



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

RESOLUCIÓN **35208** DE 2019

(09 AGO 2019)

Radicación 16-434574

VERSIÓN PÚBLICA

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992¹, el Decreto 4886 de 2011², y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019 (en adelante “Resolución Sancionatoria”), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **RICARDO MÉNDEZ MORA, TECNIGRUP S.A.S.** (en adelante “**TECNIGRUP**”), **COLOMBIA FERRELÉCTRICA S.A.S.** (en adelante “**FERRELÉCTRICA**”) y **WILZOR S.A.S.** (en adelante “**WILZOR**”), violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y que **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

A su vez, la Resolución Sancionatoria declaró que **FERRELÉCTRICA TECNIGRUP, WILZOR, RICARDO MÉNDEZ MORA, TECNOLOGÍA MODULAR S.A.S.** (en adelante “**MODULAR**”), **AMERICANA DE INFLABLES Y SUMINISTROS S.A.S.** (en adelante “**AMERICANA**”), **ALMACÉN EL DEPORTISTA S.A.S.** (en adelante “**EL DEPORTISTA**”), **ARTES GRÁFICAS LITOEMPASTAR S.A.S.** (en adelante “**LITOEMPASTAR**”), **COMERCIALIZADORA INTEGRAL BDT S.A.S.** (en adelante “**BDT**”), **COMERCIALIZADORA SUMITEC KARCH LTDA** (en adelante “**SUMITEC**”), **DELGADO Y VERGARA S.A.S.** (en adelante “**DELVERG**”), **DIVISER S.A.S.** (en adelante “**DIVISER**”), **INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S.** (en adelante “**OFFILINE**”), **INVERSIONES RIME S.A.S.** (en adelante “**RIME**”), **INVERSIONES Y CONTRATOS ND S.A.S.** (en adelante “**INVERSIONES ND**”), **GRUPO EMPRESARIAL SPORTECH S.A.S.** (en adelante “**SPORTECH**”), **SUMINISTROS MAYBE S.A.S.** (en adelante “**MAYBE**”), **ADRIANA MARÍA OCHOA DE HURTADO**, propietaria del establecimiento de comercio “**DOTACIONES Y SUMINISTROS CHANA**” (en adelante “**CHANA**”), **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**, propietario del establecimiento de comercio “**FERDIESEL**” (en adelante “**FERDIESEL**”), **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ**, y **SISTERED S.A.S.** (en adelante “**SISTERED**”), violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Igualmente, la Resolución Sancionatoria estableció que **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO, REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ, RODOLFO MÉNDEZ MORA, CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ, LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ, y HERMES DAVID ARÉVALO PISSA**, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por cuanto toleraron, ejecutaron, facilitaron, colaboraron o autorizaron las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

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

¹ Modificado por el Decreto 19 de 2012.

² Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

26 de la Ley 1340 de 2009, y, por infringir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, respectivamente, así:

AGENTES DE MERCADO		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	COLOMBIA FERRELÉCTRICA S.A.S.	\$ 356.089.880
2	TECNIGRUP S.A.S.	\$ 248.434.800
3	WILZOR S.A.S.	\$ 301.434.224
4	RICARDO MÉNDEZ MORA	\$ 99.373.920
5	TECNOLOGÍA MODULAR S.A.S.	\$ 194.607.260
6	AMERICANA DE INFLABLES Y SUMINISTROS S.A.S.	\$ 70.389.860
7	ALMACÉN EL DEPORTISTA S.A.S.	\$ 513.431.920
8	ARTES GRÁFICAS LITOEMPASTAR S.A.S.	\$ 115.936.240
9	COMERCIALIZADORA INTEGRAL BDT S.A.S.	\$ 115.936.240
10	COMERCIALIZADORA SUMITEC KARCH LTDA.	\$ 194.607.260
11	DELGADO Y VERGARA S.A.S.	\$ 173.904.360
12	DIVISER S.A.S.	\$ 99.373.920
13	INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S.	\$ 525.853.660
14	INVERSIONES RIME S.A.S.	\$ 53.827.540
15	INVERSIONES Y CONTRATOS ND S.A.S.	\$ 198.747.840
16	GRUPO EMPRESARIAL SPORTECH S.A.S.	\$ 86.952.180
17	SUMINISTROS MAYBE S.A.S.	\$ 91.092.760
18	ADRIANA MARÍA OCHOA DE HURTADO "DOTACIONES Y SUMINISTROS CHANA"	\$ 49.686.960
19	LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ "FERDIESEL"	\$ 426.479.740
20	MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ	\$ 78.671.020
21	SISTERED	\$ 103.514.500

PERSONA NATURAL		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO	\$ 57.968.120
2	REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ	\$ 45.546.380
3	RODOLFO MÉNDEZ MORA	\$ 12.421.740
4	CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ	\$ 64.593.048
5	HERMES DAVID ARÉVALO PISSA	\$ 1.656.232
6	LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ	\$ 41.405.800

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, los siguientes investigados interpusieron recursos de reposición contra dicho acto administrativo y solicitaron su revocatoria, con base en los argumentos que se presentan a continuación:

2.1. AMERICANA y REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ

- Los interrogatorios de **INVERSIONES ND, EL DEPORTISTA, LITOEMPASTAR, SPORTECH, RIME, AMERICANA** y **HERIDA** no fueron tenidos en cuenta para tomar la decisión contenida en la Resolución Sancionatoria, en particular, para tener en cuenta si la participación en el chat "Gobernación" se realizó como empresa o como persona natural. De dichos interrogatorios se concluye que actuaron como personas naturales, con lo cual no hay lugar a la configuración de la conducta y en consecuencia a la imposición de la sanción.
- Existió ausencia de dolo en el actuar de los sancionados por el proceso de **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Solo tres (3) de los participantes del chat tenían la capacidad de vincular legalmente a sus empresas, dos de ellos manifestaron su intención de no seguir en la subasta y el otro ni siquiera participó en la conversación.
- "Alejandro", el creador del grupo, no era empleado, contratista, ni representante legal de ninguna de las empresas.
- La desacreditación de la declaración de **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** fue una "mera especulación". Lo que el sancionado quería exponer era que su participación en el chat tenía como único objetivo "adquirir habilidades y destrezas en una modalidad de selección en la cual nunca había participado".
- **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** sí había participado en un proceso de selección abreviada pero ni siquiera fue habilitado en tal proceso, con lo cual no puede demeritarse su declaración, tal y como lo hizo el Despacho.
- Los reportes del **SECOP** que usó la Superintendencia de Industria y Comercio para probar que **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** sí había participado en un proceso de selección previo no fueron oportunamente aportados al proceso, por lo que el sancionado no tuvo la oportunidad de controvertir la prueba.
- El Despacho desconoció que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 solo contempla dos modalidades de selección: licitaciones o concursos, que son independientes de las subastas.

2.2. SPORTECH y CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ

- La Superintendencia de Industria y Comercio valoró el chat de *WhatsApp* referido al proceso de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA** de manera aislada y no lo apreció en conjunto con otros elementos contenidos en el expediente.
- Del análisis del "reporte de subasta inversa Evento No. 777 expedido por la empresa **GESTIÓN DE SEGURIDAD ELECTRÓNICA GSE**" se prueba que la subasta inversa No. 6179 de 2016 inició a las 2 p.m. del 24 de noviembre de 2016 y finalizó 15 minutos después. Si se examina la hora en que se transmitieron los mensajes en el chat, puede evidenciarse que incluso 5 minutos después de finalizar la subasta no habían terminado la supuesta concertación e incluso se encontraban agregando números telefónicos al chat.
- No es extraño, como lo presenta la Superintendencia de Industria y Comercio, que resulte adjudicatario de un contrato un agente de mercado que no haya presentado la oferta inicial más baja.
- La no realización de lances no es prueba de la participación de **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** en un acuerdo colusorio en el marco de la Subasta Inversa No. 6179 de 2016. Esta decisión obedeció a razones financieras y logísticas de **SPORTECH**, tal y como lo expresó **YASMÍN SUÁREZ PARRA** en testimonio rendido el 13 de noviembre de 2018. Esto se fundamenta en que, como se evidencia en el certificado de existencia y representación legal de la empresa, la misma se dedica a la comercialización y suministro pero no a la fabricación de los productos involucrados.
- **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** y **SPORTECH** no recibieron suma de dinero alguna procedente de quien al parecer ofreció la denominada "bolsa".
- **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** debió tener el mismo tratamiento de **MARÍA EUGENIA OJEDA LEÓN** dentro de la investigación, pues no obstante en el chat se manifiesta la aceptación de esta última al supuesto acuerdo, ambos acreditaron mediante diferentes pruebas que la no presentación de lances se debió a razones de índole financiero y logístico.
- La Superintendencia de Industria y Comercio archivó la investigación respecto del proceso **PN-METUN-SA-005-2015** por cuanto, debido a la exigencia probatoria que utilizó, no encontró acreditada la conducta. En particular, indicó que no existen cuentas de cobro o consignaciones. Sin embargo, respecto de la Subasta Inversa No. 6179 de 2016 tampoco existen tales pruebas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De hecho, mediante Resolución No. 76777 de 2018 rechazó como prueba los extractos bancarios allegados por **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** con los que pretendía acreditar que no recibió dinero alguno en virtud de la compensación pactada en el chat.

- "Sin duda alguna aquí dentro de este proceso existe una valoración aparentemente amañada y subjetiva del acervo probatorio que pone sin lugar a alguna duda, en desigualdad de condiciones frente a la Administración a los aquí encartados". Lo anterior afecta el derecho fundamental al debido proceso de **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** y **SPORTECH**.
- El Despacho no tuvo en cuenta el hecho, ya resaltado en las observaciones al Informe Motivado, de que no es posible que una persona que sea agregada a un grupo de *WhatsApp* pueda rechazar dicha inclusión.
- Dentro del expediente se encuentra acreditado que el número [REDACTED] no tiene relación con **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ. COMCEL**, en respuesta a requerimiento de la Superintendencia de Industria y Comercio, menciona de forma taxativa que la línea se encuentra a nombre de **ÉLCIDA RAMÍREZ PAREDES** y que se encuentra activa desde el 9 de marzo de 2017.
- Respecto del reporte de **DATACRÉDITO** en donde se asocia la línea telefónica a **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** desde agosto de 2015, dicho reporte no tiene la misma validez probatoria que el de **COMCEL** pues es este último quien en últimas tiene la base de datos primaria de sus contratos.
- De acuerdo con respuestas de **CLARO** a **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ**, el número telefónico que lo vinculó a la investigación "no presenta ninguna relación" con él.
- El Despacho no puede afirmar que **ÉLCIDA RAMÍREZ PAREDES** es la madre de **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ**, pues la prueba de filiación entre personas solo puede acreditarse a través de documento idóneo, tal como registro civil de nacimiento o prueba biológica de ADN.
- La presunta participación de **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** en el chat se limitó a 4 eventos, iniciando 1 hora y 40 minutos después de su creación y terminando casi dos horas antes de la eliminación del grupo. Esto indicaría que el investigado no participó en la conducta restrictiva durante todo el tiempo de su ejecución.
- El criterio de impacto de la conducta para la dosificación de sanción de **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** y de **SPORTECH** debe limitarse al proceso de selección de Subasta Inversa No. 6179 de 2016, cuyo presupuesto oficial fue de \$250.363.425. Además, debe tenerse en cuenta que con solo la presentación de ofertas iniciales, ya la entidad hubiese percibido un ahorro de 4.2%, que debería descontarse del supuesto impacto en el mercado.
- Esta Superintendencia jamás probó que **SPORTECH**, o su representante legal en aquel tiempo, hubiese recibido dinero alguno del presente acuerdo colusorio, por tal motivo, el beneficio al que hizo alusión la Resolución Sancionatoria es totalmente infundado y carente de sustento probatorio.

2.3. Observaciones presentadas por SUMITEC y JOSÉ RAÚL CRUZ QUINTERO

- La conversación de *WhatsApp* entre **RICARDO MÉNDEZ MORA** y **RAMÓN OVIDIO CHICA RUIZ**, junto con la información del acta de subasta inversa No. **SI-CTAPT-006-2016** del **SENA** que reposa en el **SECOP**, no son prueba suficiente para acreditar una conducta anticompetitiva de **SUMITEC**, relacionada con una infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- Ninguna de las pruebas obrantes en el expediente vincula o menciona de forma directa a **SUMITEC**.
- De una conversación de terceros, en donde no se especifica de quienes se habla no puede determinarse la participación activa de **SUMITEC** en un acuerdo anticompetitivo. En esta

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

medida, la prueba es inconducente. En el presente caso no se configuran los requisitos para que exista un acuerdo anticompetitivo, de acuerdo con lo señalado por la **CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA PENAL**, toda vez que: (i) no se evidencia un acuerdo de voluntades, (ii) no se acreditó la participación de **SUMITEC** en "el cartel de la bolsa", y (iii) no existe ni tiene la potencialidad de existir una permanencia o durabilidad de la "empresa acordada", pues **SUMITEC** solo participó en uno de los procesos por los cuales se sancionó a las empresas investigadas.

