofertas de los investigados.

En el caso específico se simularon cuarenta mil posibles ofertas para cada uno de los proponentes, dentro de los rangos determinados por la dispersión de los datos presentados para el proceso en cuestión, y siempre respetando los parámetros establecidos por los términos de referencia en la invitación a ofertar descritos al inicio de este numeral.

Para el escenario en competencia se simularon las ofertas de los proponentes a excepción de la del consorcio **OBRAS 2014**, que para efectos de esta simulación se fijó como una constante. Esto se hizo así porque, en un escenario de verdadera independencia, la única oferta que un proponente debería conocer sería la propia. Los resultados se exponen en la siguiente tabla:

Tabla No. 5. Resultados individuales en competencia

PROPONENTE	COMPETENCIA						PROB. ACUMU
	MEDIA GEOM.	MEDIA ARIT.	MEDIA ARIT. ALTA	MEDIA ARIT. BAJA	OFERTA + BAJA		
OBRAS 2014	7,62%	7,62%	5,16%	6,13%	1,47%	28,00%	
EDIFICACIONES 2014	0,18%	0,18%	0,00%	3,75%	14,22%	18,32%	
M&M	6,51%	6,54%	12,20%	3,50%	0,00%	28,75%	
MAP	5,69%	5,67%	2,64%	6,63%	4,31%	24,93%	
TRIVIÑO	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	

Elaboración SIC de información obrante a folio 20 del cuaderno público No. 1.

Como se puede evidenciar en la Tabla No. 5, los proponentes con mayores probabilidades de obtener el mayor puntaje para su oferta en el proceso *MCO 005-2014* eran, en su orden, (i) **M&M** con el 28,75%, (ii) el consorcio **OBRAS 2014** con el 28,00% y (iii) **MAP** con 24,93%.

A continuación, para el escenario en colusión, se simularon las ofertas de los proponentes a excepción de las de **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, que actuarán en este caso como constantes representando los dos datos conocidos por los agentes coludidos para el cálculo de la media.

⁸²El método de Montecarlo permite resolver problemas matemáticos mediante la simulación de variables aleatorias. LJ Rodríguez-Aragón - 2011 - academia.edu

Tabla No. 6. Resultados individuales en colusión

PROPONENTE	COLUSIÓN INDIVIDUAL					
	MEDIA GEOM.	MEDIA ARIT.	MEDIA ARIT. ALTA	MEDIA ARIT. BAJA	OFERTA + BAJA	PROB. ACUMU
OBRAS 2014	9,63%	9,55%	3,61%	7,06%	0,00%	29,86%
EDIFICACIONES 2014	0,00%	0,00%	0,00%	3,15%	15,46%	18,61%
M&M	4,92%	5,01%	13,18%	3,70%	0,00%	26,81%
MAP	5,45%	5,44%	3,21%	6,08%	4,54%	2,47%
TRIVIÑO	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%

Elaboración SIC de información obrante a folio 20 del cuaderno público No. 1.

Se observa en la Tabla No. 6 que los proponentes con mayor probabilidad de resultar adjudicatarios del contrato fueron (i) el consorcio **OBRAS 2014** con 29,86%, (ii) **M&M** con 26,81% y (iii) **MAP** con 24,72%. Este escenario evidenció que la conducta colusoria tuvo como efecto que el consorcio **OBRAS 2014** aumentó su probabilidad de obtener la mayor calificación para su propuesta, con lo que desplazó al proponente **M&M**, quien ocupaba el primer lugar en el escenario en competencia.

Tabla No. 7. Resultados acumulados en colusión

PROPONENTE	COLUSIÓN					
	MEDIA GEOM.	MEDIA ARIT.	MEDIA ARIT. ALTA	MEDIA ARIT. BAJA	OFERTA + BAJA	PROB. ACUMU
COLUSIÓN	9,63%	9,55%	3,61%	10,22%	15,46%	48,47%
M&M	4,92%	5,01%	13,18%	3,70%	0,00%	26,81%
MAP	5,45%	5,44%	3,21%	6,08%	4,54%	24,72%
TRIVIÑO	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%	0,00%

Elaboración SIC con documentos obrantes a folio 20 del cuaderno público No. 1.

