

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

RESOLUCIÓN NÚMERO - 2 2 1 8 8 DE 2024

02 MAY 2024

Radicado No. 19-166037

VERSIÓN PÚBLICA

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en el numeral 9 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y,

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 49644 del 22 de agosto de 2023 (en adelante “Resolución No. 49644 de 2023” o “Resolución de Apertura de Investigación”), la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta entidad (en adelante la “Delegatura”) abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ, CONSULTORES DONOVAN S.A.S.** (en adelante “**CONSULTORES DONOVAN**”), **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante “**ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA**”) y **CONSULTORÍA BOGOTANA S.A.S.** (en adelante “**CONSULTORÍA BOGOTANA**”) por presuntamente violar lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 al incurrir en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia en el desarrollo del Concurso de Méritos No. **VJ-VEJ-CM-001-2019** adelantado por la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA** (en adelante “**ANI**”).

Concretamente, de acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación, el agente del mercado **CONSULTORES DONOVAN** (integrante del **CONSORCIO SANTA APOLONIA**) habría coordinado su comportamiento con el de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** y **CONSULTORÍA BOGOTANA** (integrantes del **CONSORCIO ARENAS CARINSA**) en el Concurso de Méritos No. **VJ-VEJ-CM-001-2019** con el propósito de aumentar las probabilidades de resultar adjudicatarios. Lo anterior, bajo el mismo control competitivo oculto ejercido por **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ** (representante legal de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** y **CONSULTORÍA BOGOTANA**).

Asimismo, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **ROSA MARÍA CORDERO CELIS** (representante legal de **CONSULTORES DONOVAN**) y [REDACTED] (fundador de **CONSULTORES DONOVAN, ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** y **CONSULTORÍA BOGOTANA**), por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la conducta anticompetitiva desplegada aparentemente por los agentes del mercado referidos.

SEGUNDO: Que, según lo señalado en la Resolución de Apertura de Investigación, **CONSULTORES DONOVAN** (integrante del **CONSORCIO SANTA APOLONIA**) habría coordinado su comportamiento con el de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** y **CONSULTORÍA BOGOTANA** (integrantes del **CONSORCIO ARENAS CARINSA**) en el marco del proceso No. **VJ-VEJ-CM-001-2019**. Dicha conducta estaría demostrada con fundamento en lo siguiente: (i) **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ** habría ejercido un control competitivo respecto de **CONSULTORES DONOVAN, ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** y **CONSULTORÍA BOGOTANA** para la época de los hechos; (ii) **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ** habría determinado el comportamiento competitivo de las empresas mencionadas en el proceso de selección señalado; (iii) las propuestas que el **CONSORCIO SANTA APOLONIA** y **CONSORCIO ARENAS CARINSA** presentaron al proceso investigado fueron, presuntamente, elaboradas de forma conjunta; (iv) la venta de las acciones de **CONSULTORES**

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

DONOVAN, aparentemente, estuvo encaminada a simular independencia de esta compañía frente a **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA y CONSULTORÍA BOGOTANA**; y (v) la estrategia que los investigados habrían implementado para incrementar sus probabilidades de resultar adjudicatarios.

TERCERO: Que mediante el radicado No. 19-166037-144 del 26 de septiembre de 2023, una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y dentro del término para solicitar y aportar pruebas¹, **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA, CONSULTORÍA BOGOTANA, CONSULTORES DONOVAN y JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ** (representante legal de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA y CONSULTORÍA BOGOTANA**), presentaron un ofrecimiento de garantías con el propósito de que se ordene la terminación anticipada de la investigación administrativa iniciada en su contra mediante la Resolución No. 49644 de 2023, por posibles violaciones al régimen de libre competencia económica.

El ofrecimiento de garantías comprende los siguientes compromisos, que se extenderían durante los próximos tres (3) años:

(i) Disolución y liquidación de ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA

- Disolver y liquidar **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** una vez quede en firme el acto administrativo que acepte el ofrecimiento de las garantías presentadas. Para acreditar el cumplimiento de esta garantía, los investigados se comprometieron a rendir los informes que esta Superintendencia considere necesarios al iniciar el trámite de liquidación y una vez este culmine.

