



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

RESOLUCIÓN NÚMERO (000 68972) DE 2013

25 NOV 2013

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 24587 del 3 de mayo 2011³ (en adelante la “Resolución de Apertura de Investigación”), la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación para determinar si HORACIO FRANCISCO MENDOZA MARTÍNEZ; RINA MENDOZA BELTRÁN; MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA; MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO y PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES (en adelante “PONCE DE LEÓN”); BITÁCORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LTDA. (en adelante “BITÁCORA”) y MNV S.A. (en adelante “MNV”), infringieron lo dispuesto en numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, se ordenó abrir investigación para determinar si ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, en su calidad de representante legal de PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES; JORGE LUIS BETIN RODRÍGUEZ, en su calidad de representante legal de BITÁCORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LTDA. y VIVIANA NULE VELILLA, en su calidad de representante legal suplente de MNV S.A., actuaron en contravención de lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010.

Posteriormente, mediante Resolución No. 31326 del 3 de junio de 2011⁴, la Delegatura modificó y adicionó la Resolución de Apertura de Investigación No. 24587 del 3 de mayo de 2011, resolviendo vincular a la investigación a LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, en su calidad de representante legal de la empresa MNV S.A., por la presunta infracción de lo dispuesto en el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, y desvincular de la referida investigación a VIVIANA NULE VELILLA.

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

² Modificado por el Decreto 019 de 2012.

³ Documento obrante a folios 6516 a 6523 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente. En adelante, cuando en la presente resolución se haga referencia al “Expediente”, entiéndase que corresponde al Expediente No. 11-46719.

⁴ Documento obrante a folios 6572 a 6577 del Cuaderno Público No. 32 del Expediente.

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 68972 DE 2013 Hoja N°. 2

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

SEGUNDO: Que una vez culminó la etapa probatoria y se realizó la audiencia de descargos, la Delegatura presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el informe de la investigación (en adelante “Informe Motivado”), en el cual recomendó sancionar a algunos de los investigados por haber infringido las normas sobre protección de la competencia.

En el Informe Motivado la Delegatura señaló que MANUEL NULE VELILLA, MIGUEL NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, hicieron uso abusivo de un Grupo empresarial no declarado para consolidar un acuerdo colusorio y lograr la adjudicación de la Convocatoria Pública SN-005 de 2007 cursada por el ICBF.

Respecto de las empresas del GRUPO NULE y sus representantes legales, la Delegatura evidenció que las propuestas presentadas por dichos oferentes fueron diseñadas estratégicamente para servir como propuestas simbólicas o complementarias, simulando competencia y asegurando la adjudicación del contrato derivado del Concurso Público a un sujeto previamente establecido por ellos.

TERCERO: Que del Informe Motivado se corrió traslado a los investigados, quienes dentro del término establecido manifestaron sus observaciones.

CUARTO: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, se escuchó al Consejo Asesor y, posteriormente, el Superintendente de Industria y Comercio profirió la Resolución No. 54693 del 16 de septiembre de 2013, en la que se determinó que algunos de los Investigados violaron las normas de competencia por haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y en consecuencia se impusieron sanciones pecuniarias, así:

SANCIONADO	VALOR DE LA SANCIÓN
PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL	\$2.614.432.500
MNV S.A.	\$2.614.432.500
BITÁCORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LTDA. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL	\$2.614.432.500
MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA	\$2.614.432.500
MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA	\$2.614.432.500
GUIDO ALBERTO NULE MARINO	\$2.614.432.500
ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO	\$261.738.000
LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO	\$261.738.000
JORGE LUIS BETIN RODRÍGUEZ	\$261.738.000

El Despacho concluyó que, de acuerdo con las pruebas obrantes en el expediente, la colusión entre los sancionados al interior del Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007 convocado por el ICBF se configuró de la siguiente manera:

“No obstante el simple hecho de haberse presentado como competidoras en un proceso de selección empresas que pertenecen a un mismo grupo empresarial constituye una infracción a las normas de competencia, los reiterados cruces de información y los

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

análisis económicos anteriormente referenciados, ratifican el accionar interdependiente que tuvo lugar entre las sociedades que de facto obedecían a una misma cabeza bajo el mando de los señores MANUEL, MIGUEL y GUIDO NULE. De esta forma, aun cuando formalmente se presentaban al mercado como competidores autónomos, su finalidad era falsear la competencia y aumentar las probabilidades de adjudicación en procesos contractuales de la Administración, tal como sucedió en el Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007.

Así las cosas, este Despacho encontró que en el presente caso la conducta anticompetitiva al interior del Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007 se configuró de la siguiente manera, de conformidad con el acervo probatorio que obra en el expediente:

- *El ocultamiento de la existencia del GRUPO NULE a través de la inobservancia de las normas del Código de Comercio que imponen la obligación o carga a las personas jurídicas de inscribir y declarar la existencia de situaciones de grupo empresarial.*
- *Conformación del CONSORCIO INTER –ICBF 2007 por las sociedades HIDROTEC LTDA. INGENIEROS CONSULTORES EN RESTRUCTURACIÓN y PONCE DE LEÓN ASOCIADOS S.A. INGENIEROS Y CONSULTORES. Esta última hacía parte del GRUPO NULE.*
- *Conformación de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA “INTERVENTORÍA DE LA CONCESIÓN DE PLANTAS VALLE - ATLÁNTICO S.A.” por las empresas HORACIO MENDOZA MARTÍNEZ Y CIA LTDA. y GCS GEOCONSULTING SERVICES S.A., HORACIO FRANCISCO MENDOZA MARTÍNEZ, RINA MENDOZA BELTRÁN y la sociedad BITÁCORA SOLUCIONES S.A. Esta última hacía parte del GRUPO NULE.*
- *Conformación del CONSORCIO INTERVENTORIA INDUSTRIAL 2007 por las sociedades APPLUS NORCONTROL COLOMBIA LTDA., INTERAUDIT S.A. y MNV S.A. Esta última hacía parte del GRUPO NULE.*
- *Presentación de tres propuestas supuestamente “independientes” en el Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007 por parte del consorcio y la promesa de sociedad referidos, que en realidad fungían como una sola al tener un mismo direccionamiento económico, sin que dicha situación pudiera ser advertida por la Entidad contratante.*
- *La apariencia de competencia generada entre empresas del GRUPO NULE, que permitió la evasión de la causal de rechazo establecida en el numeral 3.3 del pliego de condiciones definitivo del referido proceso, según la cual no podía presentarse más de una propuesta por oferente so pena de que las mismas fueran descalificadas.*
- *Direccionamiento de la participación del CONSORCIO INTER –ICBF 2007, de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA “INTERVENTORÍA DE LA CONCESIÓN DE PLANTAS VALLE - ATLÁNTICO S.A.” y del CONSORCIO INTERVENTORÍA INDUSTRIAL 2007 en el Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007, por parte de los controlantes del GRUPO NULE.*
- *Administración del contrato adjudicado al CONSORCIO INTER –ICBF 2007 por parte del GRUPO NULE, al manejar asuntos internos del mismo, tales como el pago de nómina, préstamos y transacciones internos, contratación de funcionarios pertenecientes a otras empresas del GRUPO NULE, incluyendo a JORGE LUIS*

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

BETIN RODRÍGUEZ y VÍCTOR HUGO MACE BUELVAS, quienes eran accionistas de la empresa BITÁCORA, entre otros, que daban cuenta de la existencia de un grupo empresarial, incluso antes de la declaratoria del mismo por parte de la Superintendencia de Sociedades.

- *Expedición de la Resolución No. 126-007070 de la Superintendencia de Sociedades mediante la cual se declaró la existencia de un grupo empresarial del cual eran controlantes conjuntos MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO y del cual hacían parte las empresas BITÁCORA, MNV y PONCE DE LEÓN.*

En suma, la conducta engañosa de los integrantes de las empresas investigadas integrantes del GRUPO NULE y de sus miembros controlantes implicó la infracción a las normas que protegen la competencia, en la medida en la que falsearon y distorsionaron el proceso competitivo al interior del Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007, mediante el despliegue de una estrategia anticompetitiva que buscaba lograr la adjudicación ilegal del contrato a favor del GRUPO NULE en detrimento de los otros proponentes.”

QUINTO: Que dentro del término legal, MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, GUIDO ALBERTO NULE MARINO, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, presentaron recursos de reposición en contra de la Resolución No. 54693 de 2013, exponiendo los argumentos que se resumen a continuación.

5.1. Argumentos de MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO

En primer lugar, sostuvieron que los efectos de una declaratoria de control conjunto y grupo empresarial no pueden tenerse en cuenta como una prueba indiciaria para fundamentar el acto administrativo recurrido en el que se declaró que cometieron una conducta anticompetitiva.

Por otra parte, señalaron que se presentó la figura del decaimiento del acto administrativo, por cuanto los considerandos de la Resolución de la Superintendencia de Sociedades que declaró la existencia del GRUPO NULE se basaban en una serie de situaciones amparadas en un control conjunto directo de sociedades y participación accionaria que desapareció con la suscripción de un contrato de compraventa de acciones suscrito el 19 de junio de 2010, fecha anterior a la expedición y ejecutoria del acto administrativo que declaró dicha situación de control y que por lo mismo debe ser tenida en cuenta por esta Superintendencia a la hora de fallar.

Agregaron que la Resolución de la Superintendencia de Sociedades carece de fuerza ejecutoria al no existir nexo alguno entre los controlantes declarados y las sociedades que supuestamente están controladas, situación que imposibilita el ejercicio del control efectivo conforme lo dispone el Código de Comercio, y hace inoperante la declaratoria contenida en dicha Resolución e inexistentes los presupuestos legales de configuración de control.

Precisaron, en los siguientes términos, que en la Resolución de la Superintendencia de Sociedades no se verifican las causales de subordinación y control establecidas en el

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

Código de Comercio y, por lo tanto, dicha Resolución no constituye un adecuado título jurídico de imputación para sancionarlos:

“Es pertinente aclarar con especial énfasis que en el caso concreto la conducta del señor NULE VELILLA y NULE MARINO, frente a las sociedades declaradas controladas presuntamente por ellos, no se enmarca dentro de estas causales taxativas anteriormente enunciadas, pues como podrá observar la Resolución No. 126-07070 de 2010, mucho menos la resolución que se ataca mediante el presente escrito, describen puntualmente cuales (sic) fueron esas conductas directas o indirectas de mis prohijados que perseguían la comisión de acuerdos colusivos que afectaron la práctica de la competencia dentro del concurso de meritos (sic) ICBF-SN-005-2007. En oportunidades anteriores ya sostuvimos que, la Superintendencia de Sociedades declaró la situación de control sobre la empresa BITÁCORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LTDA., miembro para efectos del Concurso Público ICBF-SN-005-2007 de la PROMESA DE SOCIEDAD FUTURA “INTERVENTORÍA DE LA CONCESIÓN PLANTAS VALLE-ATLÁNTICO S.A, (sic) únicamente manifestando en dicho texto que la Sociedad GAS KPITAL GR S.A registra como inversionista del 3% del capital social, sin detenerse siquiera en argumentar, por qué de tal hecho puede presumirse la subordinación de dicha empresa al control de mis clientes.”

(...)