La Tabla No. 7 presenta los resultados de la suma de las probabilidades de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, que para efectos de este análisis constituye un único agente de mercado. Según este ejercicio esos proponentes acumularon casi el 50% de probabilidades de obtener la mayor calificación en el proceso.

Es pertinente resaltar que la aplicación del esquema de colaboración que ha sido expuesto en las condiciones previstas por los investigados para el proceso *MCO-005-2014* habría resultado en la obtención de la mayor puntuación en los términos del método de calificación escogido por la entidad si la oferta de **HÉCTOR ANTONIO TRIVIÑO HERRERA**, que era el 99,9% del presupuesto oficial, no se hubiera presentado en ese rango. Al respecto, nótese que esa propuesta obró como un dato atípico que no fue previsto por los investigados. Ese comportamiento atípico fue lo que impidió que en este caso la estrategia tuviera la misma efectividad.

En conclusión de lo expuesto, el análisis que se llevó a cabo evidencia el carácter sistemático del esquema de colaboración implementado por los investigados y la lógica de su utilización, que consistía en aumentar sus probabilidades de resultar adjudicatarios mediante la presentación de ofertas que les permitieran anclar la media, lo cual era posible a partir de su conocimiento de las reglas de adjudicación y de su experiencia en los procesos de selección adelantados por el **FONADE**.

4.5. El comportamiento coordinado de los investigados en el marco del proceso MCO 005-2014

Con fundamento en los elementos de juicio que surgen del ejercicio de contextualización que se llevó a cabo y, por supuesto, en el material probatorio recaudado durante esta actuación, en este acápite la Delegatura expondrá las pruebas que corroboran que el proceso *MCO 005-2014* fue un escenario más – sumado a los procesos ya presentados– en el que el esquema de colaboración y la división de funciones de los investigados se puso en práctica.

Con ese propósito, a continuación se pasa a demostrar que cada uno de los aspectos característicos de la relación de colaboración entre los investigados se materializó en el proceso de selección materia de investigación.

4.5.1. De conformidad con lo que admitieron **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** durante sus declaraciones, ellos no cumplían los requisitos de experiencia para participar en el proceso **MCO 005-2014**. Por esa razón contactaron a **HERNANDO LANCHEROS** y a **AJUSTEC**, pues requerían de la experiencia de esos agentes del mercado para superar los requisitos en cuestión, aunque –como ya está claro– la participación en ese escenario y la eventual ejecución del contrato la llevarían a cabo exclusivamente **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA**.

4.5.2. En este caso quedó demostrado que **NELSON PEÑA** fue quien, en ejercicio de sus funciones dentro del sistema de colaboración que se ha comentado, elaboró las ofertas de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**.

La circunstancia anotada se encuentra acreditada mediante la declaración que el referido investigado rindió durante la etapa de averiguación preliminar. En esa oportunidad **NELSON PEÑA** manifestó lo siguiente:

*“**DESPACHO:** Retomando el proceso **MCO 005-2014**, usted le indicó al Despacho que había presentado una propuesta, una usted por su lado y otra **MARTÍN**, pero pues usted le colaboró en la elaboración al ingeniero **MARTÍN**.”*

***NELSON PEÑA:** Sí, yo realicé la propuesta.*

*“**DESPACHO:** Entonces sabiendo que había realizado una propuesta, que fue la del consorcio **OBRAS 2014** para el proceso **MCO 005-2014**, ¿usted por qué decidió presentar una similar hecha por usted en asocio con **AJUSTEC**?”*