- La información contenida en el **SECOP** es errónea pues quedó mal diligenciada desde el acta de audiencia pública enviada por el **SENA**.
- **SUMITEC** presentó ante el **SENA** dos peticiones. La primera de ellas para realizar la corrección del acta de audiencia ya que se evidenció un error en la transcripción de lo sucedido en la audiencia pública, en la página 2 en el acápite de descripción. La segunda, para reconocer que dicho documento carece de veracidad, autenticidad y valor probatorio puesto que los espacios destinados a firma se encuentran en blanco y se desconoce la responsabilidad de su redacción y publicación.
- No es cierto que durante la audiencia de subasta del proceso No. **SI-CTAPT-006-2016** del **SENA SUMITEC** haya expresado su intención de no realizar lances de mejora, si no que el lance que realizó fue inválido. Esto es, su no realización de lances se debió a "*errores normales de los seres humanos*".
- Se adjunta respuesta a un derecho de petición por parte del **SENA** en la que se acepta que el acta de subasta cargada en el **SECOP** se encuentra sin autorización.
- No existe ni en el expediente ni en los cuadros de Excel de seguimiento de **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** prueba de pago alguno derivado de una remuneración pactada en el supuesto acuerdo anticompetitivo. Lo anterior incluso después de que la Delegatura decretara pruebas de oficio tales como solicitudes al sector bancario sobre los movimientos y transacciones de las cuentas de los agentes de mercado investigados y de sus representantes legales.
- El comportamiento de **SUMITEC** fue el mismo en los dos lotes de la subasta No. **SI-CTAPT-006-2016** adelantada por el **SENA** —en el segundo lote no se reprochó la existencia de un acuerdo anticompetitivo—. En ambos asistió el mismo apoderado y en ambos presentó lances inválidos por los mismos errores en el diligenciamiento del formato de lances. Los apoderados no tienen experiencia en estos procesos y no pueden hacer uso de ayudas tecnológicas durante las audiencias.
- La sanción impuesta a **SUMITEC** debe ser re liquidada por los siguiente argumentos:
 - Se aporta la información financiera de la empresa a 2018.
 - Se llevó a cabo una venta interna entre socios por desconfianza de algunos de ellos en la sociedad.
 - Si bien el patrimonio de la sociedad no varió, el de sus accionistas sí, aumentando sus pasivos como mecanismo de financiación externa. El patrimonio líquido de estos últimos asciende a \$280.986.710.
 - Si bien los ingresos en ventas de la empresa aumentaron, no alcanzaron las proyecciones realizadas debido a afectaciones en su reputación y carencia de respaldo de agentes aseguradores. Lo anterior debido a la investigación por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio.
 - La comercialización de suministros representa menos del 12% del total de ingresos de la empresa.
 - La utilidad de la empresa es apenas el 10% en promedio, y fue del 4% en 2018.
 - El EBITDA de la empresa decreció en 63% para 2018, principalmente por sobrecostos de financiamiento.
- Para el cálculo de la sanción debe tenerse en cuenta que el valor del contrato por el que se sancionó a **SUMITEC** fue de \$58.311.599, que representó apenas el 0,005% del total del presupuesto del **SENA** en 2016.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Como el mercado relevante está determinado por "*productos, bienes y servicios iguales o similares entre lo (sic) que puede plantearse una competencia eficaz para satisfacer una necesidad*", la actividad comercial de suministro representa entre el 5% y el 12% de los ingresos totales de **SUMITEC**.
- De ser comprobada la supuesta infracción y según lo dispuesto en el chat de *WhatsApp*, el beneficio obtenido para los receptores de la bolsa sería de apenas \$1.400.000 por proponente.
- Ni **SUMITEC** ni ninguno de sus representantes o colaboradores lideraron, instigaron o promovieron la supuesta conducta anticompetitiva, y tampoco fueron adjudicatarios del contrato. Esto debe tenerse en cuenta en el grado de participación del implicado en la conducta.
- **SUMITEC** siempre, durante el desarrollo de la investigación, "*se ha prestado a colaborar y cumplir con la entrega de la información requerida en los tiempos y con la calidad que le ha sido solicitada, tanto ha sido su intereses (sic) en colaborar que fue uno de los primeros investigados en notificarse ante el despacho*". Por lo anterior, la empresa no presentó conducta procesal que implique la agravación de la sanción.
- **SUMITEC** no tiene antecedentes disciplinarios ni conductas administrativas anticompetitivas, criterio que debe tenerse en cuenta en la graduación de su sanción. En conclusión, la multa impuesta a la empresa resulta excesiva, desproporcional y lesiva.

2.4. EL DEPORTISTA

- Los cargos no están fundamentados en cuentas de cobro, consignaciones, reporte de información de terceros ante la **DIAN**, o cualquier otro documento que demuestre un beneficio económico por sí o por interpuesta persona. Así, en razón a la igualdad procesal y sustantiva, solicita se archive la investigación bajo el mismo lineamiento utilizado en otros procesos de selección, tales como 010-2015, 026-2015, 005-2015 y 047-2014, en donde, dada la insuficiencia probatoria, no se declaró responsabilidad, a pesar de que la conducta de los investigados fue sospechosa y reprochable.
- Se advierten tratos desiguales en el análisis del material probatorio entre **MARÍA EUGENIA OJEDA LEÓN** y **EL DEPORTISTA**, en donde varios argumentos manifestados por ella también fueron manifestados por **EL DEPORTISTA**, tales como su no participación en la conversación de *WhatsApp* y que su participación en el chat fue de manera inconsulta.
- La Superintendencia de Industria y Comercio acogió las explicaciones rendidas por **MARÍA EUGENIA OJEDA LEÓN** que la llevaron a no presentar lances, pero no las rendidas por **EL DEPORTISTA**, las cuales se refieren a que cuando advirtió la presencia de un fabricante dentro de los proponentes decidió no participar. Si **EL DEPORTISTA** hubiera sabido de la participación de un fabricante nunca se hubiese presentado.
- El señor "**ALEJO RAMOS**" realizó afirmaciones temerarias frente a una presunta aceptación de la conducta anticompetitiva señalando que "*el sr del DEPORTISTA salió de una reunión ya ya acepto*", cuando dicha conducta jamás se cometió, y frente a la cual no existe en la investigación pruebas de que así haya sucedido.
- El único oferente vinculado al grupo, de quien existen manifestaciones de terceros acerca de la conducta investigada es **EL DEPORTISTA**, lo cual debería servir como prueba sumaria eximente de responsabilidad.
- En la investigación no se probó que existiera algún vínculo laboral o especial entre quien actuó en nombre de éste en el chat "**ALEJO RAMOS**" y **EL DEPORTISTA**.
- En el caso de **BOMBICOL**, respecto de quien se probó el pago de un dinero a favor de **FERRELÉCTRICA** dentro del proceso adelantado por el **INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES**, para el Despacho no existió suficiencia probatoria para declarar su responsabilidad. Sin embargo, el Despacho no utiliza el mismo criterio de insuficiencia probatoria en el caso de **EL DEPORTISTA**. En virtud de lo anterior, **EL DEPORTISTA** solicita el archivo de la investigación en su favor, teniendo en cuenta que el único indicio que acompaña

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

su no participación en la subasta fue un grupo de *WhatsApp* al cual fue agregado de manera inconsulta y en el que no intervino.

- Los números telefónicos de contacto de donde se presume algún tipo de conducta violatoria del régimen de competencia económica no se encuentran registrados en la Cámara de Comercio donde **EL DEPORTISTA** tiene el asiento principal de sus negocios. En gracia de discusión, podría decirse que el número que fue agregado sin consentimiento violó la ley de protección de datos personales, siendo necesario que esta Superintendencia le solicite a "**ALEJO RAMOS**" la respectiva autorización.
- Si a los investigados en calidad de representantes legales no les fueron halladas pruebas de las conductas reprochadas, ello significa que debe ordenarse el archivo en su favor, dado que los únicos que pueden representar a **EL DEPORTISTA** son ellos.
- La sanción impuesta es desproporcionada, al estimar afectado el 100% del mercado relevante, cuando la investigación no abarcó, ni probó el actuar reprochado en otros procesos, sino sólo por el que se le investiga, lo que se constituye en una vía de hecho para lesionar patrimonialmente a **EL DEPORTISTA**, más allá de lo que ya lo ha lesionado.
- **EL DEPORTISTA** presentó una contracción en su patrimonio en un 20%, tuvo pérdidas en un 79%, sus ventas descendieron en un 55%, el endeudamiento con sus acreedores creció en un 30% y su activo corriente se contrajo en un 22%. Por todas estas razones, la imposición de una sanción en las condiciones en que se pretende imponer es "**INJUSTA**" y amenazaría con la liquidación del agente del mercado, en tanto habría un segundo año con proyección financiera contraída.

2.5. DELVERG

- Respecto del proceso **S.I. 04 – 2015**, **DELVERG** fue inhabilitado luego de que mediante la modalidad de sorteo con balotas sacó la roja, razón por la cual su participación como oferente se limitó hasta tal etapa.
- En relación con el proceso **PN DEANT SA-015-2015**, **DELVERG** en su calidad de habilitado para participar, presentó un (1) lance válido de mejora en la subasta inversa. El contrato le fue adjudicado a otro proponente.
- Frente al proceso **01-2015**, **DELVERG** en su calidad de habilitado para participar, presentó un (1) lance válido de mejora en la subasta inversa. El contrato le fue adjudicado a otro proponente.
- Dentro del proceso **SI-CTAPT-006-2016 – SENA**, **DELVERG** presentó la documentación requerida, sin embargo, no se le permitió su participación dado que quien fue designado como apoderado para participar en la subasta no presentó original del poder. El **SENA**, de manera discrecional, desconoció la Ley Anti trámites (Decreto 19 de 2012) al rechazar la copia del poder, contrario a lo acontecido dentro del proceso **01-2015** en donde la Auditoría General de la República sí aceptó la participación de **DELVERG** con la presentación de copia del poder. A su vez, la Resolución de Apertura contiene una contradicción consistente en afirmar que dentro del proceso **SI-CTAPT-006-2016 – SENA**, **DELVERG** se abstuvo de formular o presentar lance alguno, cuando previamente había señalado que dicha sociedad no pudo participar por cuanto su apoderado presentó un poder en copia.
- Resulta entendible que **RAMÓN OVIDIO CHICA CRUZ** tuviera conocimiento de lo acontecido en la subasta inversa llevada a cabo dentro del proceso **SI-CTAPT-006-2016 – SENA**, ya que él estuvo presente en la misma. No obstante, lo que resulta incomprensible es que se derive una práctica anticompetitiva de un hecho injusto cometido por el **SENA** en contra de **DELVERG**, al no permitirle su participación so pretexto de una irregularidad inexistente.
- El Informe Motivado recomendó sancionar a **DELVERG** por el proceso **PN DEANT SA-015-2015**, pero la Resolución Sancionatoria derivó responsabilidad respecto del proceso **SI-CTAPT-006-2016 – SENA**, circunstancia que atenta contra el principio de congruencia.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- Resulta incomprensible que contra la Resolución Sancionatoria no proceda el recurso de apelación y, en consecuencia, solicita se explique tal circunstancia y, de ser procedente, solicita le sea concedido.

2.6. BDT, RIME y RODOLFO MÉNDEZ MORA

- El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 es aplicable únicamente respecto de licitaciones o concursos, no respecto de procesos de selección en la modalidad de subasta inversa, lo que genera que la conducta sancionada sea atípica.
- La sanción impuesta en la Resolución Sancionatoria no corresponde con el cargo que les fuera imputado en la Resolución de Apertura, lo que significa una violación de su derecho de defensa.
- Esta Superintendencia formuló nuevos cargos en el Informe Motivado, es decir, luego de que los descargos y período probatorio se encontraban agotados. Dicha anomalía impone la pérdida de competencia funcional para decidir acerca de una eventual sanción en su contra.
- La negativa a decretar las pruebas solicitadas por **BDT, RIME y RODOLFO MÉNDEZ MORA** ha generado una decisión fundada en motivaciones imaginarias y subjetivas, pese a estar demostrado que no existió perjuicio alguno para la entidad. Así mismo, ha violado su debido proceso y derecho de defensa, al dejar de aplicar el artículo 40 de la Ley 1437 de 2011, el cual establece que durante la actuación administrativa y hasta antes de que se profiera decisión de fondo se podrán aportar, pedir y practicar pruebas de oficio o a petición del interesado sin requisitos especiales. Tal negativa significó también la falta de aplicación del artículo 4 de la Constitución Política y de los artículos 4, 11, 168 y 170 del Código General del Proceso.
- No es jurídicamente procedente interrogar bajo la gravedad de juramento a los investigados con el fin de provocar una confesión dentro de una actuación administrativa sancionatoria. Así, al haber dejado de practicar las pruebas solicitadas por la parte y valorar las que han sido ilegalmente practicadas, deriva en una violación al debido proceso.
- En dos oportunidades el Superintendente de Industria y Comercio, en diferentes medios de comunicación, se refirió a la presente investigación, lo que significó un prejuzgamiento que se constituye en una vía de hecho.

2.7. RICARDO MÉNDEZ MORA, HERMES DAVID ARÉVALO PISSA, FERRELÉCTRICA, TECNIGRUP y WILZOR

- El material probatorio recaudado durante las visitas administrativas violó todo tipo de garantía de carácter fundamental y procedimental. Además, esta Superintendencia no hizo una valoración en conjunto, sino que se limitó a sesgar su tratamiento, excluyendo aquellas pruebas que le resultaban favorables al investigado.
- Si bien la Resolución Sancionatoria determinó que de 101 procesos de selección investigados, tan solo fue posible establecer responsabilidad respecto de 10, omitió hacer un pronunciamiento similar en la parte resolutive de la misma. De igual forma, omitió incluir en la parte resolutive la ausencia de causación de daño, o de afectación alguna a las finanzas de las entidades, intereses de los ciudadanos, o de la afectación de los intereses jurídicos protegidos por el derecho de la competencia, así como su falta de significatividad.
- La imposición de las multas desconoció el impacto de la conducta, la dimensión del mercado, el beneficio obtenido, el grado de participación, la conducta procesal y la cuota de mercado.
- La falta de pronunciamiento en torno al mercado relevante, la significatividad de la conducta y la afectación del mercado, imponen que se declare el archivo de la investigación. Debe recordarse que tan insignificante fue la conducta, que esta Superintendencia no pudo demostrar que las magnitudes de ahorro en las licitaciones fueron inferiores al 4%.
- El proceso de selección No. **6179 – GOBERNACION DE ANTIOQUIA**, es un claro ejemplo de un “*juego entre proponentes*”, en donde el proponente de la bolsa, a pesar de haberse equivocado, ya que la licitación más la bolsa no le representaba ninguna ganancia, **se mantuvo en su palabra**, lo que no afectó para nada la competencia ni el patrimonio de la entidad.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- De los diez (10) procesos analizados de los que se predicó acuerdo colusorio, quedó **"PLENAMENTE DEMOSTRADO QUE LA CONDUCTA DE LOS INVESTIGADOS NO PASO (sic) DE SER UN COMPROMISO ENTRE PRIVADOS"** sin afectación alguna del patrimonio público, tal y como lo estableció el dictamen pericial de **ALFONSO MUÑOZ**.
- Es obligación de esta Superintendencia demostrar que los oferentes que participaron en los respectivos procesos de selección objeto de sanción, resultaban ser mejores opciones para las respectivas entidades del Estado, de cara a las exigencias de la contratación. Así como también resulta imperioso que esta Superintendencia indique la afectación que los procesos de selección produjeron y en qué porcentaje, como una garantía mínima al debido proceso.
- Dada la inocuidad de la conducta en cuanto a vulneración y afectación del derecho de la competencia, solicita se revoque el acto administrativo impugnado.