(ii) Establecimiento de un esquema accionario claro y transparente entre CONSULTORES DONOVAN y CONSULTORÍA BOGOTANA

- En la actualidad **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ y MARÍA CAMILA ARENAS DE LA HOZ** son accionistas de **CONSULTORES DONOVAN**. A su vez **CONSULTORES DONOVAN** es accionista mayoritaria de **CONSULTORÍA BOGOTANA**.

Así, con la finalidad de dar claridad a la propiedad accionaria de **CONSULTORÍA BOGOTANA** y evitar que se repitan situaciones como las que se investigan, sus acciones pasarían a ser de propiedad de **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ y MARÍA CAMILA ARENAS DE LA HOZ**. Este trámite se realizaría de manera simultánea con la disolución y liquidación de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA**.

- Los trámites societarios y registrales relacionados con este compromiso se realizarían dentro de los dos (2) meses siguientes a que el acto administrativo que resuelva el ofrecimiento de garantías quede en firme y se acreditarían mediante los informes que esta entidad considere *“al momento de realizar el correspondiente registro de los mismos, o en la periodicidad que la misma decida”*.

(iii) Declaración de la nueva situación de control empresarial en los términos del artículo 30 de la Ley 222 de 1995

- Formalizar la situación de control empresarial que se derivaría del cumplimiento de las garantías (i) y (ii), consistente en la *“reestructuración accionaria”* de **CONSULTORES DONOVAN y CONSULTORÍA BOGOTANA**, de conformidad con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995.
- La realización de la declaración de control empresarial frente a las sociedades mencionadas se llevaría a cabo cuando finalicen los trámites societarios y registrales derivados de este compromiso y aquellos relacionados con la materialización de las garantías (i) y (ii).
- La acreditación de este compromiso se llevaría a cabo mediante la rendición de un informe, una vez finalicen los trámites societarios pertinentes y cuando se formalice la declaración del control empresarial, o de acuerdo con la periodicidad que esta Superintendencia considere.

¹ Decreto 2153 de 1992. Artículo 52.

"Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías"

(iv) Compromiso de no participación de las empresas en los mismos procesos de selección contractual, salvo que se realice por medio de una única estructura plural

- **CONSULTORES DONOVAN** y **CONSULTORÍA BOGOTANA** se abstendrían de concurrir simultáneamente en los mismos procesos de selección que adelanten entidades públicas.
- Únicamente participarían en los mismos procesos de contratación a través de la misma estructura plural.
- La acreditación de este compromiso se llevaría a cabo inmediatamente después de la firmeza del acto administrativo mediante el cual se acepte el ofrecimiento de garantías. Además, su cumplimiento implicaría la rendición de informes de acuerdo con la periodicidad y forma que esta entidad lo considere.

(v) Presentación de informes de auditoría externa sobre el cumplimiento de la cuarta garantía

- Presentación de informes periódicos relacionados con el cumplimiento de la garantía (iv) y acreditar que **CONSULTORES DONOVAN** y **CONSULTORÍA BOGOTANA** no participan en el mismo proceso de selección, salvo cuando lo hagan a través de la misma estructura plural.
- La acreditación de la obligación se realizaría mediante la presentación de informes a esta Superintendencia, con una periodicidad de seis (6) meses durante los siguientes tres (3) años o con la periodicidad que esta entidad estime conveniente.
- Los investigados presentarían una lista de cinco (5) auditores externos e independientes que verifiquen y autoricen los informes mencionados, al cabo de los dos (2) meses siguientes a la firmeza del acto administrativo mediante el que se acepten las garantías ofrecidas o "*en los términos y la periodicidad que la Superintendencia de Industria y Comercio decida*".

(vi) Implementación de un programa de cumplimiento

- Diseñar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia económica que sería implementado en **CONSULTORES DONOVAN** y **CONSULTORÍA BOGOTANA** con la finalidad de evitar que presuntas conductas como las que son investigadas se repitan. El programa incluiría "*estrategias, políticas y medidas específicas dirigidas a la autorregulación del comportamiento de los accionistas y representantes legales de las empresas, así como del personal técnico y administrativo que participe en los procesos de selección contractual*".
- El programa de cumplimiento sería diseñado e implementado con base en las necesidades de **CONSULTORES DONOVAN** y **CONSULTORÍA BOGOTANA**. También, tendría en cuenta las directrices y recomendaciones dispuestas por esta Superintendencia con la finalidad de asegurar el cumplimiento del régimen de libre competencia económica.
- El programa de cumplimiento sería presentado a esta Superintendencia, para su aprobación, dentro de los seis (6) meses siguientes a la firmeza del acto administrativo con el cual se acepten las garantías ofrecidas.
- La acreditación de esta garantía se llevaría a cabo mediante la rendición de los informes que esta autoridad considere al momento de iniciar y terminar el diseño del programa de cumplimiento, durante y luego de su implementación o en la periodicidad que esta entidad decida.