*“**NELSON PEÑA:** En ese momento no le vi inconveniente dado que, pues el ingeniero **MARTÍN RESTREPO** se estaba presentando como persona natural con su socio, no le vi inconveniente a presentarme porque pues realmente no estábamos haciendo nada malo, no le estábamos quitando la oportunidad de presentar o restringir a otros proponentes y pues sabemos que en estos procesos se presenta mucha gente, pero las condiciones en este proceso pues eran deficientes. Sin embargo, con nuestro ánimo de conseguir experiencia, de poder crecer profesionalmente, y porque pues no es que tengamos muchos contratos decidí armar el proceso licitatorio”⁸³.*

(...)

*“**DESPACHO:** ¿Quién determinó el valor de las ofertas económicas presentadas por cada uno de los consorcios, el de **OBRAS 2014** y el de **EDIFICACIONES 2014**?”*

***NELSON PEÑA:** Yo, yo lo planteé.*

***DESPACHO:** ¿Siempre las elabora usted?”*

***NELSON PEÑA:** Sí señor”⁸⁴.*

Es importante anotar que lo anterior fue corroborado por **MARTÍN RESTREPO** en la declaración que rindió durante la etapa probatoria de esta investigación⁸⁵.

⁸³ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 50:24).

⁸⁴ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 1:02:40).

⁸⁵ Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 55:12).

4.5.3. De conformidad con el contenido del sistema de colaboración que elaboraron **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** y, además, como en efecto ocurrió en todos los procesos de selección que fueron resaltados en el numeral 4.3. de este informe, en el marco del proceso *MCO 005-2014* los consorcios de los que hicieron parte aquellos investigados se valieron del mismo personal, proveedores y la sede que compartían.

En efecto, como se puede apreciar mediante las “*certificaciones mipymes*” aportadas al proceso de selección materia de investigación, ambos consorcios emplearon los servicios del contador **LIBARDO DE JESÚS ORTIZ RICO**⁸⁶. Así mismo, de conformidad con el registro de entrega de las ofertas ante el **FONADE**⁸⁷ –presentado en el capítulo dedicado a la descripción de la imputación– los dos proponentes se valieron de los servicios de **ANDRÉS LEGUIZAMÓN CARVAJAL** para esos propósitos.

De otra parte, como quedó demostrado con las pruebas presentadas al describir la imputación, y según se aprecia en el documento que se presentará a continuación, en este caso está demostrado que, a instancias de **NELSON PEÑA**, los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** emplearon al mismo intermediario de seguros y gestionaron coordinadamente lo relacionado con las pólizas necesarias para el proceso de selección. El documento correspondiente, que consiste en un correo remitido el 18 de marzo de 2014 y que tiene el asunto *Fwd: PÓLIZAS FONADE MCO 005 DE 2014*⁸⁸, acredita la gestión coordinada. Ese medio de prueba se presenta en seguida:

From: Nelson Peña <nelsonro25@gmail.com>
Sent: 3/18/2014 11:04:26 PM +0000
To: GPR INGENIERIA <ingeproynsas@gmail.com>
Subject: Fwd: PÓLIZAS FONADE MCO 005 DE 2014
Attachments: 1037919-7 FONADE 005-2014.pdf; 1037933-0 FONADE 005-2014.pdf; comprobante139518330782465643.pdf; comprobante139518343363665645.pdf; CONDICIONES ENTIDADES PÚBLICAS CON REGIMEN PRIVADO (FONADE).pdf

----- Mensaje reenviado -----
De: "DPS ASESORES" <dpsasesoresenseguros@gmail.com>
Fecha: mar 18, 2014 6:00 PM
Asunto: PÓLIZAS FONADE MCO 005 DE 2014
Para: "Nelson Peña" <nelsonro25@gmail.com>
Cc:

Buenas tardes Ingeniero.

Adjunto pólizas, clausulado y cupones para realizar pago.