De conformidad con el marco jurídico y fáctico desarrollado en el presente documento, es inexistente la ocurrencia de conductas que se ajusten taxativamente a los presupuestos de control contemplados en los artículos transcritos, es por ello que esta defensa presenta este recurso a fin que revoque su decisión pues el título jurídico de imputación mediante el cual sancionó a mis prohijados, es una resolución de la Superintendencia de Sociedades que carece (sic) que a pesar de presumirse legal, es vaga en cuanto a su motivación e imprecisa en cuanto a las circunstancias de hecho que dieron lugar a su expedición. Lo anterior aunado a que las circunstancias fácticas que dieron lugar a tal acto, desaparecieron con la venta de todas las sociedades relacionadas en su resolución, desde el día 19 de junio de 2010, fecha en que suscribió el contrato.”⁵

Agregaron que la doctrina nacional ha expuesto que el efecto real de la declaratoria de control conjunto es la posibilidad de hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante en casos de liquidación de las subordinadas, que es la situación frente a la cual se encuentran las sociedades investigadas.

Asimismo, resaltaron que en el caso concreto de PONCE DE LEÓN, otros investigados han manifestado que esta empresa es una sociedad que aunque tuvo relaciones comerciales, no hacía parte de un grupo empresarial ni mucho menos estaba subordinada a las decisiones de los señores NULE.

Respecto de la posibilidad de coludir en el concurso público por el cual los investigaron, manifestaron lo siguiente:

⁵ Recurso de Reposición MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, PP. 5-6.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

“Como bien lo señaló en su momento el informe motivado el pliego de condiciones estableció cinco (5) posibles mecanismos para otorgar el puntaje de la oferta económica, lo cual hace a todas luces inviable la posibilidad de acuerdo previo o colusión.

Los sobres económicos que contenían las ofertas estaban cerrados y que sólo se conocía su contenido una vez sorteado al azar el mecanismo de otorgamiento de puntaje, que podía según el pliego ser: media geométrica, media aritmética alta, media aritmética baja o la oferta más baja.

Todos los ejercicios estadísticos presentados además de no ser más que hipótesis, son altamente especulativos por cuanto parten de supuestos fácticos no verificados, pretender demostrar colusión en escenarios hipotéticos resulta absurdo y peor aún que a partir de dichos ejercicios surjan consecuencias sancionatorias.”⁶

Por otra parte, afirmaron que su conducta no se puede encuadrar en ninguna de las disposiciones del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar, y que cualquier análisis de colusión debe partir de dichas disposiciones, sin lugar a “especulaciones, suposiciones y análisis hipotéticos carentes de fundamento”.⁷

Sobre la sanción impuesta, manifestaron que para imponerla deben concurrir los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad y que ninguna de las pruebas obtenidas durante la investigación conduce a la verdad material de la manipulación de los términos del concurso de méritos convocado por el ICBF, ni a que hubiesen desplegado una conducta dolosa o gravemente culposa para obtener la adjudicación de un contrato.

Adicionalmente, señalaron que no se probó el nexo causal que debe existir entre la conducta que presuntamente desplegaron y el presunto daño antijurídico identificado en la actuación.

Finalizan afirmando que la sanción expuesta carece de motivación, pues no se argumentó de manera individual si se cumplían cada uno de los criterios de dosificación establecidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, no se individualizó a los sujetos sancionados y, en consecuencia, no desarrolló un análisis motivado de las consideraciones jurídicas por las cuales el monto de la sanción ascendió a la suma impuesta.

5.2. Argumentos de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO

Inició señalando que en ninguna parte de las consideraciones de la Resolución de Apertura de investigación se hace referencia a ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, o por lo menos de algún hecho que le hubiera permitido concluir a la Delegatura con algún grado de convicción, que había incurrido en alguna de las

⁶ Recurso de Reposición MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, P. 8.

⁷ Recurso de Reposición MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, P. 8-9.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Al respecto agrega lo siguiente:

“Lo anterior nos indica que la SIC cuenta con la etapa de investigación preliminar para recaudar todos los elementos de prueba necesarios, sobre los cuales se determina la necesidad de proseguir a la etapa de investigación, es decir, que la decisión de apertura de investigación debe por lo menos explicarle al investigado las razones que motivan la iniciación formal de una investigación, siendo insuficiente proceder como lo hizo en el presente caso la Delegatura de Protección a la Competencia, pues imputaciones tan genéricas, que no especifican en qué consiste la presunta infracción de las normas, se erige como una actuación que viola el debido proceso de mi prohijado, toda vez que al momento de su vinculación no tiene claridad sobre las pruebas que en su poder tiene la SIC, y que puedan llegar a comprometer su responsabilidad.

(...)

No es entendible, como (sic) sin existir al menos una referencia a un hecho propio que permitiera inferir que el señor RODRÍGUEZ JARAMILLO, había incurrido en las presuntas conductas ya mencionadas, procedió la Delegatura a realizar en su contra una apertura de Investigación, como si esta etapa se tratase de la Averiguación Preliminar, momento que sí debió utilizar la SIC, para al menos determinar con algún grado de certeza, si la conducta efectivamente se desplegó, e individualizar al sujeto activo de la misma, y no realizar este proceso en la etapa de investigación formal, como efectivamente lo hizo.

La Resolución de Apertura de Investigación, al ser un acto administrativo, tiene como requisito indispensable estar debidamente motivado, este requisito no se cumplió en el presente trámite, pues la SIC dentro de la Resolución 24587 del 3 de mayo de 2011, solo describe de manera general y supérflua (sic) las presuntas conductas cometidas por PONCE DE LEÓN, y nunca se refiere a conductas individuales o propias ni de la empresa ni de sus agentes, en las cuales haya presuntamente participado mi representado, conductas, que parecieron ser más un as bajo la manga del despacho, y con las cuales se investigó y sancionó.”

(...)

Es claro entonces que el Despacho se apresuró en presumir y concluir, que como no le había sido posible determinar dentro de la etapa de Averiguación Preliminar, que sujeto alguno hubiese promovido, ejecutado o tolerado, las conductas por las cuales se investigó a PONCE DE LEÓN, el único responsable posible por haber incurrido la empresa en dichas conductas, tenía que ser, per se el representante legal de la misma. Es menester dejar muy en claro, que lo que dispone el artículo 16 del Decreto 2153 de 1992, es la facultad que tiene el Superintendente de sancionar a las personas naturales que incurran en las conductas que el citado artículo describe, y no, una el castigarlas mediante una presunción en contra de los representantes legales de las empresas, como claramente lo hace la Resolución de Apertura de Investigación aquí estudiada, al invocar únicamente en el Resuelve el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, como justificación de la apertura de la investigación a mi representado.”⁸

⁸ Recurso de Reposición ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, PP. 4-6.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

De otra parte, respecto de la responsabilidad de las personas naturales consagrada en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, manifestó que de acuerdo con los requisitos establecidos por la Corte Constitucional, la misma no tiene un carácter objetivo, pues claramente es una decisión rescisoria, toda vez que afecta el ejercicio de otros derechos, los cuales son de índole fundamental. En este sentido agregó lo siguiente:

“[n]o se puede perder de vista que si el querer del legislador hubiera sido la consagración de una responsabilidad de carácter objetivo para los representantes legales de las empresas o de las personas naturales que realizan los verbos rectores indicados en la norma aquí analizada, lo hubiera hecho de manera expresa o hubiera indicado que una vez comprobada la ocurrencia de una violación de las normas de protección de la competencia, operaría de pleno derecho declarar la responsabilidad de estas personas.

(...)

Por lo anterior es necesario concluir, que la responsabilidad de las personas naturales establecida en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 es de naturaleza subjetiva, por lo que es imperioso que además de que se demuestre la participación en la ocurrencia objetiva de los hechos, se determine que el investigado actuó con culpabilidad, y por lo tanto es el verdadero responsable de lo que se le ha imputado.”⁹

Del mismo modo, manifestó que la facilitación de su nombre y firma para la presentación de las propuestas no es suficiente para dar por demostrado que ejecutó la conducta anticompetitiva, pues este hecho simplemente demuestra que como representante legal fue la persona que por parte de dicha empresa suscribió los documentos que eran necesarios para que la misma participara en el concurso, pues era la persona legalmente habilitada para hacerlo. Al respecto agregó que *“a su vez no demuestra per se, que PONCE DE LEÓN estuviese consciente de las artimañas que tramaban el grupo Nule como cabeza directiva de la organización.”¹⁰*

Señaló que la propuesta enviada por PONCE DE LEÓN fue realizada por el señor LUIS HOYOS, quien era la persona encargada de la elaboración de todas las propuestas con las cuales la empresa participaba en los distintos procesos de contratación, tanto públicos como privados. Agregó que desconocía la existencia de la empresa BITÁCORA, su composición accionaria y el hecho de que estuviese participando en el mismo proceso de selección ante el ICBF.

Sobre su relación con el GRUPO NULE señaló lo siguiente:

“Tal y como se encuentra probado dentro del proceso, el organigrama del GRUPO NULE estaba conformado por varias empresas, entre ellas PONCE DE LEÓN, organización que implicaba la existencia de una unidad de caja para manejar las distintas obligaciones de las compañías tales como seguros, nómina, servicios públicos, administración y demás conceptos, por lo cual, la existencia de correos enviados entre funcionarios de PONCE DE LEÓN a AGUAS KPITAL, bien haciendo referencia al contrato celebrado con el ICBF o de la nómina, era para efectos de expedición de pólizas, de pago de acreencias laborales entre otros, precisamente porque la unidad de caja implicaba la

⁹ Recurso de Reposición ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, P. 12.

¹⁰ Recurso de Reposición ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, P. 14.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

centralización de los distintos pagos más no que el señor Jaramillo tuviese control sobre las licitaciones a las que decidía presentarse el Grupo empresarial con intenciones anticompetitivas.

Lo anterior no implica per se, como de manera errada lo pretende hacer el Despacho, que el señor RODRÍGUEZ JARAMILLO hubiera realizado una conducta anticompetitiva y mucho menos colusiva. Una cosa es que lo (sic) controlantes del grupo, es decir los señores Miguel, Manuel y Guido NULE no hayan declarado la existencia de esta situación, lo cual (i) no era responsabilidad de mi representado, quien tampoco nunca perteneció a las juntas directivas de otras empresas distinta (sic) a PONCE DE LEÓN, y (ii) no implica la violación de las normas de libre competencia frente a las cuales se encuentra facultada esta Superintendencia; y otra situación muy diferente que se afirme que por esta situación fáctica el señor ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, se concertó con estos señores o con los representantes legales de la sociedad BITÁCORA, con el ánimo de presentar dos (2) propuestas para falsear la competencia dentro del concurso público ICBF-SN-005-2007.”¹¹

Así mismo, manifestó que para el momento en que se elaboró la propuesta económica en cuestión, se desempeñaba como Director de la Interventoría en el proyecto “Construcción del Túnel piloto Fase I del Túnel de la Línea y Ajustes de los Estudios Definitivos de la Fase II del Túnel de la Línea”, lo cual logra desvirtuar las afirmaciones realizadas por la Superintendencia en cuanto a que él ejecutó las conductas previstas en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Particularmente, sostuvo lo siguiente:

“[e]l Despacho no puede dejar de valorar, ni puede restar valor probatorio a las explicaciones dadas por mi representado en el curso del proceso, en las que fue claro en indicar que no fue la persona que elaboró la propuesta que PONCE DE LEÓN presentó, en el concurso público ICBF SN-005-2007, como su manifestación de no tener conocimiento que otros miembros del Grupo hacían lo mismo.”