(vii) Constitución de una caución judicial para respaldar el cumplimiento de las garantías ofrecidas

- Finalmente, con el objetivo de respaldar el cumplimiento de los compromisos señalados, los investigados se comprometieron a constituir una caución judicial mediante la contratación de una póliza de seguros a favor de la autoridad de competencia.

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

- Esta Superintendencia determinaría el valor de la caución judicial que sería formalizada dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a que se notifique el acto administrativo que acepte el ofrecimiento de garantías y archive la investigación.

CUARTO: Que mediante la Resolución No. 66830 de 2023 del 31 de octubre de 2023, la Delegatura reconoció como tercero interesado en la actuación administrativa a la **ANI**.

QUINTO: Posteriormente, mediante el radicado No. 19-166037-281 del 4 de marzo de 2024, y en cumplimiento del artículo 19 de la Ley 1340 de 2009², este Despacho corrió traslado a la **ANI** de las garantías ofrecidas por los investigados. Al respecto, el 13 de marzo de 2024³, la **ANI** presentó su pronunciamiento respecto del ofrecimiento de garantías de la presente actuación administrativa.

En dicho documento, la **ANI** indicó que este Despacho debería aceptar el ofrecimiento de garantías realizado por los investigados y, en consecuencia, archivar de manera anticipada la actuación. Lo anterior, por considerar que los compromisos realizados eran suficientes en los términos del artículo 16 de la Ley 1340 de 2009, debido a que lograrían restablecer las condiciones de competencia y a futuro eliminarían la presunta coordinación de las investigadas. Además, señaló que la conducta imputada no habría generado efectos negativos en los bienes jurídicos protegidos por la “*normatividad*”.

SEXTO: Que para efectos de resolver el ofrecimiento de garantías de la referencia, este Despacho tendrá en cuenta las consideraciones que se exponen a continuación.

6.1. Consideraciones preliminares

La Superintendencia de Industria y Comercio tiene la competencia facultativa para ordenar la clausura de la investigación administrativa en curso, cuando el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. Esta disposición señala lo siguiente:

“Artículo 52. Procedimiento por infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas.

(...)

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga.

En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo.

Parágrafo 1. *Para que una investigación por violación a las normas sobre prácticas comerciales restrictivas pueda terminarse anticipadamente por otorgamiento de garantías, se requerirá que el investigado presente su ofrecimiento antes del vencimiento del término concedido por la Superintendencia de Industria y Comercio para solicitar o aportar pruebas. Antes de la aceptación o rechazo de dicha solicitud, la Superintendencia de Industria y Comercio podrá solicitar aclaraciones sobre el ofrecimiento de garantías. Si se aceptaren las garantías, en el mismo acto administrativo por el que se ordene la clausura de la investigación la Superintendencia de Industria y Comercio señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados”* (subraya fuera de texto original).

A su vez, el numeral 7 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, reitera que:

“La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

² Ley 1340 de 2009. Artículo 19. *“De la solicitud de terminación de la investigación por ofrecimiento de garantías se correrá traslado a los terceros reconocidos por el término que la Superintendencia considere adecuado”.*

³ Radicado No. 19-166037-283, archivo 19166037—0028300002.pdf del cuaderno público electrónico (en adelante “CP-ELECT 1”) del cuaderno público (en adelante “CP”).

"Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías"

(...)

7. Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga".

En virtud de lo expuesto, al ser la aceptación de las garantías una decisión discrecional exclusiva de la Superintendencia de Industria y Comercio, estas solo proceden cuando, a su juicio, el presunto infractor realice ofrecimientos de garantías que se aprecien como "suficientes" para garantizar la efectiva suspensión o modificación de la conducta investigada. Es decir, le corresponde valorar si las garantías son aptas o no para alcanzar los fines dispuestos en la norma. Así, con fundamento en el respectivo análisis de la conducta reprochada en el curso de la investigación y el ofrecimiento de garantías suficientes para su suspensión o modificación, podrá decidir si las acepta o rechaza para determinar la procedencia de la terminación anticipada del procedimiento administrativo sancionador correspondiente.