--
Cordialmente

DPS ASESORES LTDA
Asesores de seguros

Es importante anotar que los archivos adjuntos al correo que ha sido presentado corresponden a cada una de las pólizas de seriedad de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**⁸⁹.

⁸⁶ Folios 70 y 113 del cuaderno público No. 1.

⁸⁷ Folio 20 del cuaderno público No. 1 en la carpeta MCO-005-2014, archivo 4233_2014031908094428 REGISTRO ENTREGA DE OFERTAS, ACTA DE FINALIZACIÓN Y ACTA DE AUDIENCIA DE CIERRE.pdf

⁸⁸ Folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 05_GPR_INGEPROYIN_NPENA.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS\nelsonro25@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: PÓLIZAS FONADE MCO 005 DE 2014

⁸⁹ Folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 05_GPR_INGEPROYIN_NPENA.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS\nelsonro25@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: PÓLIZAS FONADE MCO

Finalmente, las declaraciones de los investigados y los hallazgos realizados durante las visitas administrativas de inspección en la sede de **GPR**⁹⁰ dan cuenta de que **NELSON PEÑA** realizó las gestiones encaminadas a garantizar la participación coordinada de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** precisamente en la sede de esa persona jurídica.

4.5.4. En relación con el proceso *MCO 005-2014* se acreditó que, al igual que lo que aconteció con los demás casos en los que operó el esquema de colaboración que se ha descrito, independientemente de cuál de los consorcios llegara a ser adjudicatario del contrato correspondiente, **OBRAS 2014** o **EDIFICACIONES 2014**, la ejecución contractual correría a cargo de **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO**, quienes como ya ha quedado lo suficientemente probado trabajaban juntos, se prestaban colaboración y se subcontrataban entre ellos.

Respecto de la división de funciones en caso de resultar adjudicatarios en este caso **NELSON PEÑA**, durante su declaración, señaló lo siguiente:

*“DESPACHO: Si el consorcio **OBRAS 2014** hubiera sido adjudicatario del contrato, ¿usted hubiese ejecutado algún tipo de labor al interior de esa consultoría?*

***NELSON PEÑA:** Pues, el ingeniero **MARTÍN RESTREPO**, eh pues dado obviamente la confianza, él requiere mis servicios, los honorarios en la parte administrativa, para que yo le facilite ayuda en la parte administrativa, porque pues el tema de formatos, y todo ese tema administrativo de la entidad o de las entidades es un poco complicado, entonces yo le presto mis servicios, mis honorarios como director administrativo del proyecto o como auxiliar administrativo”⁹¹.*

En la misma línea, **MARTÍN RESTREPO** afirmó que:

*“DESPACHO: En caso de que resultara adjudicatario el consorcio **OBRAS 2014** en este proceso de selección, ¿cómo sería la división de tareas para la ejecución del contrato?*

***MARTÍN RESTREPO:** **MARTÍN** parte técnica-dirección de la obra, parte administrativa muy seguramente **NELSON**”⁹².*

Ahora bien, en el curso de las declaraciones también quedó claro que si el consorcio **EDIFICACIONES 2014** hubiera resultado adjudicatario los investigados habrían actuado igual. Al respecto, **NELSON PEÑA** afirmó:

*“Yo prestaría mis servicios-honorarios en la parte administrativa como siempre lo he hecho y el ingeniero **RESTREPO** nos presta sus honorarios en la parte técnica, esa es básicamente la forma que se tenía propuesta, que el ingeniero **RESTREPO** cumpla sus funciones técnicas”⁹³.*

Estas pruebas, en concordancia con la sanción procesal que se siguió por cuenta del resultado de la práctica de la inspección judicial –que fue un asunto explicado

005 DE 2014/1037919-7 FONADE 005-2014.pdf y folio 579 del cuaderno público No. 3, folios 584, 589 y 595 del cuaderno público No. 4. Path: 05_GPR_INGEPROYIN_NPENA.ad1/DESCARGAS:G:\DESCARGAS/nelsonro25@gmail.com - descargas.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: PÓLIZAS FONADE MCO 005 DE 2014/1037933-0 FONADE 005-2014.pdf

⁹⁰ Folios 788 y 793 del cuaderno público No. 5.