2.8. INVERSIONES ND

- Las conversaciones de *WhatsApp* prueban que **INVERSIONES ND** no interactuó en dicho grupo y no expresó su consentimiento frente a los supuestos acuerdos investigados.
- La Superintendencia de Industria y Comercio afirmó que para que el sistema de repartición de bolsa logre su objetivo es preciso que todos los oferentes participantes **"ACEPTEN"**, lo cual evidencia la inexistencia de responsabilidad, dado que no existe prueba alguna que demuestre que **INVERSIONES ND** aceptó su inclusión en los supuestos acuerdos. La ausencia de una aprobación directa o por interpuesta persona de una bolsa por parte de **AMERICANA** torna en arbitraria y generalizada la sanción, situación que se ha venido alegando desde el inicio del proceso.
- No existen en el expediente pruebas **"SUFICIENTES, IDÓNEAS y ADECUADAS"** para aplicar una sanción como la impuesta. Así como también existió una deficiencia al no valorar las pruebas aportadas que demuestran que **INVERSIONES ND** no ejerció actos anticompetitivos con alguna de las personas investigadas, no siendo suficiente indicar que el **"chat es claro"**.
- No se encuentra probado el beneficio económico derivado del acuerdo, esto es, extractos bancarios o reportes de la **DIAN**.
- La sanción está fundada en una presunción de mala fe, en donde todas las personas naturales y jurídicas que participaron en todos los procesos de subasta inversa desde el año 2015, incluyendo **INVERSIONES ND**, incurrieron en colusión por el solo hecho de participar y no hacer lances.
- En relación con el proceso **6179 – GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, **INVERSIONES ND** tuvo la menor oferta económica inicial, razón por la cual no presentó lances. A más de ello, la dinámica del mercado no permitía efectuar lances contra industriales fabricantes, pues entraban en desventaja y no podían igualar sus propuestas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no señaló la forma en que calculó la multa, ni los valores que tomó en cuenta. De llegar a analizarse el patrimonio de **INVERSIONES ND** para el año 2017, se podría evidenciar que el mismo no obedeció al flujo de caja ni a los ingresos de la sociedad, en tanto las diferentes obligaciones salariales y tributarias son cubiertas con el patrimonio. A más de ello, la sanción no tuvo en cuenta que **NESTOR JAIME CARDONA MORALES** no fue hallado responsable, que **INVERSIONES ND** no tuvo una participación activa y directa en el chat, que no existen pruebas que demuestren el beneficio económico obtenido por esta, y que **NESTOR JAIME CARDONA MORALES** jamás ha sido investigado o hallado responsable previamente por conductas anticompetitivas.
- La sanción impuesta es desmedida y representa un golpe financiero que la sociedad no puede soportar, con lo cual se quebranta el principio general que indica que la medida debe ser disuasoria más no confiscatoria.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2.9. MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ

- No obra en el expediente prueba alguna, tal como una transacción bancaria o reporte de terceros a la **DIAN**, que demuestre que **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** de manera consciente o con conocimiento de causa, materializó la existencia de una conducta anticompetitiva. Su único error fue haber participado en la subasta inversa dentro del proceso de selección **SI-CTAPT-006-2016**, lo que no significa responsabilidad alguna, dado que allí se presentó en igualdad de condiciones y con la intención de ser adjudicataria bajo las reglas del sistema de contratación.
- No existe en el expediente prueba que demuestre que **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** colaboró en la comisión del acto anticompetitivo, así como tampoco que lo haya facilitado, autorizado o ejecutado.
- No existe prueba acerca de la intervención directa de **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** o de alguno de sus representantes en el chat de *WhatsApp* que sirvió de sustento para derivar la sanción ahora recurrida.
- A la audiencia del 7 de octubre de 2016 dentro del proceso **SI-CTAPT-006-2016** compareció **NIDIA ROSA MENA**, quien no fue vinculada a la presente investigación con el fin de determinar si su actuar pudo o no ser concertado con los otros oferentes para beneficiarse a título personal y a espaldas de **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ**, caso en el cual dicha responsabilidad sería personalísima e intransferible.
- La exoneración de que gozaron algunos investigados en donde "*no se comprobó su participación en las subastas*" no se hizo extensiva a **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ**, a pesar de que como representante legal de su establecimiento de comercio y, al igual que los representantes legales de las personas jurídicas, pocas veces asiste personalmente a las subastas, por lo tanto no puede ser sancionada por la actuación desplegada por **NIDIA ROSA MENA**.
- No existe material probatorio en el expediente que permita siquiera intuir que **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** tenía conocimiento de que se iba a cometer un acto anticompetitivo en la subasta llevada a cabo dentro del proceso de selección **SI-CTAPT-006-2016**, o que haya permitido que su representante **NIDIA ROSA MENA**, o cualquiera de sus empleados participaran en la comisión de un acto colusivo sin ejercer ninguna acción para evitarlo. De haber tenido conocimiento, seguramente **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** hubiera tomado las respectivas medidas correctivas.
- Esta Superintendencia, sin tener pruebas, presumió la responsabilidad de **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** y la condenó a pagar una alta suma de dinero sin tener la capacidad económica para responder, dado que la presente investigación afectó su imagen, estabilidad emocional y buen nombre comercial, limitándole el ejercer su actividad económica como contratista en el sector público.
- La conducta pasiva como elemento subjetivo, tiene que estar plenamente demostrada con los hallazgos de la investigación desplegada y no puede existir el más mínimo margen de duda para que pueda imputarse responsabilidad alguna. Por lo tanto, la simple sospecha fundamentada deficientemente en una conversación en el chat *WhatsApp*, en la que no se infiere relación alguna con **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** ni con su representante **NIDIA ROSA MENA**, sumado a la ausencia de material probatorio acerca de la conducta pasiva de aquella, conducen a concluir que es necesario revocar la decisión en su favor.
- **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** no ha pagado para salir adjudicataria de ningún contrato, tampoco ha recibido dinero para abstenerse de hacer lances o ausentarse de subastas, ni ordenó o autorizó a sus empleados para que participaran en conductas anticompetitivas, por consiguiente, no es posible suponer que debía haber evitado la conducta colusiva. Más aún, si se tiene en cuenta que ella no tiene negocios con las empresas participantes en la subasta, ni existe prueba documental que demuestre que fue contactada por **DIVISER** para ofrecerle dinero a cambio de no hacer puja o ausentarse. Por lo tanto, mal puede esta Superintendencia exigirle el deber de actuar con la diligencia de un buen hombre de negocios, si no tenía el más mínimo conocimiento acerca del supuesto acuerdo colusorio.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Podría presumirse que **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** toleró una conducta anticompetitiva si hubiera sido invitada a hacer parte del acuerdo colusorio y hubiera participado de manera activa o pasiva para que se materializara su consumación o, si hubiera tenido conocimiento o una mínima sospecha de que su representante **NIDIA ROSA MENA**, actuando de manera personal e individual recibió dinero de otros oferentes a cambio de evitar la competencia.
- Debe existir un trato igualitario entre los investigados, ya que en algunos casos se ordenó el archivo en favor de algunos investigados respecto de quienes a pesar de existir una alta probabilidad acerca de su participación en el acuerdo, no existieron cuentas de cobro o consignaciones que permitieran endilgarles responsabilidad alguna. Dicha situación no tuvo lugar en el proceso **SI-CTAPT-006-2016**, en donde de manera arbitraria y facilista, esta Superintendencia procedió a declarar la responsabilidad de todos los agentes que participaron en la subasta, y no de manera individual y personal -incluso si respecto de ellos no existieron cuentas de cobro, consignaciones o reporte de terceros a la **DIAN**.

2.10. LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ (FERDIESEL)

- La Superintendencia de Industria y Comercio carece de pruebas específicas que conduzcan a la determinación de la responsabilidad de **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**, lo que no ofrecen los cuadros de Excel, ni las conversaciones telefónicas y menos aún, los movimientos de dinero que se presume fueron realizados a su favor.
- **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** no tomó parte, directa o indirectamente, en los acuerdos anticompetitivos investigados, lo que amerita la revocatoria de la decisión sancionatoria.
- La tabla 8 visible a folio 62 de la Resolución Sancionatoria contiene varias imprecisiones, tales como que **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**, es propietario de **FERRELÉCTRICA**, lo que no es cierto. Así como también que **FERRELÉCTRICA** no es un establecimiento de comercio sino una sociedad y que **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** fue adjudicatario del proceso **SI CTGI-001-2016**, cuando en realidad no lo fue. Dicho error es corregido páginas más adelante.
- La multa impuesta resulta desproporcionada, la cual no se compadece con la impuesta a otros actores dentro del mismo proceso y resulta ser la tercera multa más alta de las impuestas a todos los investigados. Ello a pesar de que otros investigados fueron sancionados por actuaciones más graves, sin que exista una sustentación acerca del monto de la sanción impuesta.
- La Ley 1340 de 2009, que modificó los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, establece que el monto de la sanción no se determina por el patrimonio del investigado, sino por un porcentaje de la utilidad contenida con la conducta por parte del infractor. No obstante lo establecido por dicha normatividad, esta Superintendencia sancionó de manera indebida y desproporcionada a **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**.
- La multa debió imponerse con fundamento en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 (personas naturales) y no con fundamento en el artículo 25 de la misma normativa.
- Incluso si la multa a imponerse tuviera como fundamento el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, no está probado que tales bienes podían obtenerse a un precio inferior o con mayor ahorro para la entidad; debe considerarse que **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** no ha sido sancionado antes por este tipo de conductas; no existe prueba acerca del impacto en el mercado; y, su comportamiento procesal dentro de las presentes diligencias no ha sido objeto de reproche.
- Por todo lo expuesto, de manera principal solicita revocar la decisión sancionatoria contra **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** y, de manera subsidiaria, adecuar la sanción a lo dispuesto por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

2.11. CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO

- Los testimonios, registro de oficinas, computadores y celulares se realizaron sin intervención judicial, bajo constreñimiento manifiesto con amenaza de millonarias multas y privación de la libertad, sin lectura previa de derechos, ni la indicación de no autoincriminación o de guardar la

A₃

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

reserva profesional. Los funcionarios que realizaron la visita no recibieron autorización para acceder a los computadores, ni a los celulares.

- La información tomada de computadores se realizó sin los mecanismos de seguridad digitales pertinentes que den fe de la autoría, ni garanticen la autenticidad del contenido conforme lo disponen los artículos 16, 17 y 18 de la Ley 527 de 1999, Decreto 1747 de 2000, Decreto 2364 de 2012 y artículo 244 del **CGP**.
- A sabiendas de que **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** no es la autora del contenido del computador corporativo, la Superintendencia de Industria y Comercio la ubica en la investigación como propietaria del mismo y le impone una condena en consecuencia. Así mismo, la Resolución Sancionatoria invierte la carga probatoria al indicar que esta no ofreció el nombre del autor.
- Los nexos causales analizados en la Resolución Sancionatoria contienen fallas tales como el parentesco con **RICARDO MÉNDEZ MORA**, pues ello supondría que todas las esposas de personas que estén privadas de la libertad y condenadas también debieran ser condenadas. El ser propietaria de una empresa con antelación no implica ni conocimiento, ni participación en conductas violatorias de las normas de competencia. **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** no contrató empleados para **WILZOR, FERRELÉCTRICA** o **TECNIGRUP**, ya que el hecho de que un abogado revise contratos y hasta haga las entrevistas no lo hace responsable de las actuaciones del trabajador.
- **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** leyó el contenido del tablero ubicado en la oficina donde se hacían reuniones y manifestó que "*creo que dos de TECNIGRUP*", lo que no evidencia el conocimiento de pormenores.
- Las cuentas de cobro por concepto de transporte no pueden interpretarse como indicios, ya que no son variados, ni convergentes o concluyentes del hecho que pretende probarse, además carecen de fuerza argumentativa determinante y excluyente, constituyéndose en apreciaciones subjetivas, sueltas e inconexas. A lo anterior se suma el desconocimiento que **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** tenía del asunto, ya que dicho servicio era prestado por su esposo y él manejaba esa cuenta bancaria a su nombre.
- Esta Superintendencia de manera caprichosa y arbitraria supone que **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** tuvo un rol activo en el seguimiento de los proceso de selección. Sin embargo, dicho rol no emerge del hecho de ser la esposa de **RICARDO MÉNDEZ MORA**, de haber dado un visto bueno para contratar un empleado, ni de haber sido propietaria de dos de las empresas. Ello se confirma con el hecho de que ninguno de los investigados la mencionó, ni dijo haberle pagado expensa o dádiva alguna.
- No existió un análisis y determinación del mercado relevante, así como tampoco se establecieron los efectos dañinos y la significatividad de la conducta. Así, al estar frente a conductas sin significatividad e intrascendentes, las mismas no ameritan ser reprochadas ni sancionadas.
- La Resolución Sancionatoria no se ocupó de indicar de manera clara de qué forma colaboró, facilitó, autorizó, toleró o ejecutó la conducta que le es reprochada.
- La Resolución Sancionatoria no se pronunció respecto de las observaciones efectuadas al Informe Motivado, y en esa medida se le vulneró su derecho de defensa.
- Ante la ausencia de delimitación del mercado relevante, significatividad, precisión acerca del verbo que describió la conducta, daño y presunto beneficio, es difícil establecer sobre qué bases y cómo se graduaron las multas.

2.12. DIVISER

- No existen cuentas de cobro o pruebas de las transferencias de los supuestos pagos acordados en el chat, hecho que de igual manera no tuvo ocurrencia en el grupo de los 7 procesos, pero que en cambio respecto de ciertos investigados sí permitió el archivo de las diligencias. Debe

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

esta Superintendencia, con fundamento en la presunción de inocencia, proceder a archivar la investigación en favor de **DIVISER**.

- De haber existido acuerdo alguno, la persona que debió declararse responsable fue **WILLIAM VILERA**, quien asistió a la subasta objeto de sanción, y su actuar no puede tener la capacidad de vincular a **DIVISER**.
- La Delegatura dejó de investigar a empresas sobre las cuales existían pruebas directas de su participación en los acuerdos colusorios, mientras otras sí fueron investigadas y sancionadas por el dicho de un tercero.

2.13. LITOEMPASTAR y MODULAR

- No existen cuentas de cobro o pruebas de las transferencias de los supuestos pagos acordados en el chat, hecho que de igual manera no tuvo ocurrencia en el grupo de los 7 procesos, pero que en cambio respecto de ciertos investigados sí permitió el archivo de las diligencias. Por lo anterior, esta Superintendencia, con fundamento en la presunción de inocencia, debe proceder a archivar la investigación en su favor.
- De haber existido acuerdo alguno, las personas que debieron ser declaradas responsables serían **DANIEL GIRALDO LONDOÑO** y **JOHN JAIRO TOBÓN**, ya que ellos asistieron a las subastas con la instrucción de presentar ofertas a la entidad requirente, pero no tenían la capacidad de obligar a las personas jurídicas, puesto que únicamente los representantes legales hubieran tenido la capacidad de hacerlo. El que una persona tenga una línea corporativa no le otorga *per se* poder para obligar jurídicamente a la empresa.
- La Delegatura dejó de investigar a empresas sobre las cuales existían pruebas directas de su participación en los acuerdos colusorios, mientras otras sí fueron investigadas y sancionadas por el dicho de un tercero.