Tampoco podía el Despacho restarle merito (sic) probatorio alguno, sin demostrar por lo menos lo contrario, a lo dicho por mi prohijado en el sentido de que para la fecha en la que se elaboró la propuesta, a pesar de fungir como representante legal de PONCE DE LEÓN, estaba como Director de la Interventoría en el proyecto “Construcción del Túnel Piloto Fase I del Túnel de la Línea y Ajustes de los Estudios Definitivos de la Fase II del Túnel de la Línea”, con una dedicación de 0.75 hombres – mes, de junio de 2005 a noviembre de 2009 y la obra junto con las oficinas estaban ubicadas en la población de Calarcá, departamento del Quindío, tal y como consta en la certificación otorgada por el Director de la territorial Quindío del Instituto Nacional de Vías (INVÍAS), doctor Juan Carlos Sánchez Gálvez (Anexo No. 2); limitándose a realizar sus labores de representante legal en el poco tiempo en el que se encontraba en la ciudad de Bogotá.

Labores que consistían en la realización de comités para que le informaran sobre el avance de los contratos y actividades de la empresa y en la suscripción de documentos, como ocurrió en el caso de la propuesta, siendo por lo tanto imposible que fuera el señor Jaramillo quien elaborara la propuesta presentada por PONCE DE LEÓN, quedando descartado afirmar que fue quien ejecutó la práctica anticompetitiva.”¹²

¹¹ Recurso de Reposición ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, PP. 17-18.

¹² Recurso de Reposición ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, PP. 18-19.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

Respecto de su conocimiento de la condición de socio de BITÁCORA de JORGE LUIS BETIN RODRÍGUEZ, manifestó lo siguiente:

“[I]a afirmación realizada por el Despacho, respecto el conocimiento que tenía el señor RODRÍGUEZ JARAMILLO de la condición de socio del señor Bettin (sic) de la empresa BITÁCORA no tiene sustento probatorio alguno, pues no se puede inferir del hecho del que (sic) señor Bettin (sic) fuera empleado de PONCE DE LEÓN, que mi prohijado tuviera conocimiento de las actividades económicas que sus empleados realizaban por fuera de la empresa, por lo tanto, no existe en el expediente prueba alguna que permita afirmar que el señor RODRÍGUEZ JARAMILLO tenía conocimiento de la condición de socio del señor Bettin (sic) de la empresa BITÁCORA.”¹³

En cuanto al domicilio señalado por PONCE DE LEÓN en las propuestas, considero que en ningún momento ocultó el verdadero domicilio de la empresa que representaba, lo cual es una prueba más de que no realizó ninguno de los verbos rectores contemplados en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, pues solamente se limitó a suscribir los documentos necesarios para que la empresa pudiera participar en el concurso público, pero en ningún momento los elaboró ni participó en la realización de la conducta anticompetitiva.

Sobre el pago de una bonificación a la que se hace alusión en la Resolución No. 54693 de 2013, indicó que se había opuesto al pago de tales bonificaciones mediante una comunicación escrita dirigida a Elba Barrera Gallón de fecha 29 de octubre de 2010. Al respecto señaló lo siguiente:

“[a]un cuando en el proceso se demostró que el señor RODRÍGUEZ JARAMILLO se opuso al pago de tales bonificaciones, este Despacho saca de contexto el acta de junta directiva No. 102 en la que él no participó, y de manera imprudente asocia el pago de una bonificación en el año 2010, con la obtención de una licitación en diciembre de 2007 (3 años antes), lo cual no es cierto y además es una afirmación irresponsable, pues la SIC en su calidad de juez natural para adelantar este tipo de investigaciones no fue más allá y faltó a su deber de comprobar las circunstancias de modo, tiempo y lugar que originaron la misma, sino que se limitó a asociar y afirmar hechos que no son ciertos y de los cuales no tiene certeza, como es que el pago que se hacía en 2010 correspondía a la obtención de una licitación en el año 2007.”¹⁴

Por otro lado, señaló que su actuación estuvo enmarcada dentro de la legalidad, limitándose a cumplir sus funciones como representante legal de PONCE DE LEÓN, confiando en las tareas y funciones que los demás empleados y colaboradores de la sociedad realizan para el cumplimiento de los cometidos de la empresa.

Finalmente, solicita que en caso de que sus argumentos sean improcedentes, se disminuya la sanción impuesta, en tanto que la Superintendencia omitió aplicar un razonamiento económico idóneo sobre la sanción, así como el principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa. En este sentido señala lo siguiente:

¹³ Recurso de Reposición ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, P. 19.

¹⁴ Recurso de Reposición ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, P. 23.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

“A pesar de la sensibilidad que para el Despacho tiene el mercado de los concursos públicos, no se puede perder de vista que la resolución al hacer el análisis del mercado relevante afectado por la práctica colusoria, fue muy clara en indicar que el mismo solo abarcaba el concurso público ICBF SN-005-2007, lo que descarta de tajo cualquier argumento respecto del mercado de las licitaciones públicas en general, pues no es necesario demostrar al despacho que el dinero comprometido en el concurso sobre el que recae la investigación, en comparación con el dinero que el estado dispone para la realización de concursos públicos, es una cifra insignificante.

Por lo anterior no es posible que el Despacho motive el monto al que asciende la sanción impuesta, haciendo un análisis de la conducta por fuera del mercado que fue investigado y según lo dicho por la SIC afectado.

Siendo peor aún, que si el Despacho desea valorar el impacto de la conducta sobre el mercado completo de los concursos públicos, la conclusión debe ser que la afectación es mínima, pues como se indicó en líneas anteriores, el presupuesto destinado al concurso público ICBF-SN-005-2007 es insignificante en comparación con el presupuesto de todo el Estado para la contratación por vía de concursos.

(...)

[a] pesar de que puede ser cierto lo indicado en la decisión recurrida respecto del efecto desfavorable en la sociedad de la conducta, el inciso segundo del artículo 26 antes citado, no consagra ese criterio para la cuantificación de la multa.

No sobra recordar que la afectación de la conducta en el mercado como criterio para graduar el monto de la multa va dirigida a determinar cuál fue al daño (sic) ocasionado a la competencia económica en el mercado relevante respecto al cual se desarrolló la investigación y la práctica restrictiva, lo que evidencia que la afectación social de la conducta no es criterio normativo para graduar la sanción.

(...)

Si bien el monto del contrato estatal puede dar claridad sobre la determinación del daño al patrimonio público, no puede perder de vista la SIC que su función como autoridad protectora de la competencia económica no está dirigida a la protección del patrimonio del Estado, para lo cual existen acciones propias e independientes que deben ser adelantadas por las autoridades competentes (V.gr. Responsabilidad fiscal, acción de repetición etc.)

Lo segundo que es necesario indicar respecto del argumento esgrimido por el Despacho, es que si bien el presupuesto que el ICBF tenía destinado para el concurso público CP-ICBF-SN-005-2007 era de \$14.400.000.000, es incorrecto aseverar que a ese monto asciende el supuesto daño patrimonial al Estado, pues:

1) Ese no fue el valor de la oferta presentada por la empresa PONCE DE LEÓN, y por lo tanto el contrato celebrado ni siquiera llegó a ese monto; y

2) Independientemente de la realización de una práctica colusoria en el concurso público CP-ICBF-SN-005-2007, el contrato iba a ser adjudicado a cualquier proponente por un

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

valor que oscilaba entre el 0.9 y el 1 del valor antes citado, lo que evidentemente descarta poder afirmar que el daño al patrimonio público ascendió a \$14.400.000.000.”¹⁵

5.3. Argumentos de LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO

Frente a la tipificación de la conducta, manifestó que su calidad en MNV era la de un administrador de derecho y no de hecho, por lo que no basta con señalar que facilitó su nombre y firma para la presentación de una propuesta para tipificar su conducta como restrictiva de la competencia, sino que era necesario que se indicaran las conductas específicas a través de las cuales participó o toleró que otras personas hicieran acuerdos de esa naturaleza. Al respecto agregó lo siguiente:

“Lo cierto es que la resolución es vaga en decir si el suscrito fue sancionado por acción u omisión. simplemente (sic) se centra en hacer afirmaciones que carecen de soporte jurídico, desde todo punto de vista. No es cierto que el suscrito haya ocultado la dirección de la sociedad MNV S.A puesto que para cualquier proceso de selección de contratistas debe aportarse el certificado de existencia y representación legal donde debe reposar el domicilio de la persona jurídica. Tampoco es cierto que yo conociera que otras empresas se estaban presentando a tras (sic) de otros consorcios. máxime (sic) cuando es el mismo Superintendente quien establece que mi actuar se limitó a plasmar mi firma en los documentos para presentar la propuesta.

Recuerde señor Superintendente que en el caso concreto de MNV S.A, la propuesta se presentó en consorcio con otras dos firmas reconocidas dentro del sector de la consultoría Colombiana y fue con ellas únicamente con las que el suscrito tuvo relación para la preparación de la propuesta, inclusive fue en sus instalaciones donde se llevó a cabo esto.

Resulta alejado de la realidad que se pretenda encuadrar la conducta desplegada como constitutiva de colusión, cuando a juicio del Despacho la designación de dirección de notificación del proponente no fue la de MNV S.A., y ese simple hecho permite al juzgador inferir que se desplegó la conducta, desconociendo que las reglas de la experiencia indican que en caso de proponentes plurales su domicilio puede ser uno cualquiera de los miembros que lo conforma.”¹⁶

Sobre el proceso de selección adelantado por el ICBF, señaló que si la propuesta de MNV hubiese sido admitida, el pliego de condiciones establecía cinco mecanismos de adjudicación para que se escogiera objetivamente la oferta económica dentro de la libre competencia. Además, por tratarse de un concurso con sobre cerrado, la propuesta económica del consorcio que integró MNV no se conoció durante el proceso, por lo que no se pudo evidenciar si los precios ofrecidos fueron concertados con otras empresas que hacían parte de la competencia para restringir el acceso al mercado de otros proponentes. Al respecto agregó lo siguiente:

“No le asiste razón al Despacho cuando afirma que la situación de rechazo no cambia el caso analizado, al no entrar la oferta en el sorteo final, simplemente jurídicamente no hay razón a que se tenga en cuenta no sólo dentro del proceso sino para cualquier efecto

¹⁵ Recurso de Reposición ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, PP. 25-28.

¹⁶ Recurso de Reposición LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, PP. 2-3.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

sancionatorio como el que nos ocupa. Una propuesta que no fue tomada en cuenta, por no cumplir los mínimos exigidos en el pliego de condiciones, mal puede presumirse colusiva.”¹⁷

En adición a lo anterior, considero que desde un punto de vista conceptual, un administrador de derecho es aquella persona que previo nombramiento del órgano social facultado para ello ha aceptado el cargo de representante legal y se encuentra plenamente vigente en sus facultades. Indicó que muy diferente es quien cumple las funciones de administrador de hecho, como quien es declarado controlante por una decisión administrativa, pues esta persona a pesar de no estar legitimada para actuar, adopta apariencia jurídica de administrador formal ante terceros. En este sentido señalé lo siguiente:

“Bajo el entendido del argumento que antecede, note usted que en el plenario no se practicó ninguna prueba que condujera a la veracidad sobre el conocimiento que el suscrito supuestamente tuvo de los acuerdos a los que hayan llegado otras personas para lograr la adjudicación de un contrato con el INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR ICBF. Mucho menos si la propuesta que presentó MNV S.A. no fue seleccionada como adjudicataria dentro del referido concurso.