⁹¹ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 57:20).

⁹² Folio 1052 del cuaderno público No. 6 (minuto 58:10).

⁹³ Folio 1048 del cuaderno público No. 6 (minuto 56:29).

en detalle en el numeral 4.1.5. de este informe—, confirman que, en caso de resultar cualquiera de los dos consorcios adjudicatario del contrato, tanto **MARTÍN RESTREPO** como **NELSON PEÑA** hubieran sacado provecho de la situación.

4.5.5. Finalmente, como quedó acreditado en el numeral 4.4. de este informe, los valores que los investigados fijaron para sus propuestas económicas respondieron a una estrategia encaminada a incrementar la probabilidad de que alguno de los dos proponentes resultara adjudicatario del contrato correspondiente al proceso *MCO 005-2014*.

4.6. Responsabilidad de los investigados

4.6.1. Responsabilidad de los agentes del mercado

a) NELSON PEÑA y MARTÍN RESTREPO

Con fundamento en todo lo que ha sido expuesto en este informe debe concluirse que **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** constituyeron un sistema de colaboración que emplearon sistemáticamente durante un lapso considerable y que, además, ejecutaron en el proceso *MCO 005-2014*. Según se explicó, ese sistema incluía una distribución de funciones entre los investigados de conformidad con su experiencia, la utilización de los recursos compartidos entre ellos —tales como empleados, proveedores y sede común—, la vinculación de terceros para poder participar en procesos de selección que superaran su experiencia y, finalmente, el planteamiento de una estrategia encaminada a incrementar la probabilidad de que alguno de los dos investigados resultara adjudicatario del contrato correspondiente.

En relación con el comportamiento estratégico, que por supuesto resultó lesivo de la libre competencia económica, se evidenció que consistía en que, de un lado, promovían la presentación de más de una oferta en los procesos de selección en los que decidían participar y, del otro, en que en ese escenario establecían los contenidos de sus propuestas de manera que pudieran incrementar la probabilidad de resultar favorecidos de conformidad con los mecanismos de selección correspondientes en cada caso.

Ahora bien, es claro que la defensa consistente en que **NELSON PEÑA** no le avisó a **MARTÍN RESTREPO** que también participaría en el proceso *MCO 005-2014* no puede ser acogida. Esa defensa, como resulta evidente, supone que el comportamiento de **NELSON PEÑA** fue furtivo, esto es, realizado a espaldas de **MARTÍN RESTREPO**, de manera que no podría serle atribuido a este último investigado.

No obstante, como ya fue acreditado en este informe, en este caso **NELSON PEÑA** se limitó a cumplir la función que le correspondía dentro del sistema de colaboración que había estructurado con **MARTÍN RESTREPO**, una función que, según quedó demostrado, tenía que cumplir de manera proactiva, esto es, encaminada al objetivo que atribuyeron al sistema en cuestión y sin tener que esperar que su socio le dijera que hiciera lo que era su función hacer. Por lo tanto, el comportamiento analizado es obviamente imputable a **MARTÍN RESTREPO**, pues además que hizo parte de un conjunto de actividades que correspondían a un sistema de colaboración en cuya estructuración y ejecución él participó, no puede perderse de vista que **MARTÍN RESTREPO**, por su parte, también ejecutó una serie de actividades que correspondían a ese sistema y perseguían el mismo propósito —a manera de ejemplo pueden incluirse el contactar a **HERNANDO LANCHEROS** para obtener su experiencia, suscribir los documentos de las

propuestas, participar durante el concurso y, si hubieran ganado, participar en la ejecución del contrato de manera principal o mediante subcontratación—.