En principio, cualquier conducta restrictiva de la competencia que se encuentre en investigación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio es susceptible de terminar anticipadamente por un ofrecimiento de garantías. Es de anotar que el estudio de un ofrecimiento de garantías a efectos de determinar su aceptación o rechazo se realiza (i) analizando y verificando que el ofrecimiento verse sobre el componente fáctico y jurídico imputado al investigado en la Resolución de Apertura de Investigación concerniente, así como, (ii) verificando el grado de suficiencia de las garantías ofrecidas para suspender o modificar la conducta.

En esa medida, esta Superintendencia ha identificado una serie de criterios cumulativos que sirven de guía o parámetro orientador para determinar cuándo una garantía ofrecida es suficiente para suspender o modificar la conducta investigada. Dichos criterios contribuyen en el análisis del ofrecimiento de garantías presentado en concreto por un investigado para verificar si estas son suficientes para contrarrestar los efectos generados con la posible realización de la conducta anticompetitiva que se encuentra en investigación. Son cuatro (4) los criterios particulares que han sido desarrollados por esta Superintendencia, y se explicarán a continuación.

6.2. Criterios particulares o de pertinencia

Los criterios particulares o de pertinencia están encaminados a evaluar el esquema de garantías propiamente dicho y determinar si los ofrecimientos que componen las garantías son o no suficientes para contrarrestar los posibles efectos negativos de la conducta anticompetitiva objeto de investigación administrativa. Como lo ha resaltado la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante "OCDE"), las violaciones al régimen de libre competencia económica implican la existencia de un comportamiento ilegítimo y la generación de un efecto negativo en el mercado. En este sentido, las garantías que busquen la terminación anticipada de una actuación administrativa deben buscar la suspensión de la conducta, pero, a la vez, el restablecimiento de las condiciones competitivas en el mercado⁴.

Los criterios, que sirven de guía para determinar cuándo una garantía ofrecida es suficiente o no para suspender o modificar la conducta investigada, son los siguientes:

(i) Las garantías no pueden versar exclusivamente sobre compromisos encaminados a cumplir la ley

Las garantías que se limiten a garantizar la observancia de las disposiciones legales en materia de protección de la competencia por parte de los investigados no son suficientes para suspender o modificar las conductas por las que se les investiga. El cumplimiento de las disposiciones legales es una conducta que deben desplegar los investigados por el simple hecho de ser agentes del mercado. El régimen de protección de la libre competencia económica aplica a todo aquel que desarrolle una

⁴ OCDE. "Remedies and commitments in abuse cases". OECD Competition Policy Roundtable Background Notes. 2022. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/remedies-and-commitments-in-abuse-cases-2022.pdf>.

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

actividad económica, independientemente del sector o actividad económica en que participe. En este sentido, el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009 dispone lo siguiente:

“Artículo 2. (...) *Lo dispuesto en las normas sobre protección de la competencia se aplicará respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica y en relación con las conductas que tengan o puedan tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales, cualquiera sea la actividad o sector económico”* (subraya fuera de texto original).

De conformidad con la norma transcrita, es claro que cualquier agente del mercado, entendido como aquel que desarrolla una actividad económica o afecta o pueda afectar ese desarrollo, está obligado a cumplir todas las disposiciones legales en materia de protección de la competencia económica. Así, la obligación de los investigados de cumplir con el régimen de protección de la competencia emana de la misma ley y no de un compromiso que adquieren mediante unas garantías aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. En este orden de ideas, garantías de esta naturaleza constituyen en realidad un compromiso de cumplir con un régimen legal al que ya están obligados a cumplir por virtud de la misma ley.

Por las anteriores consideraciones, las garantías que constituyen compromisos de cumplir con el régimen de protección de la competencia son inocuas para garantizar la suspensión o modificación de la conducta investigada.

(ii) Las garantías deben ser efectivas para suspender o modificar las conductas presuntamente anticompetitivas identificadas en la apertura de investigación

Entre las garantías que ofrezcan los intervinientes es indispensable, pero no suficiente, que estos adquieran compromisos que le permitan a la Superintendencia de Industria y Comercio asegurarse de que suspenderán o modificarán las conductas identificadas como presuntamente anticompetitivas, en términos consistentes con el régimen de protección de la competencia.