2.14. OFFILINE

- La Resolución Sancionatoria adolece de falta de validez de la prueba y falta de motivación probatoria. Ello, dado que **OFFILINE** nunca ha tenido contacto o relación con las empresas **WILZOR**, **FERRELÉCTRICA**, **TECNIGRUP** o **DIVISER**, así como tampoco ningún tipo de vínculo laboral, comercial, ni ellas ejercen un control competitivo sobre **OFFILINE**, y esta Superintendencia nunca probó lo contrario, siendo su deber.
- Esta Superintendencia tampoco probó que **OFFILINE** hubiera recibido dádivas o hubiera aceptado algún pacto y, a pesar de esto, procede a sancionarla.
- La sanción impuesta a **OFFILINE**, sin fundamento probatorio, resulta ser superior a la impuesta a otros investigados respecto de quienes sí existían argumentos para proceder a imponer la sanción.
- **NICOLÁS ALBERTO OROZCO GARCÍA**, apoderado de **OFFILINE**, se retiró de la audiencia antes de comenzar la subasta, lo cual es legal y no puede ser utilizado por esta Superintendencia como argumento para endilgar algún tipo de responsabilidad, ni mucho menos se puede aseverar que **OFFILINE** se retiró para dar cumplimiento a un acuerdo previamente establecido, lo cual es rotundamente falso y esta Superintendencia no demostró probatoriamente lo contrario.
- **OFFILINE** realizó un análisis de costo-beneficio y encontró que de participar y llegar a ser adjudicatario del proceso de selección abreviada **SI CTAPT-006-2016**, no tendría la rentabilidad esperada y ello le arrojaría pérdidas. Por tanto, retirarse de un proceso de subasta inversa no es ilícito, dado que tal circunstancia está contemplada por la misma normatividad (Decreto 1082 de 2015, artículo 2.2.1.2.3.1.6). Todo lo anterior, desvirtúa el supuesto acuerdo.
- El hecho de que **RICARDO MÉNDEZ MORA** no haya asistido al interrogatorio que fue citado, y que ninguna de la partes incluida la Delegatura haya citado a **RAMÓN OVIDIO CHICA RUIZ** (creador y administrador del grupo de *WhatsApp*) para aclarar el sentido figurado utilizado en

Ag

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la conversación, no puede ser ignorado y utilizado por esta Superintendencia para insistir en una imputación y sanción que carece de sentido común.

- **OFFILINE** ha negado enfáticamente su participación de manera directa o indirecta en la conversación de *WhatsApp*. Así, al tratarse de un hecho negativo no le corresponde probarlo, y, por el contrario, las afirmaciones de la Superintendencia, al ser hechos positivos, deben ser probados para poder proferir una decisión, lo que no ha ocurrido en el presente caso.
- La sanción impuesta a **OFFILINE** sin fundamento probatorio que demuestre que aceptó un acuerdo con las demás empresas investigadas, desconoce el principio general de buena fe.
- La evidencia digital aportada en los contenedores por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio está afectada por varios yerros técnicos que impiden establecer un comparativo con respecto a su originalidad, toda vez que tan solo se vislumbraron imágenes forenses realizadas con el aplicativo forense FTK IMAGER, pero en los reportes de salida y análisis de los mismos, no se advirtió el software utilizado. Así mismo, las carpetas contienen un nombre digitado –al parecer por los funcionarios de esta Superintendencia, lo cual pudo haber tenido lugar en su fase de análisis, portando entonces sus derivadas, situación que no permite establecer la originalidad de los contenidos, ni su autenticidad y los hash extraídos, corresponden a las mismas derivadas mas no a los discos y dispositivos que fueron objeto de obtención de imágenes forenses por parte de esta Entidad. Además, a las partes no se les corrió traslado de las mismas, con lo cual se les afectó su derecho de contradicción.
- La Corte Constitucional en su sentencia C-604 de 2016 indicó, sobre las impresiones de mensajes de datos, que *"La información pasa de estar contenida en un dispositivo electrónico, que asegura la integridad, autenticidad e inalterabilidad de la información, a un soporte de papel sin esa capacidad técnica, por lo cual, el elemento material probatorio resulta modificado y se convierte en una mera reproducción de su original"*. Así, por dos razones fundamentales, los pantallazos impresos presentados en un proceso judicial no son tenidos en cuenta como mensajes de datos, la primera, porque perderían la presunción de autenticidad inserta en el artículo 244 del CGP. Y, la segunda, porque la impresión del pantallazo deberá reproducir de manera íntegra el mensaje de *WhatsApp*, es decir, deberá establecer datos como el número de teléfono de quien envió el mensaje, la fecha y hora, dirección IP de envío y el texto del mensaje. Una prueba que no cumpla con estos requisitos será una prueba ilegal.
- El recaudo de las pruebas digitales dentro del presente proceso está viciado de inconstitucionalidad, ya que se efectuó sin contar con una orden judicial, según lo señaló la Corte Constitucional en su sentencia C-165 -2019.
- La Resolución Sancionatoria carece de motivación, dado que los motivos determinantes de la decisión adoptada fueron hechos que no se encontraban debidamente acreditados o, habiéndose probado unos hechos, estos no fueron tenidos en consideración aunque habrían podido llevar a que se tomara una decisión sustancialmente distinta.
- Esta Superintendencia violó las obligaciones como funcionarios públicos al extralimitarse en sus funciones al desconocer la presunción de inocencia, dado que no logró probar la comisión de una conducta anticompetitiva por parte de **OFFILINE**, y las pruebas que utilizó fueron impertinentes, inconducentes, inútiles y carecen de toda idoneidad para demostrar algún grado de culpabilidad.
- No existe una relación de control entre **OFFILINE** y **WILZOR**, **TECNIGRUP** o **FERRELÉCTRICA**. **OFFILINE** es una empresa independiente, que nunca ha tenido contacto con las anteriores sociedades ni con los demás concursantes en el proceso de selección **SI CTAPT-006-2016**.
- Esta Superintendencia, al realizar la tasación de la sanción, violó los principios constitucionales de lesividad, gradualidad y proporcionalidad que limitan el poder sancionador del Estado contra los particulares. La sanción que le fue impuesta a **OFFILINE** resulta ser desproporcionada en comparación con otros investigados respecto de quienes las pruebas implican hechos y perjuicios más graves, más aún si se tiene en cuenta que respecto de **OFFILINE** no existe siquiera prueba sumaria que comprueba la comisión de una conducta anticompetitiva. La

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

sanción debe ser impuesta en razón del beneficio supuestamente obtenido, beneficio que no está probado en la presente actuación.

- La sanción se tasó con base en el patrimonio de **OFFILINE**, cuando el literal 6 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 da preferencia a los activos y/o ingresos del infractor involucrado en la investigación, los cuales son muy inferiores al total del patrimonio.

2.15. MAYBE y LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ

- Esta Superintendencia debe aclarar que la multa obedece al proceso de selección **SI CTGI-001-2016** y no, respecto del proceso **SI-CTAPT-006-2016**, respecto del cual no ha sido investigada. Dicha corrección deberá tener una incidencia en el valor de la multa.
- Las multas impuestas son considerablemente altas, lo que compromete la existencia de las empresas sancionadas en el mercado.
- Esta Superintendencia desconoció el ofrecimiento de garantías efectuado a lo largo del proceso, procediendo a su rechazo sin mayores argumentos o indicando cuáles serían las garantías esperadas, lo que se constituyó en una arbitrariedad. Por tal motivo, solicita que se conceda la terminación del proceso señalando las garantías adecuadas.

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

3.1. Consideraciones preliminares

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

En esa medida, el artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer el derecho colectivo a la libre competencia económica, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos como los carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de abuso de posición dominante en el mercado u otras conductas.

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse en varias ocasiones al régimen general de la libre competencia económica el cual encuentra sus bases en el referido artículo 333 Superior. Como primera medida ha dicho que la Constitución Política

*"adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero **que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general**"*³. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

De acuerdo con esto,

*"Un asunto central es el de los límites de actuación que tienen los actores del mercado, y más precisamente, **los límites que deben ser impuestos a la libertad económica, que se materializan en el régimen de protección de la competencia**. Al respecto pueden*

³ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

Aty

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*ser identificados dos clases de límites: los que se imponen libremente los propios actores, dispuestos entre otros instrumentos, en los “manuales de buenas prácticas”, y **los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia**”⁴. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

En este entendido, la función sancionatoria adelantada por la Superintendencia:

“(...) presupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.

*Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, **el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia**. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta”⁵. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

En consecuencia, y conforme lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la Entidad pública encargada de intervenir en el desarrollo de las actividades propias de la libertad económica cuando evidencie que podría existir una afectación al derecho constitucional a la libre competencia económica. Intervención que se realiza con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en cuanto a que:

“(...) la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”⁶.

Por consiguiente, para el correcto ejercicio de sus competencias y funciones aplica el régimen general de la libre competencia, el cual, como lo ha aseverado la Corte se encuentra integrado por la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011. Adicionalmente, resulta relevante indicar que, en materia procesal, en los aspectos no regulados en las normas especiales se debe aplicar la Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo- y en lo no regulado por éste último por lo establecido en la Ley 1564 de 2012 –Código General del Proceso. En palabras de la Corte,

*“En el plano normativo dicho régimen está conformado básicamente por la **Ley 155 de 1959** sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la **Ley 1340 de 2009**; por el **Decreto 2153 de 1992**, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, (...) por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC “conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia”; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos*

⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

aspectos sustantivos y de procedimiento, (en) el Decreto 4886 de 2011⁷. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

(...)

"Las reglas de procedimiento para las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen de protección de la competencia, se encuentra reglado en el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, contando con las cláusulas de integración de la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"⁸.

Teniendo en cuenta lo establecido en cada una de las normas señaladas, la Superintendencia tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Así, se busca reprimir, sancionar y prevenir la infracción de las normas que protegen el régimen de la competencia y que tienen como bien jurídico protegido el derecho de todos los colombianos a la libre competencia económica. Luego entonces, y conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, a través de las actuaciones administrativas de esta Entidad se busca velar, garantizar y cumplir con tres propósitos: "(...) la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"⁹. En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones

"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener"¹⁰.

En este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como policía administrativa en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la actividad económica en los diferentes mercados nacionales; función que se enmarca dentro del ámbito del derecho administrativo sancionatorio, en el cual los principios de legalidad y tipicidad tienen distinta entidad y rigor que en el derecho penal. Por ello la Corte ha indicado que:

"En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas.

(...)

el derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, **se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) "los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada"; (ii) "las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta"; (iii) "la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad.**

Y respecto del carácter flexible del principio de tipicidad como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, agregó:

⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

⁹ Artículo 3 Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", Diario Oficial 47.420 de 24 de julio de 2009.

¹⁰ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

A₃

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*“En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) “Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) “Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley”; (iii) “Que exista correlación entre la conducta y la sanción”. De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que **“las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica”**”¹¹. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

Bajo este entendido, la exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma, (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta y (iii) que la sanción o criterios para determinarla sean claros. Así pues, se debe hacer especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma,

- (i) El régimen de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política.
- (ii) Las normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia son la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2009 y Decreto 019 de 2012.
- (iii) En materia procesal, las actuaciones administrativas, adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se rigen por lo dispuesto en las referidas normas y en lo no regulado por ellas por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y subsidiariamente por lo establecido en la Ley 1564 de 2012.
- (iv) La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de competencia.
- (v) Los propósitos de las actuaciones administrativas en protección del régimen de la competencia son tres: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- (vi) El análisis de adecuación de las conductas a las normas, que en materia administrativa sancionatoria realiza el juzgador, es mucho más flexible que el exigido en materia penal.

Previo al análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad de los recurrentes, estima este Despacho precisar los hechos que suscitaron la presente investigación y consecuente sanción, con el fin de facilitar el entendimiento del análisis que se abordará a continuación. Recuérdese que las sanciones impuestas se derivaron de dos conductas: (i) la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, o prohibición general, por parte de algunos investigados al haber participado en diferentes procesos de selección como si se tratara de verdaderos competidores cuando, en realidad, actuaron de manera coordinada en beneficio de su controlante común; y (ii) la contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por parte de los investigados, esta última sanción derivó luego de que se acreditara la existencia de contactos y conversaciones entre los proponentes a través de dispositivos móviles –celulares– con el fin de coordinar el desarrollo de las subastas inversas que tuvieron lugar en los diferentes procesos de selección investigados.

La mecánica consistió en que haciendo uso de conversaciones grupales a través de aplicaciones de mensajería instantánea como *WhatsApp*, uno de los proponentes ofrecía una suma de dinero¹² (bolsa) a los demás participantes para que se abstuvieran de hacer lances, realizaran lances

¹¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

¹² Esta compensación económica entre los conspiradores ha sido identificada como un mecanismo de ‘bid-rigging’ por la UNCTAD, ‘Guidelines for Fighting Bid-Rigging In Public Procurement’ <https://unctad.org/meetings/en/Contribution/ccpb_SCF_Bid-rigging%20Guidelines_en.pdf> consultada 2 mayo 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

impropios, incurrieran en errores que generaran su inhabilitación o simplemente no se presentaran, y de esta manera quien ofrecía la bolsa asegurara la adjudicación del contrato. De dichos acuerdos hubo un seguimiento o monitoreo a través de tablas de Excel, en las cuales se encontraba contenida información relacionada con los procesos de selección en donde hubo un acuerdo y el monto que el adjudicatario adeudaba a cada uno de los demás participantes coludidos en virtud de la bolsa que habría que pagarse. El cobro de dichas bolsas tuvo lugar a través de cuentas de cobro entre los participantes del acuerdo, encubriendo tales rubros como servicios de transporte para justificar el pago del mismo¹³. Dichos pagos concordaron con los reportes hechos por terceros a la DIAN y/o con movimientos financieros.

Habiendo descrito los hechos que generaron la presente investigación y su correspondiente sanción, prosigue el Despacho con el análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad de los recurrentes.

3.2. Análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad de los recurrentes

Considerando que existen algunos argumentos que han sido formulados de manera común entre los investigados, este Despacho a continuación procederá a resolver los mismos y, luego se ocupará de atender los que resultan ser específicos de cada sancionado.