En el mismo sentido, la defensa basada en que el comportamiento de los investigados no afectó la libre competencia económica en el proceso *MCO 005-2014* también debe ser desestimada. En efecto, como se explicó en el numeral 4.4. de este informe, el hecho de que los investigados hubieran incrementado ilegítimamente su probabilidad de resultar adjudicatarios en el marco del referido proceso generó, como consecuencia necesaria, una afectación en perjuicio de la probabilidad de victoria de los demás proponentes y, adicionalmente, puso en riesgo la posibilidad de que mediante el proceso de selección el Estado obtuviera la mejor oferta posible sobre la base del desenvolvimiento de las presiones competitivas propias de esa dinámica. Por lo tanto, el comportamiento investigado afectó varios de los elementos que constituyen el derecho a la libre competencia económica —en particular la igualdad de oportunidades dentro del proceso de selección y la selección objetiva de la entidad— y, en esa medida, afectó ese derecho.

Ahora bien, aunque se hubiera acreditado que el comportamiento de los investigados no generó una afectación a la dinámica de competencia en el marco del proceso *MCO 005-2014*, debe tenerse en cuenta que, en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esa circunstancia no impediría la formulación de un reproche frente a la conducta analizada. Sobre el particular, recuérdese que la sanción prevista en el régimen de protección de la libre competencia económica procede incluso por la realización de un comportamiento que tenga por objeto la colusión en el marco de un proceso de selección, sin que la procedibilidad de esa sanción esté condicionada a la generación de un efecto como resultado del comportamiento analizado.

Por las mismas razones, el hecho de que los investigados no hubieran tenido la intención de afectar la libre competencia económica —lo cual es increíble teniendo en cuenta la relación de contexto que ha sido expuesta en este informe— tampoco impediría la configuración del comportamiento restrictivo materia de estudio.

Se sigue de lo expuesto, entonces, que el comportamiento de **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** resultó constitutivo del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Por lo tanto, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que imponga la sanción correspondiente.

b) **HERNANDO LANCHEROS y AJUSTEC**

En este aparte se presentarán las razones por las que, en concepto de la Delegatura, **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** deben ser considerados responsables del mismo comportamiento anticompetitivo realizado por **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO**.

Para ello es necesario precisar en qué consistió la participación de **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** en el proceso de selección que interesa en este caso. Sobre el particular, las pruebas que han sido relacionadas en este informe permiten concluir que la función de los referidos investigados en el marco de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014** consistía en aportar su experiencia con el propósito de que **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** completaran los requisitos necesarios para poder participar en el proceso de selección. Una vez garantizada la entrada de las referidas personas naturales al concurso, serían ellas las encargadas de todas las actuaciones en el marco de ese trámite y, de ser el caso, quienes estarían a cargo de la ejecución del contrato

correspondiente. A cambio de garantizar la entrada de **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** al proceso de selección, **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** recibirían una remuneración pactada en el marco del sistema de colaboración que ha sido descrito en este informe.

En ese contexto, **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** deberían ser declarados responsables por el mismo comportamiento coordinado desarrollado por **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** con fundamento en las siguientes razones:

(i) Las pruebas resaltadas en este informe dan cuenta de que la participación de **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** fue indispensable para que los investigados pudieran participar en el proceso *MCO 005-2014* y para que, de esa manera, pudieran desarrollar un comportamiento coordinado en el marco de ese trámite. Sin los investigados referidos **NELSON PEÑA** y **MARTÍN RESTREPO** no habrían cumplido las condiciones para participar en el referido proceso de selección.