(iii) Las garantías deben ser preferiblemente estructurales

Esta Superintendencia considera que las garantías de carácter estructural podrían ser suficientes para suspender o modificar una conducta presuntamente anticompetitiva, en la medida en que eliminen o reduzcan sustancialmente, y de manera permanente, los incentivos económicos para realizar las conductas investigadas. En este sentido, las garantías estructurales están encaminadas a generar efectos pro-competitivos en el mercado que no se generarían con una sanción producto de una investigación por violación al régimen de competencia.

Así, ejemplos de garantías estructurales frente al mercado son la desinversión de activos de una empresa integrada verticalmente en el mercado afectado por las conductas investigadas o la eliminación de cláusulas de exclusividad en contratos con proveedores o clientes bajo determinadas condiciones de mercado. No obstante, las garantías propuestas deberán analizarse de acuerdo con la conducta investigada y las particularidades de cada mercado para determinar su condición de estructurales.

Por el contrario, si bien los compromisos de promocionar y abogar por el cumplimiento de las normas de competencia, entre otros, mediante publicidad, congresos y capacitaciones son deseables, no representan por sí solos garantías estructurales y, por ende, no son suficientes para suspender o modificar la conducta investigada. Igualmente, las garantías que comprenden compromisos de observar un comportamiento determinado, pero no eliminan ni reducen los incentivos económicos para realizar conductas anticompetitivas, no constituyen garantías estructurales. Es de anotar, adicionalmente, que los compromisos comportamentales generan para la Autoridad de Competencia un costo de vigilancia, representado en capital humano, administrativo y financiero necesario para el respectivo seguimiento, mientras que en tratándose de ofrecimientos estructurales, una vez es materializado, los costos asociados a su vigilancia tienden a ser inexistentes.

"Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías"

(iv) La aceptación de las garantías debe ajustarse a la política de promoción y protección de la competencia

Las garantías ofrecidas deben atender los propósitos del derecho de la competencia, entre otros, garantizar la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica. En esa medida, en cada caso en concreto, se deberá evaluar si las garantías ofrecidas y la terminación anticipada de la investigación se adecúan a los fines que persiguen las normas sobre protección de la competencia. Lo anterior, implica, entre otros aspectos, que la Superintendencia de Industria y Comercio deberá valorar, en cada caso, si la aceptación de garantías y la terminación anticipada de la investigación mantienen el efecto disuasivo de las sanciones por violación del régimen de protección de la libre competencia económica.

6.3. Garantías ofrecidas en el caso concreto

Este Despacho procederá con el análisis de los compromisos ofrecidos por los investigados a la luz de los requisitos enunciados anteriormente, para establecer si constituyen garantías suficientes para ordenar la terminación anticipada de la investigación iniciada en su contra. Así, para determinar la suficiencia de las garantías ofrecidas se analizará si las mismas permiten suspender y/o modificar la conducta identificada en la Resolución No. 49644 de 2023, que podría afectar la libre competencia en el mercado.

En ese orden de ideas, mediante el ofrecimiento de garantías, los investigados se comprometieron a **(i)** disolver y liquidar **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA**; **(ii)** establecer un esquema accionario claro y transparente respecto de **CONSULTORES DONOVAN** y **CONSULTORÍA BOGOTANA**; **(iii)** declarar la situación de control empresarial que surgiría respecto de **CONSULTORES DONOVAN** y **CONSULTORÍA BOGOTANA**; **(iv)** no participar en los mismos procesos de contratación de forma individual; **(v)** rendir informes respecto de la no participación de forma individual en los mismos procesos de contratación; **(vi)** implementar un programa de cumplimiento en materia de libre competencia económica; y **(vii)** la constitución de una caución judicial para garantizar el cumplimiento de los compromisos ofrecidos.

Al respecto, este Despacho advierte que, analizados los presupuestos que contienen las garantías brindadas, se considera que los compromisos ofrecidos no resultan suficientes para dar por terminada la investigación administrativa adelantada en contra de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA**, **CONSULTORÍA BOGOTANA**, **CONSULTORES DONOVAN** y **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ** por la posible violación del régimen de libre competencia económica. Lo anterior, por las razones que pasan a exponerse a continuación.