3.2.1. Argumentos relacionados con una alegada incongruencia entre la imputación y la decisión final

Para dar respuesta al análisis de congruencia propuesto por **BDT, RIME, RODOLFO MÉNDEZ MORA y DELVERG**, según el cual la imputación realizada en la Resolución No. 27915 del 25 de abril de 2018 (en adelante "Resolución No. 27915 de 2018" o "Resolución de Apertura de Investigación") resulta incongruente con las conductas sancionadas en la Resolución Sancionatoria, el Despacho procederá a observar cuáles fueron los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación y los contrastará con los que fueron analizados en la Resolución Sancionatoria. Acto seguido, procederá a analizar con mayor profundidad la alegada incongruencia entre la imputación y la decisión final.

- Resolución de Apertura de Investigación vs Resolución Sancionatoria

Mediante la Resolución de Apertura de Investigación se imputaron los siguientes cargos a las personas jurídicas y naturales investigadas¹⁴:

"8.2. Imputación fundada en la ejecución de los acuerdos restrictivos de la libre competencia económica previstos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

En este aparte se presentarán las personas que tendrán la calidad de investigados en el marco de esta actuación administrativa con ocasión de su participación en los acuerdos restrictivos de la libre competencia económica relacionados en el numeral 7.2. de este acto administrativo.

Con el propósito señalado, a continuación se presentará cada una de las personas respecto de quienes se dirigirá la imputación junto con una relación de los procesos de selección –identificados hasta este punto– en los que habrían ejecutado comportamientos anticompetitivos. Ahora bien, para efectos de precisar el contenido de la imputación es importante resaltar dos aspectos.

El primero de ellos es que la imputación que se formula contra los agentes del mercado investigados está basada en el material probatorio disponible para este proceso, en especial el que ha sido relacionado en este acto administrativo, que daría cuenta de la participación de esos agentes del mercado en los acuerdos anticompetitivos materia de

¹³ La autoridad de competencia de Australia estableció que el cobro de la compensación económica entre los conspiradores de un acuerdo anticompetitivo en el mercado de la construcción se llevó a cabo utilizando el rubro de servicios de consultoría como fachada. Al respecto ver <<https://www.accc.gov.au/business/anti-competitive-behaviour/cartels/cartels-case-studies-legal-cases>> consultada 2 mayo 2019

¹⁴ Folios 1121 a 1146 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

investigación, los cuales corresponden con el acuerdo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992¹⁵, comportamiento que podrá ser sancionado conforme con lo establecido en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009¹⁶.

El segundo aspecto que se debe resaltar está relacionado con las personas vinculadas con los agentes del mercado investigados. El fundamento de la formulación de la imputación contra esas personas, que por regla general corresponden a administradores de los agentes del mercado investigados, se encuentra en que con ocasión de esa calidad y teniendo en cuenta todo lo expuesto en este acto administrativo existen elementos de juicio suficientes para afirmar que tuvieron conocimiento de los acuerdos anticompetitivos investigados y que, por su acción u omisión, contribuyeron con la realización de esa conducta. Ese comportamiento, entonces, podrá ser sancionado conforme con lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009¹⁷.

(...)

8.2.10. COMERCIALIZADORA INTEGRAL BDT S.A.S. y su representante legal LADY ROCÍO BRICEÑO DÍAZ (desde el 28 de mayo de 2012)

El agente del mercado señalado y su representante legal habrían tomado parte del comportamiento anticompetitivo investigado durante su participación en los procesos de selección que se relacionan en el cuadro siguiente:

COMERCIALIZADORA INTEGRAL BDT S.A.S. NIT 900.247.798 – 4			
AÑO	PROCESO	ENTIDAD CONTRATANTE	PRESUPUESTO OFICIAL
25	2016	SI CTAPT-006-2016	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA) \$118.545.327

(...)

¹⁵ **Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto 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".

¹⁶ **Artículo 40. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

15. <Numeral modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor".

¹⁷ **Artículo 40. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

(...)

16. <Numeral modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio.

(...)"

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

8.2.12. DELGADO Y VERGARA S.A.S. "DELVERG S.A.S." y su representante legal MARÍA FLORALBA PÉREZ VERGARA (28 de agosto de 2013 – 3 de noviembre de 2017)

El agente del mercado señalado y su representante legal habrían tomado parte del comportamiento anticompetitivo investigado durante su participación en los procesos de selección que se relacionan en el cuadro siguiente:

DELGADO Y VERGARA DELVERG S.A.S. NIT. 811.000.113 - 6				
AÑO	PROCESO	ENTIDAD CONTRATANTE	PRESUPUESTO OFICIAL	
2	2015	PN DEANT SA 015 2015	DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL (PONAL)	\$329.660.000
4	2016	SI CTAPT-006-2016	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	\$118.545.327

(...)

8.2.16. INVERSIONES RIME S.A.S. y su representante legal RODOLFO MÉNDEZ MORA (desde el 28 de septiembre de 2016)

El agente del mercado señalado y su representante legal habrían tomado parte del comportamiento anticompetitivo investigado durante su participación en los procesos de selección que se relacionan en el cuadro siguiente:

INVERSIONES RIME S.A.S. NIT. 900.125.810 – 1				
AÑO	PROCESO	ENTIDAD CONTRATANTE	PRESUPUESTO OFICIAL	
1	2016	6179	GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA	\$250.363.425

(...)"

Por su parte, la Resolución Sancionatoria se pronunció respecto de la responsabilidad de BDT, RIME, DELVERG y RODOLFO MÉNDEZ MORA en los siguientes términos:

"9.4. Responsabilidad de los demás agentes de mercado investigados con relación a la colusión en procesos de contratación pública"

Respecto de los agentes de mercado de los cuales no se ha pronunciado la Superintendencia de Industria y Comercio en este acápite, cuya responsabilidad deriva de suprimir la competencia con ocasión de un ofrecimiento de una bolsa por parte del adjudicatario del respectivo contrato, en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se declara que los mismos en el marco de los procesos de selección que respecto de cada uno de ellos se hará referencia en el siguiente cuadro, incurrieron en un acuerdo restrictivo de la competencia económica descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Tabla No. 20: Responsabilidad de los agentes de mercado y procesos de selección por los que se sancionarán

Investigado	Proceso(s) por el (los) que se sanciona
BDT	CTAPT-006-2016 SENA
RIME	Gobernación
DELVERG	CTAPT-006-2016 SENA

DÉCIMO: Responsabilidad de las personas naturales

(...)

10.4. Responsabilidad de RODOLFO MÉNDEZ MORA, representante legal de RIME con relación a la colusión en procesos de contratación pública

El Despacho encontró probado que **RODOLFO MÉNDEZ MORA**, en su calidad de representante legal de **RIME**, ejecutó la conducta anticompetitiva reprochada a esta

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

empresa, en el marco del proceso de Subasta inversa No. 6179 adelantada por la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA".

Como puede observarse, es claro que mediante la Resolución de Apertura de Investigación se imputaron a las personas jurídicas investigadas los cargos de la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública). Por su parte, las personas naturales investigadas fueron imputadas con el cargo de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas ya mencionadas e imputadas a las personas jurídicas.

Las anteriores imputaciones tuvieron como actuación previa la tramitación de una averiguación preliminar, en la cual se recogieron y analizaron diversas pruebas, con el fin de verificar información y lograr determinar si existía mérito o no para abrir la investigación formal e imputar cargos. En lo que se refiere a la imputación del cargo de acuerdos que tengan por objeto la colusión en procesos de contratación pública, la Delegatura para la Protección de la Competencia en la Resolución de Apertura de Investigación realizó la imputación fáctica que en el siguiente cuadro se describe, así como la Resolución Sancionatoria enmarcó su análisis observando la imputación fáctica contenida en el pliego de cargos, así:

RESUMEN		
Pliego de cargos Imputación Jurídica	Pliego de cargos Imputación Fáctica	Resolución Sancionatoria Imputación Fáctica
Acuerdos que tengan por objeto la colusión en procesos de contratación pública - Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992	<i>"Lo que se pretende <u>demostrar ahora es que los referidos agentes del mercado habrían participado en acuerdos restrictivos de la libre competencia económica con otros proponentes en el marco de al menos 101 procesos de selección.</u> Como se pasa a explicar a continuación, la dinámica mediante la cual se materializó el comportamiento colusorio se llevó a cabo en procesos de selección desarrollados en la modalidad de subasta inversa. En resumen, la dinámica consistía en que los proponentes coludidos determinaban de mutuo acuerdo cuál de ellos resultaría adjudicatario, de manera que los demás, a cambio de una remuneración pactada, desistirían de su participación en el concurso, se abstendrían de presentar lances válidos dentro del proceso correspondiente o realizarían esas posturas de una manera favorable para el proponente que hubieran determinado como ganador"</i>	<i>"Teniendo en cuenta lo anterior, lo que debe determinarse en este caso es <u>si los comportamientos desplegados por los 23 agentes de mercado investigados por este cargo, discriminados en la Resolución de Apertura de Investigación, en el marco de los 101 procesos de contratación objeto de análisis, configuran una infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 1253 de 1992</u> (acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos). De encontrar que dichos agentes incurrieron en las conductas imputadas, deberá establecerse si las personas naturales investigadas colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas violatorias de las normas de protección de la competencia adelantadas por los agentes de mercado referidos, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009"</i>

De la tabla anterior resulta evidente que el cargo imputado a los investigados fue el de celebrar un acuerdo para coludir en los respectivos procesos de selección y, fue así como la Resolución Sancionatoria limitó su análisis a la imputación fáctica y jurídica enmarcada por la Resolución de Apertura de Investigación. Ahora bien, como se verá a continuación, es perfectamente posible, e incluso es lógico, que durante la investigación se encuentren nuevas pruebas que soporten nuevos hechos los cuales pueden dar cuenta del cargo imputado, sin que esto altere la congruencia de la investigación¹⁸.

¹⁸ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. 20 de junio de 2019. M.P. Felipe Alirio Solarte Maya. Expediente 25000-23-41-000-2016-01340-00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Supuesta incongruencia entre la imputación y la decisión final

El reproche efectuado por BDT, RIME y RODOLFO MÉNDEZ MORA consistió en que esta Superintendencia "formuló nuevos cargos en el Informe Motivado, es decir, luego de que los descargos y período probatorio se encontraban agotados". Para el Despacho dicho reproche carece de sustento por las razones que a continuación se presentan.

Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, del Consejo de Estado, de la Corte Suprema de Justicia y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, esta Superintendencia ha sostenido que sí pueden incluirse hechos adicionales a los señalados en la Resolución de Apertura de Investigación, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, las pruebas que los soporten se encuentren dentro del expediente y hayan sido debidamente practicadas. Así, el Despacho ha concluido que añadir hechos que cumplan tales criterios no solo no afecta la congruencia de la decisión sino que es totalmente lógico que ello se presente. De no ser así, la etapa de investigación formal sencillamente no tendría razón de ser.

Así, la Corte Constitucional, apoyándose en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha establecido lo siguiente:

"De tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha entendido que la congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como una garantía de que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico jurídico que le sirve como marco y límite del desenvolvimiento y no como una "atadura irreductible"¹⁹. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

"Vale la pena precisar que si bien el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, quedando supeditados a lo que resulte demostrado una vez que se agote el debate probatorio."²⁰ (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Y en esa misma línea, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se ha pronunciado en los siguientes términos:

"[E]s importante advertir que el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de la investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente (...) sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas"²¹. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Así las cosas, esta Superintendencia ha concluido en otros casos en los que se ha analizado el mismo argumento que:

"la resolución que abre la respectiva investigación administrativa determina cuáles son las conductas objeto de investigación, lo cual conlleva a la lógica conclusión de que mal podría ser el momento en que la autoridad determina definitivamente todas y cada una, sin exclusión, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que deban ser analizadas por la autoridad administrativa para establecer la existencia de una conducta anticompetitiva imputada, pues serán los elementos recaudados durante la

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C – 025 de 2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

²⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de julio de 2013. Radicación 11001-03-25-000-2011-00674-00 (2601-11).

²¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. 22 de enero de 2015. M.P. Fredy Ibarra Martínez. Expediente No. 25000-23-41-000-2013-00414.

Ag

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

indagación preliminar y la investigación, las que darán lugar al análisis final en la resolución que ponga fin a la actuación para determinar si efectivamente la conducta anticompetitiva se ha perpetrado o si por el contrario está descartada su ocurrencia²² (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por consiguiente, también esta Superintendencia ha afirmado lo siguiente, lo cual es completamente aplicable para la investigación administrativa objeto de la presente resolución:

"La Superintendencia de Industria y Comercio tiene la convicción de que su obligación legal es valorar todas las pruebas que obren en el expediente y que hayan sido regular y oportunamente allegadas al mismo (artículo 174 del Código de Procedimiento Civil)²³, **siempre y cuando estén vinculadas al debate que propone la imputación jurídica y fáctica. Hecho ese ejercicio por parte del juzgador, ninguna objeción por supuesta incongruencia está llamada a prosperar, por cuanto todas las pruebas analizadas en la Resolución Sancionatoria cumplen con los siguientes requisitos mínimos: (i) hacen parte de las pruebas del expediente; (ii) fueron regular y oportunamente allegadas e incorporadas a la investigación; y (iii) guardan relación con la imputación jurídica y fáctica a que se refiere Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos**" (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Así mismo, esta Superintendencia ha señalado lo siguiente:

"el argumento carece de todo asidero jurídico en cuanto desconoce la esencia misma del periodo probatorio de la investigación, que es permitir a los investigados controvertir las pruebas que obran en el expediente, aportando o solicitando las que estimen convenientes para esclarecimiento de las conductas imputadas. Sostener que las únicas pruebas que pueden mencionarse en el Informe Motivado o en la decisión final de la investigación son las mencionadas en la Resolución de Apertura o Pliego de Cargos, es creer, que los periodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales son etapas decorativas, innecesarias e inútiles. Al contrario, los esquemas procesales vigentes dan cuenta de que en el proceso o actuación administrativa es dable hacer uso de cualquier prueba aportada en forma legal a la actuación administrativa o judicial, por cualquiera de los sujetos procesales, en virtud, incluso, de los principios de legalidad y de comunidad de la prueba".

(...)

Aceptar la tesis de los investigados llevaría a la conclusión absurda de que se debería prescindir del periodo probatorio por cuanto las pruebas practicadas con posterioridad a la apertura de la investigación serían inexistentes para la Autoridad²⁴. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Por lo tanto, para el Despacho, en la línea de lo que ha sido la doctrina de esta Superintendencia, la cual, a su vez, se soporta en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, es claro que sí pueden incluirse nuevos hechos en la Resolución Sancionatoria, siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica, y las pruebas que los soporten se encuentren dentro del expediente con la posibilidad de haber sido controvertidas, tal y como ha sucedido en la presente actuación administrativa.