En ese orden de ideas el suscrito desconoció, y así lo he manifestado en las diferentes etapas procesales, cualquier acuerdo tendiente a la preparación y ejecución de acuerdos restrictivos de la competencia y mi conducta se limitó única y exclusivamente a la suscripción de los documentos requeridos para que MNV S.A participara como miembro del consorcio interventoría industrial ICBF 2007 integrado por APPLUS NORCONTROL COLOMBIA LTDA, MNV S.A e INTERAUDIT S.A.

No obra en el plenario prueba alguna que demuestre la colusión, o mejor, mi participación en la misma, hay diferencias del Despacho a todas luces contrarias a las reglas de la experiencia, hacen suposiciones sobre hechos inexistentes, o de los cuales jamás participé, de haber existido, no hay prueba de reunión con los demás oferentes, documento, acuerdo, convenio o cualquier otro negocio jurídico previo que sustente la colusión, el análisis estadístico presentado no prueba colusión, más aun si se tiene en cuenta que la oferta de la sociedad que representé nunca estuvo habilitada ni participó en el sorteo de la fórmula.

En derecho sancionador no es procedente, sin plena prueba de la participación en la conducta investigada, imponer sanción a los investigados, se vulnera abiertamente el debido proceso, derecho fundamental, en su expresión de in dubio pro investigado, que es lo que ocurre con la Resolución que se recurre.”¹⁸

Frente a la sanción, considero lo siguiente respecto de los criterios que se deben tener en cuenta para su dosificación:

“(…) MNV S.A mucho menos el suscrito obtuvimos beneficio alguno del proceso de selección que adelantó el ICBF, pues como ya hemos sido enfáticos la propuesta conformada por MNV S.A fue inhabilitada previa a la apertura de los sobres. (sic) De otro lado el grado de participación del suscrito es nulo puesto que como lo he reiterado mi

¹⁷ Recurso de Reposición LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, P. 3.

¹⁸ Recurso de Reposición LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, P. 5.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

única conducta fue la de ejercer las funciones que por derecho me correspondían en mi calidad de representante legal de la sociedad, desconociendo actos de naturaleza restrictiva frente al mercado competitivo.

La multa es improcedente por desconocer el debido proceso y la realidad procesal como ya se ha manifestado, no obstante, si en gracia de discusión se aceptara su procedencia, la tasación de la misma es alejada de los parámetros anotados.”¹⁹

SEXTO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 56 del Código Contencioso Administrativo, Decreto 01 de 1984²⁰, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que el funcionario decrete pruebas de oficio. En el presente caso, teniendo en cuenta la evidencia que obra en el expediente, no se considera procedente decretar pruebas de oficio.

SÉPTIMO: Que de conformidad con el artículo 59 del Código Contencioso Administrativo este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados en los siguientes términos:

En esencia, MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO argumentan que (i) la Resolución de la Superintendencia de Sociedades por la cual se declaró la existencia del GRUPO NULE, no determina correctamente el control de los señores NULE sobre las empresas conformantes del Grupo y, adicionalmente, que operó el decaimiento de dicho acto administrativo; (ii) no pudieron existir prácticas restrictivas de la competencia porque la posibilidad de un acuerdo colusorio es inviable en un concurso como el propuesto por el ICBF; y (iii) no se ha violado disposición alguna del Estatuto de Contratación.

Por su parte, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO argumentó, en esencia, que (i) la Resolución de Apertura no estuvo debidamente motivada; y (ii) no está demostrada su responsabilidad en la realización de la conducta.

Así mismo, LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO argumentó que (i) no se tipificó la conducta en tanto fueron los señores NULE quienes ejecutaron las conductas colusivas; (ii) no existió colusión en tanto MNV fue descalificada en el proceso; y (iii) no se tuvo en cuenta que fungía como un administrador de derecho y no de hecho.

Por último, todos los recurrentes argumentaron que se aplicaron erróneamente o no se aplicaron criterios de dosificación en la tasación de las multas impuestas.

De acuerdo con lo anterior, la respuesta de este Despacho a los recursos de reposición interpuestos por los investigados se concentrará en abordar estos argumentos.

¹⁹ Recurso de Reposición LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, P. 6.

²⁰ Norma aplicable en virtud de la fecha de inicio de la actuación administrativa.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

7.1. Sobre la Resolución No. 126-07070 de la Superintendencia de Sociedades

En su recurso, MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO reiteran lo manifestado en las observaciones al Informe Motivado, en el sentido que los fundamentos de hecho que dieron lugar a la expedición de la Resolución No. 126-07070 de la Superintendencia de Sociedades desaparecieron como consecuencia de la venta el 19 de junio de 2010 de las acciones que tenían en la sociedad matriz MNV. De esta manera, se habría presentado la figura del decaimiento de dicho acto administrativo.

En línea con lo anterior, agregaron que la Resolución de la Superintendencia de Sociedades carece de fuerza ejecutoria al no existir nexo alguno entre los controlantes declarados y las sociedades, situación que imposibilita el ejercicio del control efectivo conforme lo dispone el Código de Comercio y hace inoperante la declaratoria contenida en la Resolución e inexistentes los presupuestos legales de configuración de control.

Al respecto, este Despacho reitera lo expuesto en la Resolución No. 54693 de 2013, en la que ante los mismos argumentos, se precisó que la decisión de la Superintendencia de Sociedades en la que declara la situación de control de MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA, MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO sobre las empresas que conformaban el GRUPO NULE, entre ellas MNV, BITÁCORA y PONCE DE LEÓN, se presume legal.

Ciertamente, sobre la base de que el acto administrativo de la Superintendencia de Sociedades se encuentra protegido por la presunción de legalidad, éste tiene fuerza ejecutoria mientras no exista pronunciamiento judicial definitivo que declare su nulidad o provisional que ordene su suspensión. En este sentido, la Resolución No. 126-07070 de la Superintendencia de Sociedades sólo perderá fuerza ejecutoria al dejar de ser obligatorio y, en consecuencia, exigible.

De acuerdo con lo anterior, el decaimiento de la Resolución de la Superintendencia de Sociedades por haber supuestamente desaparecido sus fundamentos de hecho o de derecho a los que hacen referencia MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO en el recurso de reposición, debe ser declarado por un juez administrativo luego de haber estudiado los presupuestos que dan lugar a la supuesta modificación de los fundamentos que permitieron su expedición, y de haber llegado a la conclusión de que dichos fundamentos efectivamente desaparecieron.

De igual manera, el argumento sobre la inexistencia de los presupuestos legales de configuración de control en la Resolución No. 126-07070 de la Superintendencia de Sociedades deben ser rechazado, en tanto que este no es el escenario para atacar los fundamentos y razones que tuvo la Superintendencia de Sociedades para expedir dicho administrativo, el cual, se insiste, se encuentra en firme y goza de presunción de legalidad.

En efecto, no es competencia de esta Entidad estudiar la legalidad de dicho acto administrativo y mucho menos estudiar la motivación del mismo, pues estaría extralimitando sus competencias. Por estas razones, no es tarea de la Superintendencia

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

de Industria y Comercio verificar si se cumplían los presupuestos de la existencia de control de los señores NULE sobre las empresas MNV, BITÁCORA y PONCE DE LEÓN, pues dichos presupuestos ya fueron previamente establecidos por la Resolución No. 126-007070 de la Superintendencia de Sociedades.

No obstante lo anterior, debe reiterarse que la supuesta venta el 19 de junio de 2010 de las acciones que tenían los señores NULE en la empresa MNV a la que hacen referencia tanto en las observaciones al Informe Motivado como en el recurso de reposición, no demerita que la unidad de propósito y dirección del GRUPO NULE - reconocida y declarada por la Superintendencia de Sociedades-, se viniera presentando desde al menos el año 2003 y hasta la fecha de la supuesta venta de acciones, la cual, en todo caso, fue tiempo después de la conducta por la cual se les sancionó mediante la Resolución No. 54693 de 2013. En efecto, comoquiera que la estrategia anticompetitiva adelantada por el GRUPO NULE en el Concurso Público ICBF SN-005-2007 inició en el 2007, es claro que la supuesta venta de las acciones no afecta la imputación que dio lugar a la investigación por violación al régimen de competencia.

De otra parte, MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO manifiestan respecto de la Resolución No. 126-07070 de la Superintendencia de Sociedades, que *“no es suficiente tener como indicio una resolución de la cual se presume su legalidad, pero que en su parte motiva no desarrolla lo suficiente y en consecuencia no brinda los elementos suficientes para sostener que efectivamente existió un control por parte de mis defendidos. Siendo ello así, mucho menos podría existir un nexo de causalidad entre la conducta de mis poderdantes y la práctica de una conducta colusiva.”*²¹

Al respecto, debe advertirse una vez más a los recurrentes que, contrario a su dicho, esta Superintendencia no sustentó la comisión de las conductas anticompetitivas únicamente en el indicio que implicaba la resolución que declaró la existencia del GRUPO NULE, sino que se tuvieron en cuenta muchos otros indicios y pruebas obrantes en el expediente, que dan cuenta de la participación de los señores NULE y los otros sancionados en la conducta investigada, tales como las similitudes en las propuestas presentadas en el concurso, correos electrónicos que daban cuenta del direccionamiento del grupo respecto de la ejecución del contrato, la estrategia de ocultamiento de la existencia del grupo empresarial para distorsionar el proceso competitivo de la contratación adelantada por el ICBF, el análisis económico de las posturas de cada uno, etc. Así, es claro que el hecho de la existencia del GRUPO NULE es tan solo uno de los muchos factores con los cuales se demostró que la competencia fue falseada en el proceso de contratación que tuvo lugar ante el ICBF.

Desde esta perspectiva, este Despacho debe señalar que los indicios no solo son un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, así como para probar cualquier otro hecho dentro de un proceso, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

²¹ Recurso de Reposición de MANUEL NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, P. 6.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

En efecto, como se manifestó en la Resolución de Sanción, los acuerdos para manipular licitaciones son por regla general difíciles de detectar, pues normalmente se realizan de forma secreta. Por lo tanto, en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregularidades en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta. Tan es cierto lo anterior que la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha diseñado guías para combatir la colusión en licitaciones, en las cuales establece los indicios que llevan a demostrar la existencia de este tipo de conductas anticompetitivas.²²

Más aún, como también se señaló en la Resolución de Sanción, internacionalmente se reconoce que los indicios juegan un papel fundamental en la identificación de acuerdos anticompetitivos, en la medida en que en la mayoría de investigaciones por la supuesta comisión de acuerdos no existe un documento en el que conste el contrato o el cartel, pero sí numerosas piezas procesales a partir de las cuales el juez o la administración pueden concluir, con certeza absoluta, que existió una conducta ilegal. Así, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

*“...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que “el derecho a la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados -no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicitar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ... hay que resaltar -continúa la sentencia indicada- que estas pruebas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o concertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda”. Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia”²³.
(Subrayas fuera del texto original)*

En igual sentido, la autoridad Argentina de la Competencia manifestó en relación con este punto en particular lo siguiente:

“(...) es usual en la jurisprudencia antitrust reconocer que este tipo de conductas frecuentemente no puede probarse de forma directa, ya que resulta muy probable que los participantes en una concertación o acuerdo de reparto de cuotas, clientes y de precios no lo dejen plasmado en un documento. (...) En consecuencia, cuando no se

²² ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO – OCDE. Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas. Febrero 2009.