En primer lugar, es necesario advertir que, según lo estableció la Delegatura, la presunta infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por parte de los agentes de mercado investigados se habría llevado a cabo en el proceso No. **VJ-VEJ-CM-001-2019**, lo que implica que se trataría de una conducta finalizada. Este aspecto de la actuación es relevante, toda vez que, en los casos relacionados con procesos de contratación estatal, esta Superintendencia ha señalado que el mercado relevante, a diferencia de lo que sucede con otro tipo de prácticas restrictivas de la competencia, se ciñe al o a los procesos de selección en los que se habría desplegado la conducta⁵. Lo mencionado obedece a que este tipo de mercados se caracterizan, entre otras cosas, por ser **(i)** temporales, debido a que son creados por la entidad estatal para satisfacer una necesidad en un momento específico; y **(ii)** excluyentes, por cuanto *"una vez definido no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo"*⁶.

En ese sentido, y de conformidad con lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el ofrecimiento realizado se centraría en un comportamiento que habría cesado, por lo que el análisis de la suficiencia de las garantías es más riguroso, toda vez que se deberá establecer de qué manera los compromisos realizados pueden generar efectos positivos desde la perspectiva de la libre competencia. Por el contrario, las obligaciones que los investigados adquirirían están encaminadas a

⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 40875 de 2013, 19890 de 2017, 1728 de 2019, 37344 de 2022, entre otras.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 de 2019.

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

prevenir que la presunta conducta anticompetitiva no se repita en un futuro. Por este motivo, parte relevante de las garantías presentadas se centran en tratar de mitigar el impacto que podrían tener los agentes del mercado investigados, en los procesos de contratación adelantados por entidades públicas, sin que ninguna de ellas logre el objetivo mencionado.

En segundo lugar, es importante indicar que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, los proponentes que participan en procesos de contratación estatal deben abstenerse de desplegar prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. En particular, de acuerdo con lo establecido en diferentes oportunidades por esta Entidad, la participación de los agentes del mercado que concurren a un proceso de selección debe ser autónoma e independiente. Por lo tanto, se ha considerado que fingir autonomía y competencia en un proceso de contratación estatal, puede resultar idóneo para vulnerar el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, debido a que impide o tiene la potencialidad de evitar que se materialicen las condiciones de igualdad que deberían regir en este tipo de mercados y que falsea la libre competencia⁷. De esta manera, resulta clara la prohibición existente en torno a que dos o más agentes del mercado que participan en procesos de contratación simulen competencia.

Con base en lo expuesto, la garantía relacionada con el compromiso de que **CONSULTORES DONOVAN y CONSULTORÍA BOGOTANA** no concurrirán individualmente a los mismos procesos de contratación, salvo a través de figuras asociativas, no es suficiente para asegurar la modificación de la conducta identificada como presuntamente anticompetitiva en la Resolución de Apertura de Investigación. Dicho ofrecimiento, en el fondo, busca que las empresas referidas adecúen su comportamiento de tal manera que no puedan coordinarse en los procesos de contratación en los que concurren. Circunstancia a la que están obligados quienes participan en el mercado de conformidad con la disposición legal mencionada. En consecuencia, la asunción de una obligación de esta naturaleza únicamente representa un compromiso de adecuar el comportamiento de los investigados a lo dispuesto en la ley —independientemente de que lo que se reprochó fue la presunta coordinación y no la concurrencia al mismo proceso—.

De manera similar, este Despacho considera que el deber de declarar una situación de control empresarial no puede constituir una garantía suficiente para modificar o cesar la conducta. En caso de que los investigados decidan que las acciones de **CONSULTORÍA BOGOTANA** pasarán a ser propiedad de **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ y MARÍA CAMILA ARENAS DE LA HOZ**, lo cierto es que, la mera obligación de registrar la situación de grupo empresarial no puede entenderse como un compromiso suficiente para garantizar que los incentivos que dieron origen a la conducta desaparezcan. Por el contrario, de acuerdo con lo establecido en el artículo 30 de la Ley 222 de 1995 el agente controlante deberá registrar dicha situación en el registro mercantil correspondiente. En consecuencia, dicha garantía se entiende como un comportamiento esperado y de obligatorio cumplimiento cuando se configura alguno de los supuestos para que exista grupo empresarial, de acuerdo con la disposición normativa referida. De manera similar, la garantía encaminada a establecer un esquema accionario claro entre **CONSULTORES DONOVAN y CONSULTORÍA BOGOTANA** tampoco resulta un compromiso suficiente.