Puestas de este modo las cosas, **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** participaron en elementos determinantes para la configuración del acuerdo anticompetitivo cuya existencia se ha acreditado en esta actuación administrativa, de manera que tendría que concluirse que son responsables por haber desarrollado el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

(ii) En este proceso quedó demostrado que **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC**, durante un lapso considerable y en el marco de varios procesos de selección, participaron con **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** en ejecución del sistema de colaboración que ha sido expuesto en este informe. Así mismo, quedó demostrado que ese comportamiento estaba tan arraigado en los investigados que, además de que en cada oportunidad en que concurrían se adecuaban a la misma dinámica e incluso conformaban las estructuras plurales de la misma forma, desde la perspectiva de **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** los investigados **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** eran, para efectos prácticos, un mismo agente del mercado.

Sobre esa base, no podría considerarse razonablemente que unas personas como **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC**, que habían estado tan involucradas en la dinámica descrita, que habían tomado parte en ella tantas veces y durante un lapso considerable, de verdad ignoraran por completo que **MARTÍN RESTREPO** y **NELSON PEÑA** –a quienes veían como un único agente del mercado y que, además, participaban con un evidente sistema de colaboración– tomaban parte en procesos de selección de manera coordinada para efectos de incrementar su probabilidad de victoria. Las pruebas recaudadas en esta actuación, de hecho, evidencian que **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** se involucraron en esa dinámica de colaboración con conocimiento de causa y con la pretensión de obtener un beneficio derivado de su participación.

Una característica de la participación de los investigados en el proceso *MCO 005-2014* corrobora la conclusión anotada: **HERNANDO LANCHEROS** y la representante legal de **AJUSTEC** fungieron como representantes de los consorcios **OBRAS 2014** y **EDIFICACIONES 2014**, respectivamente⁹⁴.

Esta es una circunstancia trascendental, pues si hubiera sido cierto que lo que **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** pretendían era limitarse a prestar su

⁹⁴ Folios 46, 47, 90 y 91 del cuaderno público No. 1.

experiencia, desentenderse del proceso y obtener una remuneración, de ninguna manera habrían asumido la función de representar a los consorcios ante la entidad contratante, con los riesgos obvios que esa posición conlleva. Nótese, sobre este particular, que nada obligaba a esos investigados a asumir esa función. Lo que ese nivel de involucramiento de verdad revela, sobre todo si se lo considera en el marco de la prolongada relación de contexto que ha sido expuesta, es que **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** tenían la pretensión de controlar el desenvolvimiento de la participación de los consorcios en el proceso de selección y, de ser el caso, durante la ejecución del contrato.

La única conclusión discernible, entonces, es que **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** sabían perfectamente de la dinámica en la que se habían involucrado y de sus propósitos, así como de su papel en ese sistema.

(iii) En este proceso se demostró que, si alguno de los consorcios hubiera resultado favorecido con la adjudicación del contrato correspondiente, **HERNANDO LANCHEROS** o **AJUSTEC** habrían recibido la remuneración pactada.

Por lo tanto, si **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** ejecutaron un comportamiento que les permitía disfrutar los beneficios de esa conducta en caso de que se dieran las condiciones para que resultara exitosa, es obvio que también deben enfrentar la responsabilidad derivada de su ejecución. Así, la conclusión de que deben ser declaradas responsables por la participación en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 se fortalece.

Sobre la base de todo lo expuesto, la conclusión evidente es que **HERNANDO LANCHEROS** y **AJUSTEC** tuvieron una participación determinante en la constitución y el desarrollo del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica que se presentó en este caso. Por esa razón, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que declare que esas personas ejecutaron el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y que, consecuentemente, imponga las sanciones procedentes.

4.6.2. Responsabilidad de las personas vinculadas con los agentes del mercado

a) **HERNANDO LANCHEROS** en calidad de representante del consorcio **OBRAS 2014**

En la resolución de apertura de investigación se imputaron al investigado **HERNANDO LANCHEROS**, para lo que acá interesa, dos tipos de comportamientos.

En primer lugar, en su condición de agente del mercado se le acusó de haber participado en un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica en el marco del proceso de selección materia de investigación, por lo que se imputó la configuración del comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y la violación de la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En segundo lugar, con fundamento en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, se le imputó que, en su condición de persona natural vinculada con el consorcio **OBRAS 2014** en calidad de representante, habría colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos restrictivos que se imputaron a los agentes de mercado investigados.