Finalmente, cabe aclarar la situación reclamada por DELVERG, consistente en que el Informe Motivado recomendó su sanción respecto del proceso PN-DEANT SA 015 2015, cuando la Resolución Sancionatoria derivó responsabilidad respecto del proceso SI-CATP 006-2016, con lo cual, a su juicio, se atenta contra el principio de congruencia. Al respecto, es preciso indicar que la incongruencia se predica en relación con la Resolución de Apertura de Investigación (pliego de cargos) y la Resolución Sancionatoria. Así, al examinar la Resolución de Apertura es evidente que el cargo se formuló, entre otros procesos, en relación con el SI-CATP 006-2016, respecto del cual la Resolución Sancionatoria se pronunció, luego la congruencia se atendió estrictamente.

²² Resolución No.103652 del 30 de diciembre de 2015.

²³ "Artículo 174. Necesidad de la prueba. Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso."

²⁴ Resolución No.103652 del 30 de diciembre de 2015. La Resolución No.103652 del 30 de diciembre de 2015 decidió unos recursos de reposición a la Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En conclusión, las críticas formuladas por **BDT, RIME, DELVERG** y **RODOLFO MÉNDEZ MORA** referidas a una presunta falta de congruencia no están llamadas a prosperar.

3.2.2. Argumentos relacionados con el material probatorio sobre el pago de la bolsa

CARLOS ALEXANDER PAREDES, SPORTECH, SUMITEC, EL DEPORTISTA, INVERSIONES ND, MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ y **OFFILINE** argumentaron que esta Superintendencia derivó su responsabilidad de una conversación de *WhatsApp*, en ausencia de material probatorio que diera cuenta del pago de la bolsa, tales como movimientos bancarios, cuentas de cobro o reportes de terceros a la **DIAN**. Este Despacho no comparte tales argumentos por las razones que se indican a continuación.

Primero, resulta preciso recordar que entre los participantes de las conversaciones en donde intervinieron los ahora recurrentes se encontraba **RICARDO MÉNDEZ MORA**, respecto de quien ha quedado establecida una conducta anticompetitiva, situación que él mismo reconoció en el escrito de impugnación que ahora es objeto de análisis, al señalar que: "**ESTÁ PLENAMENTE DEMOSTRADO QUE LA CONDUCTA DE LOS INVESTIGADOS NO PASO (sic) DE SER UN COMPROMISO ENTRE PRIVADOS**" y "**un juego entre proponentes**". Lo anterior es evidencia contundente de la existencia del acuerdo anticompetitivo reprochado.

Segundo, no debe perderse de vista que, conforme se indicó en el análisis de las conversaciones de *WhatsApp* que dieron origen a las sanciones contenidas en el acto administrativo impugnado, todos los proponentes con excepción del adjudicatario, se abstuvieron de presentar lances, bien porque resultaron convenientemente inhabilitados, o porque conscientemente decidieron no hacerlo. Esta situación concuerda con el "*compromiso entre privados*" o el "*juego entre proponentes*" a que se refirió **RICARDO MÉNDEZ MORA** en su recurso, y con la deducción a que llegó este Despacho acerca de que los participantes en el chat conformaron su actuar con el acuerdo al que habían llegado previamente.

Y es que los términos de las conversaciones de *WhatsApp* relataron de manera tan clara el acuerdo a cambio de una bolsa ofrecida por el adjudicatario, que una vez confrontadas con la realidad del **SECOP**, se pudo establecer que el actuar de quienes participaron en el mismo fue anticompetitivo, el cual facilitó la obtención de los fines perseguidos, con lo cual tales conversaciones fueron suficientes para llevar a este Despacho a tener la certeza acerca de la ocurrencia de una práctica anticompetitiva. Por tal motivo, la ausencia de material probatorio acerca del pago de la bolsa, en nada desvirtúa el acuerdo, por el contrario, de encontrarse las pruebas que los investigados extrañan lo que haría sería corroborar aún más la existencia del acuerdo ya probado. A continuación se citan apartes de los chats que con total claridad aluden al ofrecimiento de la bolsa en los respectivos procesos de selección:

Sobre la subasta inversa No. 6179 adelantada por la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA:

Participantes²⁵: Ricardo Mendez Mora, Nestor-diana Milena Leg, 311 [Reinaldo Buitrago Rodríguez], Polo [Rodolfo Méndez Mora], 311 [María Eugenia Ojeda León], 300 [Litoempastar], 321 [Tecnología Modular], Alejandro-empresa Medellín [Litoempastar], 310 [Carlos Alexander Paredes Ramírez], Litoempastar-medellin, 311 [Marathon], 310 [El Deportista]:

De: 311 [Reinaldo Buitrago Rodríguez]
Contenido: Ofrezco una bolsa de 16

De: Alejandro-empresa Medellín [Litoempastar]
Contenido: Habilitados 11 la bolsa es para 10

De: 321 [Tecnología Modular]
Contenido: Esperemos si todos aceptan

²⁵ Los nombres que aparecen en [] no hacen parte de la conversación. Fueron reportados por los operadores de telefonía móvil a esta Superintendencia y su referencia es para facilidad de identificación de los actores por parte del lector.

Aty

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sobre la subasta inversa CTAPT-006-2016 (Grupo 1) adelantada por el SENA:

"De: **Ovidio-medellin**

Contenido:

Buenos días, resultado de la subasta en el Sena de apartadó. **Primer lote hubo arreglo.** Eramos once proponentes y **Diviser sas** de William Vileria celular No 313 [REDACTED] **entregó 15 millones** hay un detalle, en la subasta inhabilitaron uno, otro se enfermó y se retiró y otro no se presentó; a la salida el señor William dijo que incluiría al enfermó y al que inhabilitaron por presentar copia del poder, creo. En el segundo lote nos fuimos a subasta y se la ganó Suministro maibe".

Tercero, vale la pena resaltar que aunque los medios de prueba que pudieran dar cuenta del pago de la bolsa no se lograron acopiar en la presente investigación para los acuerdos en mención, **RICARDO MÉNDEZ MORA** en su escrito de impugnación verificó la ocurrencia del mismo al indicar que: "a pesar de que el proponente de la bolsa se equivocó, ya que la licitación más la bolsa no le representaba ninguna ganancia, **se mantuvo en su palabra**".

Por último, respecto de las conversaciones de *WhatsApp* dentro de las subastas inversas **CTAPT-006-2016 (Grupo 1) adelantada por el SENA** y **No. 6179 de 2016** adelantada por la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA, MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ, INVERSIONES ND, EL DEPORTISTA, OFFILINE** y **SUMITEC**, censuraron que las mismas correspondieron a unas conversaciones de terceros, en donde no se observó una participación directa de su parte o de un representante suyo. Así mismo, **OFFILINE** y **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** argumentaron que esta Superintendencia no probó que dichas empresas hubieran aceptado algún pacto, o que hubieran sido contactadas para tal fin, ni que entre ellas existiera algún vínculo laboral o comercial. Sobre los particulares, debe reiterarse que analizadas tales conversaciones en conjunto con la información contenida en el **SECOP**, es evidente que las mismas correspondieron con los acuerdos anticompetitivos allí señalados, es decir, que su actuar dentro de la subasta se constituyó en el mecanismo efectivo de aceptación (acuerdo de voluntades) que permitió que quien ofreció la bolsa consiguiera la asignación del contrato, con independencia de que este fuera o no el primer proceso de selección en donde medió un acuerdo entre ellos. Por ende, el que no hubiese existido una participación directa de su parte en dicha conversación, o de un representante suyo, no desdibuja el acuerdo anticompetitivo sancionado y, en consecuencia la censura carece de fundamento alguno.

Aceptar el argumento presentado por **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** y **OFFILINE** sería equivalente a pretender que en todas las investigaciones solo puedan valorarse pruebas que provengan de todos y cada uno de los investigados, premisa evidentemente incorrecta y carente de sentido. Sobre este particular, resulta preciso recordar que la teoría general de la prueba enseña que para efectos de la reconstrucción de los hechos, deben valorarse los medios de prueba disponibles en el expediente²⁶. Ello significa, que para este preciso caso, el hacer uso de la información contenida en conversaciones de *WhatsApp* sostenidas por terceros, en la medida en que ayudan a reconstruir los hechos objeto de investigación, y a la vez se sirven de otros elementos probatorios que los confirman, es totalmente válido.

Por otro lado, **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**, propietario del establecimiento de comercio **FERDIESEL**, señaló que esta Superintendencia carece de pruebas específicas que conduzcan a determinar su participación en acuerdos anticompetitivos, y que los cuadros de seguimiento, las conversaciones telefónicas o los movimientos de dinero que se presume fueron realizados a su favor, no son suficientes para llegar a tal conclusión. Este Despacho difiere del señalamiento efectuado por el ahora recurrente debido a lo siguiente.

Dentro del proceso de selección **No. SI CTGI-001-2016 (Grupo 19)** adelantado por el **SENA, CHANA, FERRELÉCTRICA, FERDIESEL** y **MAYBE** fueron los proponentes. Respecto del mismo, esta Superintendencia encontró la siguiente conversación de *WhatsApp* sostenida el 11 de julio de 2016 (horas después del momento en que tuvo lugar la subasta) entre **RICARDO MÉNDEZ MORA** y **RAMÓN OVIDIO CHICA CRUZ**, Analista de **FERRELÉCTRICA, TECNIGRUP** y **WILZOR**, contenida en el CD visible a folio 1112 del Cuaderno Reservado **FERRELÉCTRICA**, la cual muestra lo bien que se manejó uno de sus competidores –**MAYBE**– y se detallan unos números de cuentas bancarias.

²⁶ Peña, Jairo, *Prueba Judicial – Análisis y Valoración* (2008, Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla") 12

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De: Ovidio-medellin

Contenido:

Le cuento, la señora de MAIBE SUMISISTROS se manejo muy bien, si va a repartir el otro millón tenga la a ella mas en cuenta.

De: Ovidio-medellin

Contenido:

Por favor me avisa cuando efectúen la consignación en efecty cierran a las seis pm

De: Ovidio-medellin

Contenido:

Buenas tardes. Estas son las cuentas de las tres empresas Luz Marina Mejía Bcolombia ahorros 93572783322, Vicente Hurtado ahorros Bcolombia 10182641121. Luis Fernando Ramirez ahorro Bcolombia 62567396393, gracias" (Subraya y negrilla fuera de texto)"

A su vez, la información contenida en el **SECOP** permitió advertir que dentro del grupo No. 19 del proceso de selección **SENA-001-2016**²⁷, el único lance que se registró fue el efectuado por la adjudicataria, **FERRELÉCTRICA**. Tal circunstancia, permite inferir que el que **MAYBE** no hubiera efectuado lance alguno fue lo que los participantes de la conversación de *WhatsApp* arriba descrita consideraron como un "buen manejo". La revisión del **SECOP** también le permitió a esta Superintendencia establecer que las personas a las que refirió la conversación de *WhatsApp* arriba anotada, tienen un vínculo con las empresas que también participaron en el proceso de selección, esto es, **LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ** (representante legal de **MAYBE**), **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** (propietario de **FERDIESEL**) y **VICENTE ANTONIO HURTADO MONSALVE** (quien ha representado a **CHANA** en diferentes procesos de selección).

Adicionalmente, la información financiera contenida en el expediente permitió establecer que el 15 de julio de 2016, cuatro días después de que se llevara a cabo la conversación de *WhatsApp* arriba descrita, en la sucursal No. 217 del establecimiento financiero **BANCOLOMBIA S.A.** (en adelante **BANCOLOMBIA**) de la ciudad de Bogotá (sucursal bancaria ubicada cerca de la sede en donde funcionan las tres empresas controladas por **RICARDO MÉNDEZ MORA**) se llevaron a cabo tres (3) transacciones bancarias que coinciden con la dinámica de ofrecimiento de bolsa²⁸ y con las cuentas bancarias descritas en la conversación de *WhatsApp*. Esto es, **WILZOR**, empresa que como ha quedado claramente establecido no compete con **FERRELÉCTRICA** y funciona en la misma sede en donde además comparten trabajadores, retiró una suma de \$12.000.000, y en esa misma oficina, ese mismo día, le fue consignada a **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**, propietario de **FERDIESEL**, la suma de \$4.000.000 a la misma cuenta bancaria indicada en el chat de *WhatsApp* y a **LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ**, representante legal de **MAYBE**, un monto igual, de \$4.000.000, a la cuenta bancaria registrada en la conversación de *WhatsApp*.

Así, contrario a lo afirmado por el recurrente, las pruebas que fueron analizadas y que llevaron a concluir la existencia de un acuerdo anticompetitivo, esto es, la conversación de *WhatsApp*, la confirmación de su veracidad contra la página del **SECOP** y la información financiera, tuvieron la potencialidad de evidenciar que todas las empresas que se presentaron al proceso de subasta inversa presencial **SI CTGI-001-2016 Grupo No. 19 -FERDIESEL** incluido- acordaron la repartición de una bolsa, ofrecida y entregada por quien resultó adjudicatario a quienes coadyuvaron con dicho resultado gracias a la no presentación de lances.

En efecto, dado que la conversación de *WhatsApp* indicó unas cuentas bancarias, respecto de las cuales hubo movimientos justamente cuatro días después de que se llevara a cabo la conversación de *WhatsApp*, emerge entonces que la no presentación de lances dentro del proceso de selección fue la manera en que el acuerdo fue aceptado por parte de los demás oferentes. Además, no existe explicación razonable alguna que justifique el que los participantes en procesos de selección intercambien información respecto de sus cuentas bancarias justo después la ocurrencia de conversaciones como la aquí examinada. Por todo lo visto, este Despacho confirma que las pruebas utilizadas para derivar la responsabilidad de **FERDIESEL** en la participación de un acuerdo competitivo dentro del proceso **SI CTGI-001-2016 Grupo No. 19**, fueron más que suficientes.

²⁷ Folio 969 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

²⁸ Folio 6834 del Cuaderno Reservado No. 4 -Información Bancaria- del Expediente.

Ag

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En este mismo punto conviene referirse al reproche que en igual sentido presentaron **SPORTECH** y **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ**, consistente en que la valoración de los chats de *WhatsApp* se hizo de manera aislada y sin tener en cuenta otros elementos contenidos en el expediente. Al respecto, este Despacho rechaza tal reproche dado que en este numeral ha quedado establecido que las decisiones contenidas en la Resolución ahora objeto de recurso se adoptaron con fundamento en diversos elementos tales como información contenida en el **SECOP** e interrogatorios de parte, los cuales sirvieron para corroborar lo dicho en la conversación de *WhatsApp*. Por lo tanto, tal crítica no está llamada a prosperar.

Finalmente, aprovecha el Despacho para indicar que dado que el error al que refirió **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** consistente en la mención inexacta de ser el propietario de **FERRELÉCTRICA**, visible en la página 62 de la Resolución Sancionatoria - Tabla No. 8, fue subsanado en páginas posteriores, el mismo no merece mayor análisis al haberse superado y no afectar el alcance del contenido de la Resolución Sancionatoria.