²³ RESOLUCIÓN (Expediente. 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. www.tdcompetencia.es

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

tiene una prueba directa del acuerdo para probar su existencia debe recurrirse a una prueba indirecta, básicamente indicios y presunciones”²⁴.

De esta forma, los indicios no solo son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas y otros hechos en el derecho colombiano, sino que además son el medio probatorio más idóneo en el derecho de la competencia. Las prácticas restrictivas de la competencia, como la presente, pueden ser probadas y de hecho son probadas por medio de indicios que lleven al absoluto convencimiento de que la conducta existió.

En este caso, los indicios obrantes en el expediente y las demás pruebas, no dejan duda de la existencia de una conducta que tuvo por objeto alterar la competencia en el proceso de contratación pública convocado por el ICBF.

7.2. Sobre los argumentos relacionados con la inviabilidad de un acuerdo colusorio en un concurso como el propuesto por el ICBF

En su Recurso de reposición, MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO señalaron que en este caso no existieron conductas violatorias de la libre competencia porque la posibilidad de un acuerdo colusorio es inviable en un concurso como el propuesto por el ICBF. Más específicamente, señalaron lo siguiente:

“Como bien lo señaló en su momento el informe motivado el pliego de condiciones estableció cinco (5) posibles mecanismos para otorgar el puntaje de la oferta económica, lo cual hace a todas luces inviable la posibilidad de acuerdo previo o colusión.

Los sobres económicos que contenían las ofertas estaban cerrados y que sólo se conocía su contenido una vez sorteado al azar el mecanismo de otorgamiento de puntaje, que podía según el pliego ser: media geométrica, media aritmética, media aritmética alta, media aritmética baja o la oferta más baja.

Todos los ejercicios estadísticos presentados además de no ser más que hipótesis, son altamente especulativos por cuanto parten de supuestos fácticos no verificados, pretender demostrar colusión en escenarios hipotéticos resulta absurdo y peor aun (sic) que a partir de dichos ejercicios surjan consecuencias sancionatorias”²⁵.

Por su parte, LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO también señala esa característica del proceso de selección del ICBF como contradicción a cualquier conducta anticompetitiva en el mismo:

“Desde esa óptica he sostenido que si MNV S.A hubiere sido admitido (sic) en el proceso de selección, debió tener en cuenta la Superintendencia que el pliego de condiciones establecía cinco mecanismos de adjudicación para que dentro de la libre competencia el ICBF escogiera objetivamente la oferta económica”²⁶.

²⁴ Comisión Nacional de la Competencia Argentina. Dictamen 513 de 2005 pág. 40-41.

²⁵ Recurso de Reposición de MANUEL NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, P. 8.

²⁶ Recurso de Reposición de LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, P. 3.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

En esencia, los sancionados reclamaron que, tal y como estaba diseñado el proceso licitatorio (el cual preveía el sorteo del método de cálculo del puntaje de cada propuesta), era imposible llevar a cabo un pacto colusorio. Esto llevaría a que la sanción impuesta quede sin sustento, pues obviamente es ilógico sancionar un imposible.

Este Despacho debe apartarse de la postura expuesta por los recurrentes y rechazarla categóricamente. En efecto, la Resolución atacada contiene un modelo basado en el marco conceptual avanzado por la teoría de juegos en el que se tiene en cuenta el sorteo que contemplaban los pliegos de condiciones del proceso de selección. Con dicho modelo, este Despacho logró replicar las propuestas presentadas por el GRUPO NULE con un margen de error del 0% y del 0,89%, lo que demuestra su robustez predictiva.

En el pasado esta misma Superintendencia ya ha probado que la existencia de colusión en procesos licitatorios que en su diseño contaban con un sorteo del método de cálculo de valoración de propuestas es posible. En este sentido, por ejemplo, este Despacho pone de presente la Resolución 64400 de 2011, por la que se sancionaron a dos empresas que coludieron en un proceso de licitación para la construcción de una carretera que contemplaba un sorteo similar al que presentó la licitación que ocupa este caso. En ese evento, mediante el uso de técnicas propias de la teoría de juegos, esta Superintendencia logró replicar las propuestas de los sancionados con un margen de error ínfimo, incluso al existir dicho sorteo como fuente de incertidumbre para los licitantes.

Por lo tanto, aseverar categóricamente, como hacen los sancionados, que es imposible elaborar un esquema colusorio cuando los pliegos de condiciones de un proceso licitatorio prevén llevar a cabo un sorteo al azar del método de cálculo de valoración de las propuestas presentadas, es inválido. Además, lo anterior es cierto no sólo en un plano meramente teórico, sino también en la práctica, como se pudo constatar tanto en la Resolución atacada como en la mencionada anteriormente.

Sin embargo, vale la pena recordar que en este caso esta Superintendencia ejecutó el análisis sobre el objeto de la conducta sancionada y no sobre su efecto. Así, un análisis pormenorizado sobre el efecto exacto sobre las probabilidades de éxito de los sancionados y de los competidores no es necesario para hallar que la conducta fue violatoria del régimen de competencia. Por tal motivo, esta Superintendencia contó legalmente con los elementos suficientes para sancionar la conducta en cuestión.

7.3. Sobre los argumentos relacionados con que no se ha violado disposición alguna del Estatuto de Contratación

MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO manifestaron en los siguientes términos que cualquier investigación por colusión debe partir de un incumplimiento a lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública:

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

“Debe considerarse que la recomendación que antecedió la resolución atacada se basó en la Ley 1150 de 2007 y a la fecha de diciembre de 2007 en que se adelantó el concurso de méritos, no estaba vigente, por ello resultan equivocadas todas las alusiones a ella, a menos que pretenda el Despacho darle un alcance retroactivo del que carece.

*En estricta aplicación de las disposiciones del artículo 8 de la Ley 80 de 1993, sobre inhabilidades e incompatibilidades para contratar, que además de taxativas resulta imposible su aplicación analógica o extensiva, no encontramos en cuál de ellas puede encuadrar la conducta de MNV S.A., PONCE DE LEÓN & ASOCIADOS S.A. o BITÁCORA SOLUCIONES CÍA LTDA., sus accionistas o Representante Legal. **Cualquier análisis de colusión debe partir de dicha disposición, sin lugar a especulaciones, suposiciones y análisis hipotéticos carentes de fundamento.***

Pretender demostrar la existencia de colusión cuando no hay en el Estatuto General de Contratación Estatal disposición alguna que resulte vulnerada, en cuanto a norma especial para el caso de inhabilidades, carece de todo fundamento jurídico, además, la manipulación de un proceso con un número plural de oferentes y número igualmente de mecanismos para otorgar puntaje no resulta probable.²⁷ (Negrilla fuera de texto)

Respecto de este argumento -manifestado también en las observaciones al Informe Motivado-, según el cual cualquier análisis de colusión debe partir del artículo 8 de la Ley 80 de 1993 sobre inhabilidades e incompatibilidades, y en el presente caso no existe en el Estatuto General de Contratación Estatal disposición alguna que resulte vulnerada, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución No. 54693. La investigación adelantada por esta Entidad tiene origen en la violación a las normas contenidas en el régimen de la competencia, es decir aquellas consagradas en la Ley 155 de 1959 y el Decreto 2153 de 1992, sin que se haya imputado la violación de normas contenidas en el régimen de contratación estatal.

De acuerdo con lo anterior, los argumentos expuestos en tal sentido en el recurso de reposición no resultan procedentes, en tanto que el análisis de incumplimiento a lo dispuesto por el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública no fue objeto de estudio o valoración por no ser competencia de esta Superintendencia.

7.4. Sobre los argumentos relacionados con que la Resolución de Apertura no estuvo debidamente motivada

ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO manifestó en su recurso que en ninguna parte de las consideraciones de la Resolución de Apertura de Investigación se hace referencia a él, o por lo menos de algún hecho que le hubiera permitido concluir a la Delegatura con algún grado de convicción, que había incurrido en alguna de las conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Al respecto, es pertinente poner de presente al investigado que contrario a su dicho, la Resolución de Apertura se refirió de manera precisa y concreta a él, señalando que se ordenaría la apertura de una investigación para determinar si ANTONIO JOSÉ

²⁷ Recurso de Reposición de MANUEL NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, P. 8.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

RODRÍGUEZ JARAMILLO habría infringido el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, al autorizar, ejecutar o tolerar la conducta expuesta en detalle en dicho acto administrativo. Específicamente, la Resolución de Apertura No. 24587 de 2011 señaló lo siguiente:

“13.2. Autorización, ejecución o tolerancia de las conductas anticompetitivas

Según lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el numeral 14 del artículo 3º del Decreto 1687 de 2010, están sujetos a las sanciones allí previstas, los administradores, directores, representantes legales, revisores fiscales y demás personas naturales que autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas restrictivas.

*Así las cosas, los señores VIVIANA NULE VELILLA, **ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO** JORGE LUIS BETTIN (sic) RODRÍGUEZ en su calidad de representantes legales de las empresas MNV S.A., PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES, y BITÁCORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LTDA., y HORACIO MENDOZA MARTÍNEZ y CIA LTDA., para la época de los hechos objeto de investigación pudieron haber infringido la **norma citada anteriormente, al autorizar, ejecutar o tolerar los comportamientos descritos a lo largo del presente acto en el concurso público ICBF SN-005 DE 2007**”. (Negrilla fuera de texto)*

Como puede observarse, la Resolución de Apertura de Investigación hace referencia expresa al inicio de la investigación respecto de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, para determinar si, como representante legal de PONCE DE LEÓN, autorizó, ejecutó o toleró, las conductas imputadas a dicha empresa, esto es, la colusión como integrante del GRUPO NULE en el concurso público ICBF SN-005 de 2007. Ahora bien, debe notarse que al momento de abrir la investigación la Delegatura para la Protección de la Competencia simplemente debe considerar si existe mérito para realizar una investigación, precisamente para establecer si en efecto el investigado incurrió en la conducta reprochada. Por lo tanto, será precisamente la labor desplegada durante la investigación la que permita llegar a determinar o desvirtuar la ocurrencia de la misma, con base en las pruebas practicadas durante la etapa de instrucción.

En este orden de ideas, no es de recibo el argumento según el cual se vulneró el debido proceso de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO por no haber conocido la razón de su vinculación a la investigación, en tanto que durante el curso de la investigación tuvo la oportunidad de conocer y pronunciarse sobre las pruebas recaudadas y las alegaciones que en su contra fueron expuestas tanto en el Informe Motivado como en la Resolución de Sanción. Además, habiendo participado de manera activa en la actuación, y habiendo ejercido el derecho de defensa a través de las alegaciones presentadas verbalmente y por escrito, no resulta admisible argumentar una vulneración al debido proceso que no existió.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

7.5. Sobre los argumentos relacionados con que no está demostrada la responsabilidad de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO en la realización de la conducta.