Como se puede apreciar, en este caso no se trata de que, con fundamento en el mismo comportamiento, se hubiera hecho una doble imputación contra **HERNANDO LANCHEROS**. Se le imputaron dos comportamientos diferentes: que participó en su calidad de agente del mercado en un acuerdo anticompetitivo y que, en condición de representante del consorcio **OBRAS 2014**, colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró el comportamiento ilegal en cuestión.

En los numerales 4.2. y 4.3. de este informe se encuentra la exposición del material probatorio y de las consideraciones que permiten concluir que **HERNANDO LANCHEROS**, en su condición de agente del mercado, es responsable por su participación en un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica. Ahora bien, en lo que atañe a la segunda imputación, no se encuentran elementos de prueba que permitan concluir que ese investigado, además de los actos que ejecutó para participar en el comportamiento ya referido, hubiera ejecutado actuaciones de naturaleza diferente que pudieran ser calificadas como actos de colaboración, facilitación, autorización, ejecución o tolerancia del acuerdo en cuestión. Por esa razón, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que no declare responsable a **HERNANDO LANCHEROS** con fundamento en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

b) OLGA VELÁSQUEZ en calidad de representante legal de AJUSTEC y representante del consorcio EDIFICACIONES 2014

En el curso del proceso quedó demostrado que la investigada, en su calidad de representante legal de **AJUSTEC**, promovió la participación de esta compañía en el marco del sistema de colaboración que ha sido expuesto en este informe motivado. Entre otras actividades, vinculó a la sociedad que representa con **NELSON PEÑA** para conformar el consorcio **EDIFICACIONES 2014**, suministró toda la documentación necesaria para hacer viable la participación de aquel investigado en un proceso de selección del que, de otro modo, no habría podido tomar parte, negoció la remuneración y ejerció como representante del consorcio en cuestión para controlar el desenvolvimiento de la dinámica de colaboración en la que participó.

Así mismo, es evidente que en su condición de representante legal de **AJUSTEC** tuvo conocimiento de la práctica restrictiva en cuestión, que tenía la capacidad para impedirla o terminarla y que, en lugar de ello, dejó que se materializara y se benefició por su resultado. Por lo tanto, también puede concluirse que toleró el comportamiento ilegal analizado en este acto.

En consecuencia, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que declare responsable a **OLGA VELÁSQUEZ** en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, así como que imponga las sanciones consecuentes.

5. Recomendación

Con fundamento en lo que se ha expuesto en este informe, se recomienda al Superintendente de Industria y Comercio lo siguiente:

5.1. Sobre los agentes del mercado

- **Declarar responsable y sancionar a NELSON ERNESTO PEÑA RODRÍGUEZ** porque está demostrado que incurrió en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

- **Declarar responsable y sancionar a MARTÍN ALEJANDRO RESTREPO ATUESTA** porque está demostrado que incurrió en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- **Declarar responsable y sancionar a HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** porque está demostrado que incurrió en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- **Declarar responsable y sancionar a AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.** porque está demostrado que incurrió en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

5.2. Sobre las personas vinculadas con los agentes del mercado

- **Declarar responsable y sancionar a OLGA LUCÍA VELÁSQUEZ SIERRA**, representante del **CONSORCIO EDIFICACIONES 2014** y representante legal de **AJUSTEC INGENIERÍA LTDA.**, porque está demostrado que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- **Archivar** la investigación en favor de **HERNANDO LANCHEROS IBÁÑEZ** respecto de la imputación que estuvo fundada en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Atentamente,



JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboró: D.E.L.D.V./M.M.P.V./ D.F.M.M.
Revisó: J.D.F.G./ F.M.R.
Aprobó: J.E.S.M.