Por otra parte, **CARLOS ALEXANDER PAREDES**, **SPORTECH**, **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ**, **EL DEPORTISTA**, **DIVISER**, **LITOEMPASTAR** y **MODULAR** criticaron que respecto del numeral 7.5.2. de la Resolución Sancionatoria "*De los siete procesos en donde la conducta se acreditó con pruebas que hacen referencia al mecanismo "repartición de bolsa" y al cumplimiento de los pactos"*, algunos investigados fueron absueltos de toda responsabilidad dada la ausencia de cuentas de cobro, consignaciones bancarias o reportes de terceros a la **DIAN**, situación que a su juicio contraviene el principio de igualdad, ya que respecto de ellos tampoco existen tales medios de prueba que demuestren el pago de la bolsa.

Sobre este particular, a continuación se indicarán las razones por las cuales la crítica bajo examen carece de fundamento. Sea lo primero advertir que los procesos examinados en la Resolución Sancionatoria dentro del acápite 7.5.1. "*De tres procesos de selección con prueba directa acerca de la colusión"* contienen unos elementos de hecho que no los hacen asimilables a los estudiados en el numeral 7.5.2. Por tal razón, al no encontrarnos frente a unos mismos hechos, no puede esperarse la aplicación de un mismo derecho.

La característica más importante de los tres procesos de selección condensados en el numeral 7.5.1. de la Resolución Sancionatoria es que cuentan con unas conversaciones de *WhatsApp* en donde claramente se aprecia el ofrecimiento de una bolsa, por quien finalmente resultó siendo el adjudicatario del proceso de selección, gracias a que los demás proponentes ajustaron su actuar para asegurar tal resultado. Dicha característica –que revela sin asomo de duda la existencia del acuerdo anticompetitivo entre la totalidad de sancionados por dichos procesos– no se encuentra presente en los procesos de selección agrupados dentro del numeral 7.5.2. de la Resolución Sancionatoria, en donde no existen conversaciones de *WhatsApp* que evidencien la existencia de un acuerdo.

Se reitera en este punto que, tal y como se indicó anteriormente, la existencia de material probatorio relacionado con el pago de la bolsa para los tres acuerdos en mención hubiera corroborado su existencia, pero su ausencia, dada la contundencia de las conversaciones de *WhatsApp*, no tenía la potencialidad de desvirtuarla. Contrario acontece con los siete procesos evaluados dentro del numeral 7.5.2. de la Resolución Sancionatoria, en donde, se reitera, no se contaba con conversaciones de *WhatsApp*, de modo tal que al no existir cuentas de cobro, consignaciones bancarias o reportes de terceros a la **DIAN** respecto de algunos de los investigados, la imputación terminaba sin otro respaldo probatorio.

En consecuencia, la alegada infracción al principio de igualdad no se vislumbra en el presente caso y por tanto, la censura efectuada por los recurrentes no encuentra prosperidad.

3.2.3. Argumentos relacionados con aspectos procesales

3.2.3.1. Improcedencia de recurso de apelación contra la Resolución Sancionatoria

DELVERG indicó que resulta incomprensible que contra la Resolución Sancionatoria no proceda recurso de apelación, solicitando explicación al respecto. Este Despacho procede a ofrecer la explicación solicitada en los siguientes términos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, los términos del artículo 74 del CPACA claramente establecen que no habrá apelación contra las decisiones tomadas por los Superintendentes, conforme a continuación se transcribe:

"Artículo. 74. Recursos contra los actos administrativos. Por regla general, contra los actos definitivos procederán los siguientes recursos:

(...)

No habrá apelación de las decisiones de los ministros, directores de departamento administrativo, superintendentes y representantes legales de las entidades descentralizadas ni de los directores u organismos superiores de los órganos constitucionales autónomos.

(...)"

Así mismo, tal y como esta Superintendencia ha indicado en varias oportunidades, la razón fundamental que hace evidente la improcedencia del recurso de apelación, además de lo dispuesto en el artículo 74 del CPACA, es la naturaleza del procedimiento especial previsto en la ley para las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia. En efecto, tal y como se ha explicado en otras decisiones, como en la Resolución 85441 del 30 de octubre de 2015, mediante la cual se resolvió un recurso de queja, el proceso que se adelanta por prácticas restrictivas de la competencia es de única instancia por lo que frente a ninguna de las decisiones que se adoptan en el transcurso del trámite procede el recurso de apelación.

En efecto, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en relación con el procedimiento administrativo adoptado para efectos de determinar la existencia de una infracción a las normas sobre protección de la libre competencia establece lo siguiente:

"Para determinar si existe una infracción a las normas de competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este Decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y adelantar una averiguación preliminar cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el funcionario competente considere procedentes.

Instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado al investigado y a los terceros interesados en caso de haberlos.

(...)"

Del análisis de la norma citada, se concluye que el procedimiento administrativo que se adelanta en las investigaciones por presuntas prácticas restrictivas de la competencia está compuesto por dos etapas: (i) instrucción y, (ii) decisión o juzgamiento. Así mismo, el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 y el numeral 19 del artículo 3 del mismo Decreto, desarrollan el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 al establecer quiénes son los funcionarios competentes para adelantar las etapas de instrucción y de decisión, antes referidas.

En efecto, según el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 son funciones del Despacho del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia:

"(...)

4. Tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

A su vez, el numeral 19 del artículo 3 del mismo Decreto dispone que entre las funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio se encuentra:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)

19. Decidir las investigaciones administrativas por violación a las normas de protección de la competencia y competencia desleal y adoptar las sanciones, medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley."

Es evidente entonces que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia es el funcionario competente para instruir la investigación, mientras que el Superintendente de Industria y Comercio lo es para tomar la decisión final sobre la actuación –todo en una misma instancia–. En los anteriores términos espera este Despacho haber brindado una explicación clara a la inquietud formulada por **DELVERG**.

3.2.3.2. Rechazo de pruebas por parte de la Delegatura

BDT, RIME y RODOLFO MÉNDEZ MORA censuraron la negativa de esta Superintendencia a decretar las pruebas que a continuación se describen y que en su oportunidad fueron rechazadas por la Delegatura, ya que, a su juicio, ello generó una violación a su debido proceso y derecho de defensa. Los investigados solicitaron:

(i) Oficiar a las entidades de que trata el numeral 8.2 del pliego de cargos (Resolución de Apertura de Investigación) para que con destino a esta investigación, alleguen en calidad de préstamos los expedientes en los cuales obren todos y cada uno de los documentos objeto del proceso de selección en la modalidad de subasta inversa.

(ii) Oficiar a la entidad que realiza el control fiscal externo designada por la Contraloría General de la República, es decir, la que ejerza el control fiscal sobre las entidades que realizaron los procesos de selección en la modalidad de subasta inversa en los cuales se encuentran vinculados, para que con destino a esta investigación certifiquen si existe(n) actuación(es) relacionada(s) con los hechos objeto del asunto de la referencia.

(iii) Oficiar a la dependencia de la entidad que realiza el control fiscal interno, es decir a la Oficina Asesora de Control Interno de Gestión de las entidades que realizaron los procesos de selección en la modalidad de subasta inversa en los cuales se encuentran vinculados, para que con destino a esta investigación certifiquen si existe(n) actuación(es) relacionada(s) con los hechos objeto del asunto de la referencia.

(iv) Oficiar a la dependencia de la entidad que realiza el control disciplinario externo designada por la Procuraduría General de la Nación, es decir, la que ejerza el control disciplinario sobre la entidad que realizó los procesos de selección en la modalidad de subasta inversa en los cuales se encuentran vinculados, para que con destino a esta investigación certifiquen si existe(n) actuación(es) relacionada(s) con los hechos objeto del asunto de la referencia.

(v) Oficiar a la dependencia de la entidad que realiza el control disciplinario interno, es decir a la Oficina Asesora de Control Interno Disciplinario de la entidad que realizó los procesos de selección en la modalidad de subasta inversa en los cuales se encuentran vinculados, para que con destino a esta investigación certifiquen si existe(n) actuación(es) relacionada(s) con los hechos objeto del asunto de la referencia.

(vi) Señalar fecha y hora para la recepción del testimonio de los representantes legales y ordenadores del gasto de las entidades de que trata el numeral 8.2 del pliego de cargos para que declaren sobre los hechos objeto del pliego de cargos, en especial, sobre las reglas y procedimientos establecidos para llevar a cabo los procesos de selección objetiva en la modalidad de subasta inversa en los cuales se encuentren vinculados.

Las referidas pruebas fueron rechazadas mediante Resolución No. 76777 de 2018, contra la cual oportunamente interpusieron recurso de reposición, y cuya decisión fue confirmada. Al momento de presentar las observaciones al Informe Motivado, los ahora recurrentes insistieron en el decreto de dichas pruebas, respecto de lo cual este Despacho procedió a rechazar tal solicitud dado que la oportunidad para aportar o solicitar pruebas se encontraba precluida. Ahora, con la presentación del recurso alegan que dicha negativa significó la falta de aplicación del artículo 4 de la Constitución Política y de los artículos 4, 11, 168 y 170 del CGP.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sobre el particular, dos precisiones merecen ser efectuadas. La primera, que **BDT, RIME y RODOLFO MÉNDEZ MORA** tuvieron la oportunidad de controvertir la decisión de rechazo de pruebas efectuada por la Delegatura, incluso presentaron una acción de tutela buscando una decisión judicial que ordenara su decreto, la cual no tuvo prosperidad. La segunda, que la decisión de la Delegatura tuvo fundadas razones, las cuales comparte este Despacho en su integridad, ya que tales pruebas resultaban ser impertinentes, inconducentes y manifiestamente superfluas. Nótese como la decisión adoptada por este Despacho no hubiese variado si las entidades de control, a quienes los investigados pretendían que se enviara oficio informando acerca de investigaciones adelantadas con ocasión de estas actuaciones, hubieran atendido tal requerimiento.

Conforme lo anterior, el Consejo de Estado ha señalado la obligación del juez o director del proceso de analizar las solicitudes probatorias que hagan las partes, previo a tomar la decisión de decretar pruebas. En este sentido ha establecido:

*"Hay lugar a inadmitir de plano, por parte del Juez, tanto las pruebas inconducentes como las legalmente prohibidas o ineficaces; las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las superfluas. Lo anterior impone al Juez la obligación de analizar las solicitudes de pruebas que eleven las partes y de considerar si las pruebas correspondientes cumplirán, o no, con los requisitos de legalidad, conducencia y pertinencia, respecto de los hechos objeto del proceso, para proceder así a su decreto o, por el contrario, denegar su práctica"*²⁹.

La pertinencia se refiere a que la prueba debe estar referida al objeto mismo del proceso y que recaiga sobre los hechos que se encuentran en debate³⁰. Frente a este requisito, el Consejo de Estado ha señalado que:

"La doctrina ha entendido que la pertinencia de la prueba hace alusión a la relación del medio de convicción y el objeto del proceso y significa que las pruebas "deben versar sobre hechos que conciernan al debate, porque si en nada tienen que ver con el mismo entran en el campo de la impertinencia".

*Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso"*³¹.

En este sentido será impertinente para el proceso la prueba que no tenga nada que ver con los hechos objeto de debate; situación que debe ser verificada por el director del proceso. La conducencia de la prueba se refiere a que el medio de prueba sea el idóneo o apto para demostrar el hecho que se quiere establecer³². La Corte Suprema de justicia ha indicado que este elemento tiene que ver de manera directa con una cuestión de derecho, siendo sus principales expresiones:

*"(i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse"*³³.

²⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto del 28 de mayo de 2013, Rad. 38455, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

³⁰ López, Hernán Fabio. 2017. Código General del Proceso –Pruebas. Objeto, tema, conducencia, pertinencia, utilidad y fin de la prueba. P. 110.

³¹ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Quinta. Sentencia del 5 de marzo de 2015, Rad. 11001-03-28-000-2014-00111-00(S), CP: Alberto Yepes Barreiro (e).

³² López, Hernán Fabio. 2017. Código General del Proceso –Pruebas. Objeto, tema, conducencia, pertinencia, utilidad y fin de la prueba. P. 108.

³³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2018, Rad. 51882, MP: Patricia Salazar Cuéllar.

Ag

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En el mismo sentido, el Consejo de Estado ha indicado que:

“La conducencia de la prueba (...) apunta a determinar si el medio probatorio solicitado resulta apto jurídicamente para acreditar determinado hecho”³⁴.

Conforme lo anterior, la doctrina ha establecido que la conducencia tiene relación directa con la eficacia de la prueba. En otras palabras, por regla general todos los medios de prueba son idóneos para demostrar hechos, no obstante, existen casos taxativos respecto de los cuales la ley exige precisos medios probatorios.

Respecto del requisito de utilidad, será útil la prueba que aporte al director del proceso certeza sobre los hechos objeto de debate³⁵. Para la Corte Suprema de Justicia:

“(...) la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente”³⁶.

En esa misma línea el Consejo de Estado ha manifestado que el criterio de utilidad implica:

“(...) que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra”³⁷.

Así mismo,

“(...) la utilidad o eficacia de la prueba lo constituye el efecto directo dentro del juicio que informa al juez sobre los hechos o circunstancias pertinentes y que, de alguna manera, le imprimen convicción al fallado”³⁸.

Siguiendo lo anterior, con el fin de realizar el juicio de conducencia, pertinencia y utilidad para tomar la decisión de decretar o no una prueba, el Consejo de Estado señaló:

“[C]onforme con el criterio jurisprudencial establecido por el Consejo de Estado [...] para analizar si una prueba es legalmente prohibida o ineficaz, o si versa sobre hechos notoriamente impertinentes o es manifiestamente superflua, se debe verificar si cumple con los requisitos de pertinencia, conducencia, utilidad y licitud. [...] [S]e considera que para verificar: i) la pertinencia de una prueba se debe revisar que el medio probatorio guarde relación con los hechos que se pretenden demostrar; ii) la conducencia de una prueba se debe revisar que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho; para lo cual: a) el medio probatorio respectivo debe estar autorizado y no prohibido expresa o tácitamente por la ley; y b) el medio probatorio no debe estar prohibido en particular para el hecho que con él se pretende probar; iii) la utilidad de una prueba se debe revisar que no sea manifiestamente superflua, es decir, que no tenga razón de ser, porque ya están probados los hechos o porque el hecho está exento de prueba; y iv) la licitud de la prueba se debe revisar que no haya sido obtenida con violación de derechos fundamentales”³⁹.