En primer lugar, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO manifestó que la sanción contenida en la Resolución No. 54693 de 2013 se le habría impuesto en aplicación de responsabilidad objetiva y en vulneración de la presunción de inocencia. Al respecto señaló lo siguiente:

“Aunque las normas que regulan la competencia de la SIC y todo lo relativo a la protección de la competencia económica no establecen que la responsabilidad de las personas naturales por la infracción de dicho ordenamiento sea subjetiva, la naturaleza de la responsabilidad debe ser interpretada acorde con el ordenamiento jurídico colombiano, especialmente con las normas constitucionales que así lo demandan.

(...)

La Corte Constitucional ha dicho en varias oportunidades que por regla general, en materia sancionatoria está proscrita toda forma de responsabilidad objetiva, pues la misma atenta contra las garantías fundamentales de dignidad humana y debido proceso, especialmente con la garantía fundamental de la presunción de inocencia.

(...)

Por lo tanto, es deber de la SIC verificar dos elementos de manera previa a imponer multas previstas en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. En primer lugar, hay que adelantar un procedimiento con observancia de las formalidades previstas en el ordenamiento jurídico en el que se pruebe la ocurrencia de los hechos investigados, y en segundo lugar, tener demostrada la culpabilidad de la persona que se sanciona, pues esta es la única forma de comprobar una verdadera participación de los investigados en la comisión de la conducta.

(...)

Para esta defensa es claro que la facultad de imponer la multa prevista en las normas mencionadas NO cumple los requisitos establecidos por la Corte Constitucional para que se pudiera predicar que es una responsabilidad de carácter objetivo, pues claramente es una sanción rescisoria, toda vez que afecta el ejercicio de otros derechos, los cuales son de índole fundamental (...)

(...)

Por lo anterior es necesario concluir, que la responsabilidad de las personas naturales establecida en el artículo 26 de la ley 1340 de 2009 es de naturaleza subjetiva, por lo que es imperioso que además se demuestre la participación en la ocurrencia objetiva de los hechos, se determine que el investigado actuó con culpabilidad, y por lo tanto es el verdadero responsable de lo que se le ha imputado.”²⁸

²⁸ Recurso de Reposición de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, PP. 8-11.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

Por su parte, LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO manifestó que su calidad en MNV era la de un administrador de derecho y no un administrador de hecho, por lo que no basta con señalar que facilitó su nombre y firma para la presentación de una propuesta para tipificar su conducta como restrictiva de la competencia.

Frente a estos argumentos presentados por los recurrentes, este Despacho considera relevante realizar las siguientes precisiones:

En primer lugar, debe señalarse que la Corte Constitucional en reiterada jurisprudencia ha considerado que los principios del derecho penal no son aplicables a raja tabla en el derecho administrativo sancionador. Sobre este aspecto particular, en la sentencia C-595 de 2010, manifestó:

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

No obstante lo anterior, debe este Despacho dejar absolutamente claro que la responsabilidad que se les imputa a las personas naturales sancionadas en el acto administrativo recurrido no es de ninguna forma objetiva, tal y como lo ha señalado en diversas oportunidades.²⁹ En efecto, es claro que la sanción impuesta a ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO no corresponde a la aplicación de responsabilidad objetiva, comoquiera que al ordenarse la apertura de la investigación en su contra, se solicitaron las explicaciones pertinentes, se les brindó la oportunidad para solicitar y allegar pruebas para desvirtuar los hechos imputados, así como para efectuar las observaciones al Informe Motivado. Finalmente mediante decisión motivada y con base en las pruebas obrantes en el expediente, se determinó que al menos toleraron una práctica restrictiva de la competencia, decisión que les fue notificada en los términos previstos en la ley y con indicación de los recursos procedentes, los cuales ahora se resuelven. A tal conclusión se llegó con base en la participación que cada uno de ellos tuvo en el proceso de contratación en cuestión.

En particular, de acuerdo con los argumentos de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, su responsabilidad no está plenamente demostrada en el expediente, en tanto que afirma no haber tenido acceso o poder de decisión directo sobre las conductas endilgadas a PONCE DE LEÓN, razón por la cual, se estaría aplicando una responsabilidad objetiva por parte de esta Entidad. Al respecto señala lo siguiente:

“[e]l señor RODRÍGUEZ JARAMILLO, como representante legal de PONCE DE LEÓN no era la persona encargada de elaborar las propuestas para los concursos públicos en

²⁹ Ver Resoluciones SIC 16196 de 2006 y 42411 de 2010, entre otras.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

los que se presentaba, toda vez, que como quedó expresado en la declaración rendida por mi prohijado, era el señor Luis Hoyos el encargado de elaborar las propuestas según la organización que tenía la empresa.

(...)

(...) para la fecha en que se elaboró la propuesta, a pesar de fungir como representante legal de PONCE DE LEÓN, estaba como Director de la Interventoría en el proyecto “Construcción del Túnel Piloto Fase I del Túnel de la Línea y Ajustes de los Estudios Definitivos de la Fase II del Túnel de la Línea (...)”³⁰

En similar sentido se pronunció LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO en los siguientes términos:

“No tuvo en cuenta el Despacho dentro del acto administrativo mediante el cual se resuelve sancionar, que el suscrito simplemente era un administrador de derecho (...)”

Desde un punto de vista conceptual, como es bien sabido por Usted, un administrador de derecho, como lo fue el suscrito en la sociedad MNV S.A. es aquella persona que previo nombramiento del órgano social facultado para ello (asamblea de accionistas o junta directiva), ha aceptado su cargo (representante legal) y se encuentra plenamente vigente en sus facultades, todo ello con base en un acuerdo formal debidamente inscrito ante la Cámara de Comercio y publicado en el correspondiente registro mercantil.

Muy diferente es quien cumple las funciones de administrador de hecho (...)”³¹

Difiere este Despacho de las posiciones arriba planteadas, pues son abundantes los elementos que obran en el expediente que demuestran que ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO tenían pleno conocimiento de la conducta que se estaba ejecutando, esto es, la estrategia anticompetitiva para lograr de manera fraudulenta la adjudicación del contrato con el ICBF a un integrante del GRUPO NULE.

En efecto, respecto de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, es claro que como representante de una de las empresas conformantes del GRUPO NULE, debía conocer qué otras empresas hacían parte del grupo empresarial al que pertenecía, incluyendo a las empresas BITÁCORA y MNV, con las cuales estaba compitiendo PONCE DE LEÓN en el Concurso Público ICBF SN-005-2007. Al respecto debe resaltarse que tal y como se demostró en la Resolución de Sanción, tanto estas empresas, como sus socios y representantes no son desconocidos entre ellos, pues aparte de pertenecer al mismo grupo empresarial, mantuvieron estrechas relaciones comerciales que incluyen la conformación de consorcios para presentarse a contrataciones públicas.

Así fue confirmado por el mismo ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO en interrogatorio rendido ante esta Entidad, cuando fue preguntado sobre el conocimiento que tenía de las empresas conformantes del GRUPO NULE para la época de la

³⁰Recurso de Reposición de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, PP. 15-18.

³¹Recurso de Reposición LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, P. 4.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

convocatoria del ICBF, específicamente de la empresa BITÁCORA, con la que estaba aparentando competencia en el concurso:

“Pregunta: ¿Para la fecha de la convocatoria, conocía a la empresa BITÁCORA SOLUCIONES?

Respuesta: Sí.

Pregunta: ¿Por qué?

Respuesta: Porque era una empresa que era del grupo.”³²

En adición a lo anterior, y contrario a lo manifestado en los recursos de reposición presentados por ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO³³, en el expediente obra evidencia a partir de la cual se puede afirmar que aparte de conocer las empresas integrantes del GRUPO NULE, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO también conocían que algunas de ellas estaban participando en el Concurso Público ICBF SN-005-2007. En efecto, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO conocía que MNV y BITÁCORA se encontraban participando en el referido concurso junto con PONCE DE LEÓN, empresa de la cual era el representante legal titular y el encargado de liderar, suscribir y presentar las propuestas para participar en el mencionado concurso convocado por el ICBF. Lo mismo se puede predicar respecto de LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO quien también conocía que PONCE DE LEÓN y BITÁCORA participaban en el concurso junto con MNV.

Existe extenso material probatorio que da cuenta de que ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO tenían pleno conocimiento de la participación de otras empresas pertenecientes al GRUPO NULE (MNV y BITÁCORA para el caso de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y BITÁCORA y PONCE DE LEÓN para el caso de LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO) en el Concurso Público ICBF SN-005-2007. Ejemplo de lo anterior son las abundantes comunicaciones del ICBF dirigidas a ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO con entrega a la mano algunas de ellas³⁴, en las que se les

³² Interrogatorio rendido por ANTONIO JOSE RODRÍGUEZ JARAMILLO el 1 de agosto de 2012, obrante a folios 7408 a 7410 del Cuaderno Público No. 35 del Expediente.

³³ En la página 19 del recurso de reposición, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO manifiesta lo siguiente:

“También es importante resaltar que mi prohijado en ningún momento tuvo conocimiento que otras empresas pertenecientes al Grupo NULE se iban a presentar en el concurso público ICBF SN-005-2007, lo que hace imposible afirmar que fue la persona que se concertó con los demás proponentes para la realización de la conducta anticompetitiva.”

En similar sentido, LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO manifestó lo siguiente en la página 2 de su recurso de reposición:

“Tampoco es cierto que yo conociera que otras empresas se estaban presentando a tras (sic) de otros consorcios, máxime cuando es el mismo Superintendente quien establece que mi actuar se limitó a plasmar mi firma en los documentos para presentar la propuesta.”

³⁴ Documentos obrantes en CD a folio 2864 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

pone de presente que las otras empresas del GRUPO NULE conocidas por ellos eran también participantes en el concurso.

Ejemplos adicionales de lo anterior son los siguientes documentos obrantes en el expediente, enviados a ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO en los que se les ponen de presente los demás participantes en el Concurso Público ICBF SN-005-2007, incluyendo las empresas pertenecientes al GRUPO NULE conocidas por ellos:

- Informe de Evaluación Jurídico y Técnico **para Traslado a los Oferentes.**³⁵ (Negrilla fuera de texto)
- Observaciones recibidas por parte de los proponentes en desarrollo del Concurso Público ICBF-CP-005-2007. Dirigida a ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO.³⁶
- Respuestas del ICBF a las Observaciones presentadas por los proponentes en desarrollo del Concurso Público ICBF-CP-005-2007.³⁷
- Resolución No. 3722 de 20 de diciembre de 2007 del ICBF.³⁸

Lo anterior demuestra que, aun si se aceptara que para ese momento ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO desconocían que las demás empresas pertenecientes al GRUPO NULE estaban participando en el concurso en cuestión, al revisar dichas comunicaciones necesariamente se pondrían al tanto de tal circunstancia.

De hecho, el propio ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO en su recurso de reposición manifiesta que era informado en comités sobre el avance de las actividades de la empresa, en especial la propuesta para el ICBF:

“(...) limitándose a realizar sus labores de representante legal en el poco tiempo en que se encontraba en la ciudad de Bogotá.