En tercer lugar, es importante mencionar que algunos de los ofrecimientos presentados por los investigados podrían tener efectos no deseados y que no se adecuarían con las finalidades del régimen de protección de la libre competencia económica. Es decir, no se alinean con la política de promoción y protección de la libre competencia. De acuerdo con el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, los propósitos de las actuaciones administrativas por prácticas restrictivas de la libre competencia están encaminados a garantizar *“la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”*. De esta manera, el compromiso dirigido a disolver y liquidar **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** podría inclusive contrariar estos propósitos, toda vez que

⁷ Resolución No. 54338 de 2019. *“Como ya lo ha manifestado esta Superintendencia en ocasiones anteriores, la participación de agentes en procesos de selección que se hacen pasar como competidores independientes y autónomos, sin serlo en realidad, tiene la potencialidad de generar efectos nocivos en cualquier tipo de proceso. Lo anterior dado que dichas conductas pueden (i) afectar el buen y justo arbitrio de la entidad contratante, la cual parte de la premisa de que existió una sana y transparente rivalidad entre los proponentes y, así (ii) disminuir de manera ilegítima las probabilidades de que los demás participantes, realmente autónomos entre sí, resulten ganadores en un respectivo proceso de selección”* (subraya y negrilla fuera de texto original). Ver igualmente, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 12156 de 2019.

“Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías”

eliminaría una empresa del mercado. Esto, como es lógico no contribuiría a garantizar ninguno de los fines mencionados e, incluso, facilitaría que **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** evite responder por conductas similares a las investigadas que se hayan desplegado de forma posterior al 2019.

En línea con lo anterior, es importante indicar que, en este caso, el ofrecimiento de garantías estaría encaminado a que, con la liquidación de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA**, se disminuya la capacidad y experiencia que los agentes investigados tenían para participar en procesos de contratación, sin que esto genere efectos acordes con el régimen de protección de la competencia. Esta circunstancia, lejos de ser una garantía de que la conducta investigada cesará o se modificará, genera la desaparición de una empresa del mercado de compras públicas. Circunstancia que no se puede entender como beneficiosa para el derecho de la libre competencia, pues, lejos de pretender que desaparezcan competidores, lo que se debe promover y proteger es la competencia sana y transparente y la rivalidad entre las empresas en los mercados.

Asimismo, este Despacho no comparte que la liquidación de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA** sea un elemento de carácter retributivo similar al de una eventual sanción⁸. Para esta Superintendencia la imposición de multas por infracciones al régimen de protección de la libre competencia busca generar un efecto disuasorio, pero nunca tiene la finalidad de eliminar del mercado a un agente económico que incurre en la infracción. Esto, debido a que, además de la finalidad mencionada, la sanción busca imponer un correctivo que sea proporcional⁹ para evitar que la multa se torne expropiatoria, y así el agente del mercado pueda continuar ejecutando su objeto social. Por este motivo, la liquidación de una de las empresas no resulta equiparable con el objetivo que se persigue al imponer una sanción por la infracción de las normas sobre protección de la libre competencia.

En cuarto lugar, ninguno de los ofrecimientos es estructural y, por ende, no se garantiza que el mercado se vería liberado de las distorsiones presuntamente propiciadas por la conducta imputada en la Resolución No. 49644 de 2023. Así, en este caso, la aceptación de las garantías y la terminación anticipada de la investigación no se equipararía al efecto disuasivo que podría generar la imposición de eventuales sanciones, por lo que tampoco se ajustaría a la política de protección de la competencia.

Por ejemplo, en el caso del programa de cumplimiento en materia de libre competencia o la presentación de informes de auditoría externa, este tipo de compromisos son deseables, pero no representan por sí solos garantías estructurales y, por ende, no son suficientes para suspender o modificar la conducta investigada. Igualmente, las garantías que comprenden compromisos de observar un comportamiento determinado, como aquellas destinadas a no concurrir a los mismos procesos de selección de manera individual, pero no eliminan los incentivos económicos para realizar conductas anticompetitivas, tampoco constituyen garantías estructurales.