*Labores que consistían en la **realización de comités para que le informaran sobre el avance de los contratos y actividades de la empresa y en la suscripción de documentos, como en el caso de la propuesta (...)**”* (Negrilla fuera de texto)

En el mismo sentido se pronunció LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO en interrogatorio rendido ante esta Entidad, cuando fue preguntado sobre su participación en los procesos de contratación en los que participaba MNV:

³⁵ Documento obrante a folios 2127 a 2146 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

³⁶ Documento obrante a folio 2169 del Cuaderno Público No. 13 del Expediente.

³⁷ Documento obrante a folios 2820-2840 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

³⁸ Documento obrante a folios 2854-2857 del Cuaderno público No. 15 del Expediente.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

“Pregunta: *En su calidad de representante legal de la empresa, ¿qué funciones desempeñaba usted dentro del área de licitaciones de la empresa?*

Respuesta: *En la parte de licitaciones había un equipo de licitaciones y yo apoyaba en esa parte, revisaba los pliegos, miraba las/algunas ofertas cuando se suscribían, asistía a algunas audiencias de adjudicación.... pues apoyaba bastante al grupo de licitaciones.”³⁹*

De acuerdo con lo anterior, este Despacho rechazará los argumentos presentados por ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO expuestos anteriormente, en el sentido que no se aceptarán como excusa de la conducta las circunstancias alegadas, relacionadas con que únicamente suscribieron las propuestas de los procesos en los que participaban las empresas a las que representaban (esto es, PONCE DE LEÓN y MNV), incluyendo el Concurso Público ICBF SN-005-2007.

Ciertamente, no puede ser de recibo que los recurrentes afirmen que como representantes legales de PONCE DE LEÓN y MNV no estaban informados de las circunstancias en que se desarrolló la participación de dichas empresas en el Concurso Público ICBF SN-005-2007 al mismo tiempo que las demás empresas pertenecientes al GRUPO NULE, máxime si se tiene en cuenta que, como se señaló anteriormente, existe evidencia en el expediente que da cuenta de que ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO sabía que BITÁCORA y MNV estaban participando en el concurso convocado por el ICBF, así como LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO sabía que BITÁCORA y PONCE DE LEÓN participaban igualmente, siendo parte del GRUPO NULE. Lo anterior a todas luces implica que toleraron la conducta anticompetitiva por la cual se sancionó a PONCE DE LEÓN y MNV.

En el sentido expuesto, encontrándose probada la infracción de las normas de competencia por parte de PONCE DE LEÓN y MNV, frente a sus representantes legales será suficiente, como lo señala la normatividad, la demostración de la sola tolerancia entendida como *“un comportamiento pasivo, por cuanto supone la no realización de una conducta destinada a impedir un resultado, de manera que tolerar es no tomar algún tipo de medida para prohibir, obstaculizar o incluso interferir las conductas realizadas por otras personas. Por ello, la determinación del representante legal de no impedir, obstaculizar o interferir una conducta que se desapruueba, cuando se tiene el poder y el conocimiento necesario para hacerlo, implica tolerar”⁴⁰.*

Al respecto, no sobra recordar que el Consejo de Estado ya fue claro frente al punto al señalar lo siguiente:

“(...) la culpa en que pueden incurrir los administradores que ejercen funciones de gestión necesariamente debe estar en relación con los deberes jurídicos impuestos, pues en ultimas la culpa no es más que el incumplimiento de un deber jurídico. Sin embargo, la mencionada responsabilidad se genera no sólo por las actuaciones

³⁹ Interrogatorio rendido por LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO el 1 de agosto de 2012, obrante a folios 7408 a 7410 del Cuaderno Público No. 35 del Expediente.

⁴⁰ Resolución SIC No. 51694 de 2008.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

sino además por las omisiones que se produzcan en el cumplimiento de sus gestiones.⁴¹ (Negrilla fuera de texto)

Así, quien conociendo los hechos constitutivos de infracción en su calidad de representante legal tolera su realización a través de la omisión de actuar frente a los mismos, incurre en la responsabilidad establecida en el numeral 14 del artículo 3 del Decreto 1687 de 2010, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. No es por lo tanto, como erróneamente lo consideran los recurrentes, una violación al principio de presunción de inocencia cuando esta Entidad, dentro del análisis propio de graduación de responsabilidades, tiene en cuenta el ya anotado carácter especial de los representantes legales y el hecho que sus posibles omisiones o tolerancia frente a las conductas anticompetitivas deben ser castigadas.

No puede olvidarse que dentro del procedimiento llevado a cabo por esta Entidad se le dio a todos los hoy sancionados la posibilidad de presentar y solicitar pruebas, así como controvertirlas dentro de la etapa de investigación, lo cual denota un respeto absoluto a los principios del debido proceso como lo es el de presunción de inocencia. En otras palabras, si un representante legal tuvo conocimiento de la conducta principal endilgada y toleró su realización, es decir, omitió evitarla o corregirla, debe responder en aplicación de las normas ya mencionadas.

Conforme a lo anterior, debe entenderse que en aplicación de la posición plasmada por el Consejo de Estado, para proteger el derecho colectivo de la libre competencia la administración no se encuentra obligada a analizar la intención de los actores, pero para efectos de derivar responsabilidad, el elemento subjetivo derivado del objeto del acuerdo sí debe encontrarse acreditado. En el presente caso dicho elemento se encontró debidamente probado como se expuso anteriormente.

En adición a lo anterior debe precisarse que si bien es claro que las investigaciones administrativas llevadas a cabo por esta Superintendencia no pueden culminar con una interpretación netamente objetiva de la responsabilidad de los representantes legales, también lo es, que la misma ley le imprime a dichos cargos un carácter especial que implica un deber adicional de diligencia y cuidado frente al cumplimiento de las normas legales⁴².

En efecto, en ejercicio de sus funciones, quienes ejercen ese tipo de responsabilidades al interior de una sociedad tienen un deber de diligencia especial que no puede limitarse al haber ejecutado o autorizado la infracción. Quien asume el rol de ser administrador o de manera específica el de representante legal, **asume también la carga de conocer las actividades que se realizan en la empresa que administra o representa, hasta donde sea ello razonable, y no puede, en principio, eximirse de dicha carga con la mera afirmación de no haber conocido o no estar a cargo de la situación que generó la actuación administrativa y menos aún, sosteniendo que únicamente facilitó su nombre y firma sin conocer de qué se trataba**, como lo afirman en su

⁴¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera en sentencia del día 28 de enero de 2010, Magistrado Ponente: María Claudia Rojas Lasso. Demandante: ANDEVIP.

⁴² Sentencia C-123 de 2006. Magistrada Ponente: Dra. CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

recurso ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO.

En conclusión, se rechazarán los argumentos presentados por ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO en el sentido que no se encuentra probada su responsabilidad.

7.6. Sobre los argumentos relacionados con la no participación de MNV en el proceso de selección del ICBF

En su Recurso, LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO indicó que MNV, la empresa de la que era representante legal, no llegó a participar en el proceso de selección, por lo que no habría fundamento legal para sancionarlo. Más específicamente, apuntó lo siguiente:

“En oportunidades procesales anteriores he señalado y reiterado que la propuesta que conformó MNV S.A. fue descalificada y en consecuencia rechazada para concursar en la adjudicación del contrato. (...) Asimismo señalé que por tratarse de un concurso con sobre cerrado, la oferta económica de consorcio que integró MNV S.A. no se conoció durante el proceso, mucho menos se conoce en este expediente y ello excede la competencia para pronunciarse al respecto por parte de este despacho, pues es allí donde se puede evidenciar si los precios ofrecidos fueron concertados con otras empresas que hacían parte de la competencia para restringir el acceso al mercado de otros proponentes”⁴³.

En suma, el sancionado alegó que, dado que la propuesta económica del consorcio en el que participó MNV nunca fue conocida al haber sido descalificado del proceso, esta Superintendencia no ha podido probar que la misma empresa participara en la conspiración orquestada dentro del GRUPO NULE, pues no se pudo probar que dicha propuesta estuviera coordinada con las demás.

Con respecto a este argumento, este Despacho disientirá con el sancionado en tanto que el hecho de haber tomado parte activa en el proceso de selección como integrante del GRUPO NULE en el Concurso Público ICBF-SN-005-2007, al menos hasta el momento de su descalificación, ya hace posible acusar por objeto al sancionado de formar parte de un cartel. En este sentido, teniendo en cuenta que el régimen jurídico colombiano sanciona conductas anticompetitivas tanto “por objeto” como “por efecto”, es innecesario que en un caso particular exista un efecto específico para que se produzca una infracción al régimen legal y, por consiguiente, una sanción.

Así pues, lo que se debe observar en este caso es que existió una conducta por parte de MNV tolerada por su representante legal encaminada a limitar la libre competencia y cuyo objeto fue el de falsear una licitación pública, con lo cual, independientemente de que MNV hubiese sido descalificada del concurso, se infringió el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, según el cual:

⁴³ Recurso de Reposición de LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, P. 3.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

“Artículo 47. (...) se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.”

Nótese que la norma citada puede ser infringida “por objeto”, sin necesidad de que se produzca ningún tipo de efecto, como lo pretende LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO al señalar que MNV no incurrió en la conducta en tanto no existen pruebas en su contra por haber sido esta descalificada del concurso convocado por el ICBF. En este sentido, la conducta investigada en la presente actuación respecto de MNV -esto es, la colusión con otros integrantes del GRUPO NULE para presentarse a un proceso de selección público- por sí misma, ya constituye un acto ilegal.

Cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos supuestos fácticos distintos e independientes, esto es, prohíbe los acuerdos que: (i) tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos; o (ii) que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas. Los anteriores acuerdos comportan un carácter restrictivo de la competencia y, bajo una óptica sancionatoria, ambos resultan reprochables sin que sea necesario que se acrediten en forma conjunta o concomitante, bastando simplemente que cualquiera tenga lugar para que la conducta entrañe una ilegalidad.

El hecho de que MNV haya sido descalificada en el concurso público convocado por el ICBF, no demerita lo reprochable de su conducta, comoquiera que los medios de prueba obrantes en el expediente expuestos en detalle en la Resolución No. 54693 de 2013, dan cuenta de que participó en un acuerdo anticompetitivo con el objeto de coludir en el Concurso Público ICBF SN-005-2007, que por sí mismo constituye una infracción al régimen legal.

En diversas ocasiones esta Entidad se ha pronunciado sobre las conductas anticompetitivas por objeto. En el caso ACEMI (2011)⁴⁴, la SIC sostuvo que en los casos de conductas anticompetitivas por objeto no se requiere de la demostración de sus efectos. Por tal razón, es suficiente contar con evidencia que permita mostrar la realización de la conducta anticompetitiva y que el objeto de la misma sea el de restringir la competencia o el de determinar de manera ficticia las condiciones del mercado para considerarla como reprochable.

Así bien, tal como lo expone la legislación colombiana aplicable (así como la mayoría de las legislaciones de competencia a nivel internacional), la colusión es una violación del régimen de competencia que se puede materializar por objeto. En este caso, a juicio de esta Superintendencia, la pertenencia al grupo empresarial que participa a través de sus distintos integrantes en el mismo proceso de selección ya define en suficiente grado el objeto de la conducta sancionada.

⁴⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 21413 de 2011, por medio de la cual se resuelven algunos recursos.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

En conclusión es evidente que tal como lo señaló LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO en su recurso, no se le puede acusar de formar parte de un cartel por efecto en este caso, dado que el consorcio del que formaba parte MNV fue descalificado del proceso y su propuesta económica nunca fue extraída del sobre que la contenía. Sin embargo, esta Superintendencia nunca trató de probar los efectos de su participación en el cartel, sino sólo su existencia, esto es, su objeto.

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho no encuentra mérito en el argumento del sancionado para exonerarlo de responsabilidad por las conductas sancionadas en la Resolución recurrida.

7.7. Sobre los argumentos relacionados con la dosificación de las multas impuestas

En sus recursos de reposición, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO y LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, por un lado, y MANUEL NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, por el otro, mostraron su desacuerdo con el monto de las sanciones impuestas por esta Superintendencia.

Así, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO alegó que para la dosificación de su sanción no se tuvieron en cuenta los efectos de la conducta sobre el proceso de contratación. Textualmente, señaló lo siguiente:

“Si bien el monto del contrato estatal puede dar claridad sobre la determinación del daño del patrimonio público, no puede perder de vista la SIC que su función como autoridad protectora de la competencia económica no está dirigida a la protección del patrimonio del Estado, para lo cual existen acciones propias e independientes que deben ser adelantadas por las autoridades competentes (V.gr. Responsabilidad fiscal, acción repetición etc.)”⁴⁵.

Así, el sancionado se quejó de que se tuviera en cuenta el presupuesto del contrato destinado por el ICBF para el contrato licitado como fundamento para la dosificación de la multa, dado que entre las funciones de esta Superintendencia no se encuentra la protección del patrimonio del Estado.

Al respecto, este Despacho debe precisarle al sancionado que la Superintendencia no tomó el monto del presupuesto porque esta hubiese sido la afectación que sufrió el Estado como consumidor, sino porque constituye el criterio objetivo más idóneo para conocer y aproximar el tamaño del mercado relevante afectado, el cual fue definido para el caso en cuestión como el del Concurso Público CP-ICBF-SN-005-2007. En este sentido, también hay que indicar que ese dato se tomó para la dosificación de la multa a las unidades económicas que fueron multadas de acuerdo al artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, pues el numeral 2 de dicho artículo define que se tendrá en cuenta para la

⁴⁵ Recurso de Reposición de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, P. 28.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

dosificación de las sanciones “*La dimensión del mercado afectado*” y, como ya se ha dicho, el presupuesto destinado al proceso es la mejor aproximación a dicha dimensión.

Por su parte, LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO argumentó que para dosificar la sanción se debió haber tenido en cuenta que no obtuvo beneficio alguno del proceso de contratación, en tanto que MNV fue inhabilitada previa a la apertura de los sobres con las ofertas. Al respecto manifestó lo siguiente:

“Es la misma Entidad la que cita el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, sobre la dosificación de las sanciones que para efectos de graduar la multa indica que se tendrán en cuenta varios criterios, entre los que podemos observar enumerar (sic) el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, el grado de participación del implicado, el patrimonio del infractor, entre otros.

Con los elementos referidos para graduar la multa valga aclarar al señor Superintendente que MNV S.A, mucho menos el suscrito obtuvimos beneficio alguno del proceso de selección que adelantó el ICBF, pues como ya hemos sido enfáticos la propuesta conformada por MNV S.A fue inhabilitada previa la apertura de los sobre (sic).”⁴⁶

En el mismo sentido, MANUEL NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO alegaron lo siguiente:

“La Ley 1340 de 2009, demanda que la autoridad a cargo de la calificación ilegal de la conducta no solo (sic) debe probar la identidad entre el comportamiento de la empresa investigada frente al supuesto fáctico, sino probar también el daño al bien jurídico tutelado (antijurídico).

“En consecuencia debe este defensor rechazar enfáticamente la decisión que usted tomó toda vez que para imponer la sanción usted no probó: 1. Que existe una identidad entre el comportamiento de una empresa y la descripción legal del acuerdo, acto o abuso., y 2. Que el Estado pruebe que el comportamiento creó barreras a la entrada o afectó la libertad de escogencia”⁴⁷.

En suma, los recurrentes consideraron que es necesario encontrar el efecto de una conducta para sancionarla y que se debe tener en cuenta dicho efecto para dosificar la multa correspondiente.

Este Despacho no comparte la postura de los recurrentes, por las razones que se exponen a continuación. Se debe reiterar que el régimen de protección de la competencia proscribe conductas por objeto, sin condicionar dicha prohibición a que la conducta haya producido efectos en el mercado. Así las cosas, la infracción a las prohibiciones por objeto no requieren que se demuestren los efectos de la conducta en el mercado. Si se aplicara el razonamiento de los recurrentes, esta Superintendencia no podría legalmente sancionar dichas violaciones tan graves por no haber demostrado sus efectos en el mercado, cosa que resultaría inadmisibles para cualquier agencia de

⁴⁶ Recurso de Reposición de LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, P. 6.

⁴⁷ Recurso de Reposición de MANUEL NULE VELILLA y GUIDO ALBERTO NULE MARINO, P. 9.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

defensa de la competencia y, peor aún, dejaría sin efecto práctico prohibiciones por objeto, como la prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En este caso, como ya se indicó, las infracciones al régimen de protección de la competencia se dieron por objeto y no por efecto, por lo que es irrelevante el cálculo de los efectos de las mismas para la dosificación de las multas. Por este motivo, este argumento contra el monto de la sanción también será rechazado por este Despacho.

Por lo anterior, no es contrario a la legalidad vigente basarse en el objeto de la conducta investigada en este caso para determinar su contravención del régimen de defensa de la competencia y, consecuentemente, sancionarla.

Finalmente, debe resaltarse que, como su propio nombre indica, esta Autoridad en última instancia defiende el propio proceso competitivo en sí mismo. Si éste se ve afectado por el hecho de que se presenten dos propuestas dentro de un proceso de contratación pública auspiciadas dentro de un grupo empresarial, esta Superintendencia ya cuenta con la base legal para investigar y sancionar en tal caso. Lo anterior se sustenta en que en el momento que se presentan esas dos propuestas de manera coordinada, se modifican artificialmente los porcentajes de éxito en el proceso licitatorio, afectando así al proceso competitivo.

En consecuencia, esta Superintendencia no encuentra mérito en los argumentos de los recurrentes para variar la dosificación de las sanciones contenidas en la Resolución 54693 de 2013.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: RECONOCER personería jurídica a DAVID SALAZAR OCHOA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.736.761 y tarjeta profesional No. 217.429 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar como apoderado de ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 54693 de 16 de septiembre de 2013.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a a las empresas PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, MNV S.A. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL y BITÁCORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LTDA. EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL, así como a MANUEL FRANCISCO NULE VELILLA, MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA, GUIDO ALBERTO NULE MARINO, ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO, LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO, JORGE LUIS BETIN RODRÍGUEZ, HORACIO FRANCISCO MENDOZA MARTÍNEZ y RINA MENDOZA BELTRÁN, entregándoles

RESOLUCIÓN NÚMERO 000 68972 DE 2013 Hoja N°. 34

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno en sede administrativa.

ARTÍCULO CUARTO: Una vez en firme la presente decisión, PUBLÍQUESE en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 019 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **25 NOV 2013**

El Superintendente de Industria y Comercio



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

Proyectaron: 057 y 086
Revisó y aprobó: 076

NOTIFICACIONES:

↳ **MANUEL NULE VELILLA**

C.C. No. 92.517.934
Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota
Kilómetro 5 Vía Usme
Bogotá D.C.
Apoderado

↳ **JORGE LUIS VERBEL GARCÍA**

C.C. 1.020.727.022
T.P. 197.446 del C.S. de la J.
Calle 26 A No. 13-97. Oficina 2206.
Bogotá D.C.
verbelgarciaabogado@gmail.com

↳ **GUIDO ALBERTO NULE MARINO**

C.C. No. 72.198.865
Establecimiento Penitenciario y Carcelario El Bosque
Carrera 8 # 76
Barranquilla, Atlántico, Colombia
Apoderado

↳ **JORGE LUIS VERBEL GARCÍA**

C.C. 1.020.727.022

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

T.P. 197.446 del C.S. de la J.
Calle 26 A No. 13-97. Oficina 2206.
Bogotá D.C.
verbelgarciaabogado@gmail.com

ANTONIO JOSÉ RODRÍGUEZ JARAMILLO

C.C No. 16.630.676
Calle 120 No. 31-54 apartamento 201
Bogotá D.C.
Apoderado

DAVID SALAZAR OCHOA

C.C. 1.020.736.761
T.P. 217.429 del C.S. de la J.
Calle 73 No. 10-10 Oficina 202.
Bogotá D.C.

LUIS RAFAEL MONTERROSA RICARDO

C.C. No. 92.503.951
Carrera 58 B 130 – 64 Apto 301
Bogotá D.C.
rmonter1@hotmail.com

MIGUEL EDUARDO NULE VELILLA

C.C. No. 92.511.491
Establecimiento Penitenciario y Carcelario La Picota
Kilómetro 5 Vía Usme
Bogotá D.C.

JORGE LUIS BETIN RODRÍGUEZ

C.C. 92.529.769

Correo electrónico: jorgebetin@hotmail.com

Carrera 22 No. 13A 99 Edificio Mediterráneo.
Sincelejo, Sucre.

Calle 23C No. 27A-25
Sincelejo, Sucre.

Calle 69 C # 31 – 13 Interior 202 A
Teléfono: (5) 3653871 / 300-8050684
Barranquilla, Atlántico.

Calle 124 9 C 59 AP 302
Bogotá D.C.

CR 12 NRO 102A 05 APT 302.
Bogotá D.C.

Carrera 21 No. 14-88 Barrio La Ford.
Sincelejo – Sucre.
Teléfono 2826988.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Radicación No. 11-46719

VERSIÓN ÚNICA

↳ **HORACIO FRANCISCO MENDOZA MARTÍNEZ**

C.C. No. 17.074.692
Calle 15 No. 4 A – 15
Sincelejo, Sucre.

↳ **RINA MENDOZA BELTRÁN**

C.C. No. 64.572.749
Carrera 13 No. 93 – 68, Oficina 409
Bogotá D.C.

↳ **PONCE DE LEÓN Y ASOCIADOS S.A. INGENIEROS CONSULTORES**

NIT 800202371
Doctor
Saúl Sotomonte Sotomonte
C.C. No. 17.087.283
Liquidador Judicial
Calle 72 No. 10-07, Oficina 906
Bogotá D.C.

↳ **BITÁCORA SOLUCIONES COMPAÑÍA LIMITADA**

NIT 830059379-1
Doctor
Saúl Sotomonte Sotomonte
C.C. No. 17.087.283
Liquidador Judicial
Calle 72 No. 10-07, Oficina 906
Bogotá D.C.

↳ **MNV S.A.**

NIT 823000088-3
Doctor
Pablo Muñoz Gómez
C.C. No. 19.076.811
Liquidador Judicial
Calle 125 No. 21 A – 70, Oficina 201
Bogotá D.C.