En línea con lo expuesto, la constitución de una garantía a través de una póliza de seguro también resulta insuficiente, debido a que su ofrecimiento no resultaría acorde con los riesgos asociados a la conducta que se habría desplegado en el mercado. Situación que resulta menos procedente si se tiene en cuenta que, de acuerdo con la Delegatura, se trata de una conducta que habría afectado la libre competencia al interior de un proceso de contratación pública.

Con fundamento en lo expuesto, no resulta procedente aceptar el ofrecimiento de garantías efectuado por **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA, CONSULTORÍA BOGOTANA, CONSULTORES DONOVAN y JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ** (representante legal de **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA y CONSULTORÍA BOGOTANA**), toda vez que no resulta suficiente para archivar la investigación que se adelanta en su contra.

⁸ Radicado No. 19-166037-144, archivo 19166037--0014400008.pdf del CP-ELECT 1 del CP. *“Como se puede ver, la disolución y liquidación de ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.S. supone un gran esfuerzo para los investigados, en materia de pérdida de experiencia acumulada relevante para la participación en procesos de selección contractual. (...) Dado el eventual impacto, incluso, podría afirmarse que este compromiso tiene un carácter retributivo similar al de una eventual sanción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio”* (subraya y negrilla fuera de texto original).

⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003. *“En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma (...). Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”*.

"Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías"

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO 1. RECHAZAR el ofrecimiento de garantías presentado por **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.S.**, **CONSULTORÍA BOGOTANA S.A.S.**, **CONSULTORES DONOVAN S.A.S.** y **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ** dentro del trámite de la referencia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta Resolución.

ARTÍCULO 2. Contra la presente decisión no procede ningún recurso de conformidad con lo establecido en el artículo 75 de la Ley 1437 de 2011, en concordancia con el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO 3. COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a **ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.883.757-1, **CONSULTORÍA BOGOTANA S.A.S.**, identificada con el NIT. 901.111.855-5, **CONSULTORES DONOVAN S.A.S.**, identificada con el NIT. 900.644.351-9, **JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.720.226, **ROSA MARÍA CORDERO CELIS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.155.174, y [REDACTED], identificado con la cédula de ciudadanía No. [REDACTED].

ARTÍCULO 4. COMUNICAR el contenido de la versión pública de la presente Resolución a la **AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA**, identificada con el NIT 830.125.996-9.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los (02 MAY 2024)

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,


CIELO ELAÏNNE RUSINQUE URREGO

Proyectó: D.S.M. / L.E.M.R.
Revisó: D.A.S.O.
Aprobó: F.M.M.

"Por la cual se rechaza un ofrecimiento de garantías"

Comunicar:

ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.S.

NIT 900.883.757-1

CONSULTORÍA BOGOTANA S.A.S.

NIT 901.111.855-5

CONSULTORES DONOVAN S.A.S

NIT 900.644.351-9

JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ

Cédula de ciudadanía No. 1.020.720.226

ROSA MARÍA CORDERO CELIS

Cédula de ciudadanía No. 53.155.174

████████████████████

Cédula de ciudadanía No. ██████████

Apoderado

JORGE ENRIQUE SÁNCHEZ MEDINA

Cédula de ciudadanía No. 79.942.242

Tarjeta profesional No. 132.404 del C.S. de la J.

jorge.sanchez@jsmabogados.com

ARENAS DE LA HOZ INGENIERÍA S.A.S.

NIT 900.883.757-1

CONSULTORÍA BOGOTANA S.A.S.

NIT 901.111.855-5

CONSULTORES DONOVAN S.A.S

NIT 900.644.351-9

JUAN DIEGO ARENAS DE LA HOZ

Cédula de ciudadanía No. 1.020.720.226

ROSA MARÍA CORDERO CELIS

Cédula de ciudadanía No. 53.155.174

████████████████████

Cédula de ciudadanía No. ██████████

Apoderada

CAROLINA PATRICIA POLANCO GARCÍA

Cédula de ciudadanía No. 1.143.425.889

Tarjeta profesional No. 253.746 del C.S. de la J.

carolina.polanco@jsmabogados.com

AGENCIA NACIONAL DE INFRAESTRUCTURA

NIT 830.125.996-9.

Apoderado

SÓCRATES FERNANDO CASTILLO CAICEDO

Cédula de ciudadanía No. 1.030.537.502

Tarjeta profesional No. 132.404 del C.S. de la J.

scastillo@ani.gov.co

buzonjudicial@ani.gov.co