Visto lo anterior, este Despacho rechaza los argumentos de controversia examinados en el presente acápite, por estimar que el rechazo de las pruebas en cuestión tuvo fundamento legal y procesal y, por cuanto su decreto no se hacía necesario.

³⁴ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2018, rad. 58657, CP: Stella Conto Díaz Del Castillo (e).

³⁵ López, Hernán Fabio. 2017. Código General del Proceso –Pruebas. Objeto, tema, conducencia, pertinencia, utilidad y fin de la prueba. P. 112.

³⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2018, Rad. 51882, MP: Patricia Salazar Cuéllar.

³⁷ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de junio de 2015, Rad. 20.473, CP: Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

³⁸ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2018, rad. 58657, CP: Stella Conto Díaz Del Castillo (e).

³⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Auto del 8 de marzo de 2019, rad. 11001-03-24-000-2007-00390-00, CP: Hernando Sánchez Sánchez.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.2.3.3. Posible prejuzgamiento

BDT, RIME y RODOLFO MÉNDEZ MORA manifestaron que el Superintendente de Industria y Comercio en la edición No. 12196 del periódico "EL DIARIO" del 20 de junio de 2018 y en la edición de la revista "SEMANA" del 22 al 29 de julio de 2018, se refirió a la presente investigación, lo que consideran un prejuzgamiento que se constituye en una vía de hecho. Este Despacho se aparta del argumento de los recurrentes, por las siguientes dos razones.

Una primera razón es el principio de publicidad contenido en el numeral 9 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 (CPACA), según el cual: "9. *En virtud del principio de publicidad, las autoridades darán a conocer al público y a los interesados, en forma sistemática y permanente, sin que medie petición alguna, sus actos, contratos y resoluciones, mediante las comunicaciones, notificaciones y publicaciones que ordene la ley, incluyendo el empleo de tecnologías que permitan difundir de manera masiva tal información de conformidad con lo dispuesto en este Código. Cuando el interesado deba asumir el costo de la publicación, esta no podrá exceder en ningún caso el valor de la misma*". Con fundamento en el precitado principio de publicidad, esta Superintendencia dio a conocer las actuaciones que estaban adelantándose, respondiendo a una obligación establecida por el legislador.

Una segunda razón que despejaría cualquier asomo de sospecha acerca de la imparcialidad con la que este Despacho ha tomado la decisión ahora objeto de recurso, es que el funcionario que para la época de la divulgación de la noticia ostentaba el cargo de Superintendente de Industria y Comercio, no es el mismo que adoptó la decisión final. Por lo anterior, no se vislumbra la presencia de una vía de hecho y, por consiguiente, el argumento no es de recibo.

3.2.3.4. Posible violación de garantías procesales al recaudar material probatorio durante las visitas administrativas

BDT, RIME y RODOLFO MÉNDEZ MORA señalaron que no es jurídicamente procedente interrogar bajo la gravedad de juramento a los investigados con el fin de provocar una confesión dentro de una actuación administrativa sancionatoria.

Este Despacho no comparte el argumento expuesto por las siguientes razones. En primer lugar, no existe una disposición normativa que establezca dicha prohibición, así como se desconoce un pronunciamiento jurisprudencial en dicho sentido (los recurrentes tampoco lo refirieron en su escrito). Y, en segundo lugar, en la reciente decisión de la Corte Constitucional del 10 de abril de 2019 (**C-165-19**), al resolver sobre la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 59 (parcial) de la Ley 1480 de 2011 "*Por medio de la cual se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones*", referido a las facultades administrativas de la Superintendencia de Industria y Comercio, cuyo contenido resulta ser exacto a las facultades que la misma Entidad ostenta en materia de protección de la competencia, razón por la cual el fallo de la H. Corte se hace aplicable por extensión, indicó:

"32. Asimismo, considera la Sala que en lo que respecta a la prueba, este asunto se encuentra delimitado por las reglas generales de admisión de las pruebas contenidas en el CGP."

Así, el Capítulo III del CGP se ocupa de establecer los requisitos y formalidades de la declaración de parte, medio de prueba incluido dentro del régimen probatorio de nuestro ordenamiento legal. Al estar incluido, su uso dentro de las actuaciones que por prácticas restrictivas de la competencia adelanta esta Superintendencia, es a todas luces procedente. En torno a las formalidades establecidas para llevar a cabo este medio de prueba, el artículo 202 dispone que "*Las preguntas relativas a los hechos que implique responsabilidad penal se formularán por el juez sin juramento, con la prevención al interrogado de que no está en el deber de responderlas*". Ello quiere decir, que cualquier pregunta que no implique una responsabilidad penal se ampara en el juramento, sin que se vulnere derecho alguno. En consecuencia, el argumento de los investigados carece de toda validez.

A su vez, **OFFILINE y CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** indicaron que existió una violación de garantías procesales al recaudar material probatorio durante las visitas administrativas sin contar con intervención judicial. Al respecto, es importante destacar el reciente pronunciamiento hecho por la Corte Constitucional en su sentencia **C-165-19**, el cual dilucidó cualquier duda que existía en torno a las facultades que posee esta Superintendencia al efectuar visitas administrativas de inspección, en los siguientes términos:

Ag

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

“Segundo, no existe un deber constitucional ni legal en cabeza de las superintendencias de informar, previamente, la realización de las visitas de inspección pues (i) como se expondrá en la sección E infra, las visitas administrativas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior; (ii) la práctica de visitas de inspección sin previo aviso no vulnera el debido proceso administrativo. Los materiales probatorios que sean recaudados durante estas diligencias serán –en cada caso concreto- objeto de contradicción en las oportunidades procesales ordinarias, por lo tanto, los sujetos investigados no verán afectado su derecho de defensa; y (iii) la práctica de visitas de inspección sin previo aviso persigue una finalidad legítima consistente en fortalecer las facultades administrativas de las superintendencias. En este sentido, tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado, la finalidad de las visitas administrativas es la de recaudar las pruebas necesarias para determinar si las entidades investigadas están cumpliendo con sus obligaciones legales. Naturalmente, dicha finalidad se vería obstaculizada si no se garantizara “el factor sorpresa” pues el aviso permitiría que el sujeto investigado ocultara información relevante”. (Subraya y negrilla fuera de texto).

El pronunciamiento efectuado por la Corte Constitucional estableció con absoluta claridad que las visitas administrativas de inspección que lleva a cabo esta Superintendencia no requieren de autorización o intervención judicial, así como también, que el material probatorio recaudado durante el desarrollo de las mismas no violan el derecho de defensa respecto de quienes esta Superintendencia requiere el aporte de información. En tal virtud, este Despacho se aparta del argumento presentado por los recurrentes, en particular, el esgrimido al respecto por **OFFILINE**.

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO también indicó que los funcionarios que realizaron la visita no recibieron autorización para acceder a los computadores, ni a los celulares. Dicha afirmación resulta alejada de la realidad, según se indicó en la Resolución Sancionatoria (ver páginas 20 y 21), cuyo aparte se transcribe a continuación:

“En relación con los equipos de cómputo corporativos, resulta preciso indicar que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo acceso a la información allí contenida previa autorización expresa de los titulares de tales equipos⁴⁰. Igualmente, se hace preciso anotar que, según se desprende de la lectura de las actas de visita administrativa elaboradas durante el desarrollo de las mismas, respecto de la información electrónica recaudada se cumplió con el procedimiento forense que garantiza la originalidad, autenticidad e inalterabilidad de la información, así como el anclaje de cadena de custodia⁴¹.”

*Y frente a las conversaciones de WhatsApp contenidas en el teléfono móvil de **RICARDO MÉNDEZ MORA**, al mismo se tuvo acceso mediante autorización expresa de su propietario, quien manifestó “que en este se encontraba y manejaba información de la sociedad visitada”, refiriéndose a **FERRELÉCTRICA**⁴². Quedando establecido que el acceso a la información contenida en los equipos de cómputo y dispositivos móviles celulares, de cuyo análisis sirve esta Superintendencia para derivar sus conclusiones, fue obtenida previa autorización expresa de los titulares de los mismos, se prosigue con el análisis de las conductas investigadas.”*

Es claro entonces que esta Superintendencia contó con la autorización expresa de los titulares de los equipos de cómputo y teléfonos móviles revisados. De tal suerte, este Despacho no encuentra de recibo el reclamo efectuado en tal sentido, así como tampoco, el referido por la misma recurrente en el sentido de que esta Superintendencia no garantizó los mecanismos de seguridad digital respecto de la información encontrada en los mismos, ya que las actas de visita de inspección suscritas en cada diligencia dan cuenta de tal procedimiento. Por todo lo anterior, no se acepta la censura efectuada por los recurrentes en el presente acápite.

En línea con lo anterior, **OFFILINE** afirmó que la evidencia digital utilizada por la Superintendencia de Industria y Comercio contiene varios errores técnicos que impiden determinar su originalidad, inalterabilidad y autenticidad. Lo anterior, toda vez que solo pudieron vislumbrarse imágenes

⁴⁰ Folios 380 a 383, 468 a 472 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente y Folio 570 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴¹ Folio 570 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁴² Folio 468 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

forenses realizadas en el aplicativo *FTK IMAGER* pero no se advirtió el software utilizado ni la huella hash, con lo cual puede determinarse que son apenas copias derivadas y no originales. Agregó que de acuerdo con la sentencia C-604 de 2016 de la Corte Constitucional, los pantallazos impresos presentados en la Resolución Sancionatoria no pueden ser tenidos en cuenta como mensajes de datos ni pruebas legales porque perderían la presunción de autenticidad inserta en el artículo 244 del CGP y porque no reproducen de manera íntegra el mensaje, estableciendo datos como el número de teléfono de quien envió el mensaje, la fecha y hora, dirección IP de envió y el texto del mensaje.

Sobre la alegada existencia de errores técnicos que impidan determinar la originalidad, inalterabilidad y autenticidad de la evidencia digital utilizada por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria, el Despacho advierte, en primer lugar, que el recurrente no es claro en decir cuáles son los errores técnicos en los que recae esta Superintendencia. Sin embargo, procede a explicar los detalles del proceso de extracción y cadena de custodia, que eliminan cualquier duda sobre la originalidad, inalterabilidad y autenticidad de tal evidencia.

La información original está contenida en diversos dispositivos (USB-CD-DVD-BR-DD) identificados en el expediente, no obstante, cuando se realiza la copia de esta información, solicitada por los investigados, la misma se realiza en un solo dispositivo destino. Esto puede conllevar a la creación de carpetas (según la carpeta y folio de ubicación original) para facilidad del solicitante que revisa la evidencia. No obstante lo anterior, el recurrente no puede confundir dicha acción con un error técnico en la medida en que la creación de estas carpetas no repercute en la modificación de los mensajes de datos adquiridos en las visitas administrativas.

Adicionalmente, el proceso de copia implica la creación de ciertas carpetas y subcarpetas toda vez que no es posible entregar imágenes forenses originales en todos los casos, pues debe garantizarse la reserva de la información y el derecho a la intimidad, y la información solicitada y utilizada por la Superintendencia de Industria y Comercio apenas representa un porcentaje mínimo de los datos extraídos. De allí es que surjan las imágenes forenses derivadas, las cuales, en resumen, son imágenes forenses generadas de las imágenes forenses originales.

Ahora bien, para los procedimientos llevados a cabo a partir de la adquisición de la información, la Superintendencia de Industria y Comercio emplea tanto un software licenciado para la Entidad, como un software libre desarrollado para procedimientos forenses. Particularmente, el software *FTK IMAGER* garantiza la originalidad, autenticidad e inalterabilidad de la información y ejecuta la función HASH, la cual genera la huella digital de la información recaudada usando los algoritmos MD5 y SHA1. El “HASH” indica la prueba de integridad del documento electrónico con relación al original de donde fue copiado; la relación de la información recolectada con fechas y horas y el dispositivo exacto de donde fue extraída, con lo cual no es cierto, como lo indica **OFFILINE** que de la información extraída no pueda predicarse su autenticidad. Es importante en este punto resaltar que esta Superintendencia ha acogido los estándares de la Fiscalía General de la Nación en cuanto al manejo de la cadena de custodia, por lo que, de manera íntegra, dicha información se encuentra disponible en el expediente para consulta del recurrente.

Finalmente, respecto a las transcripciones realizadas de los chats de *WhatsApp* en la Resolución Sancionatoria, es pertinente aclarar que las mismas se realizaron con el único propósito de que las conversaciones fueran comprensibles y se destacara su contenido, por encima de detalles como fecha y hora. No obstante lo anterior, el recurrente puede comprobar que tal contenido es exacto al que se observa en los chats originales y que estos últimos contienen toda la información pertinente y original para declarar la legalidad de la prueba.

Por todo lo anterior, deben descartarse los argumentos propuestos por **OFFILINE**.

3.2.4. Análisis del argumento relacionado con la ausencia de dolo en la conducta investigada

AMERICANA y **REINALDO BUITRAGO RORÍGUEZ** señalaron que dentro del proceso de selección **6179 de 2016** de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, existió ausencia de dolo en su actuar. Al respecto, es preciso indicar que pretender hacer un juicio de responsabilidad penal, es a todas luces impropio en una sanción administrativa como la presente.

En efecto, el artículo 9 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece lo siguiente:

Ay

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causales de ausencia de responsabilidad".

Sobre el particular, el Despacho resalta que el Consejo de Estado ha señalado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos como el penal, admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad. En ese sentido, el máximo tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dicho lo siguiente:

"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (...)"⁴³.

Así las cosas, el Despacho resalta y reitera que con base en esta jurisprudencia, la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado en varias ocasiones que en materia de derecho administrativo sancionatorio no es necesaria la determinación del factor subjetivo a efectos de determinar la responsabilidad. Por lo tanto, para acreditar la responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio es suficiente probar el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida⁴⁴.

El Consejo de Estado también ha manifestado que:

"(...) Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionada a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas (...)"⁴⁵.

Por su parte, la Corte Constitucional señaló en la sentencia C-595 de 2010 lo siguiente:

"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). (...)"

De esta manera, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, el Despacho reitera lo expresado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la defensa pretende hacer un juicio de responsabilidad penal, lo cual es a todas luces improcedente en una sanción administrativa como la que nos ocupa.

⁴³ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 2009. Rad. No. 13495.

⁴⁴ Ver, entre otros, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 28350 de 2004 (Caso Cristalería PELDAR S.A.), la Resolución 37033 de 2011 (Caso Centro de Diagnóstico Automotor de Córdoba E.U. y otros), la Resolución No. 46111 de 2011 (Caso ACEMI y otros) y la Resolución 70736 de 2011 (Caso Centro de Diagnóstico Automotor de Caldas y otros).

⁴⁵ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 6 de agosto de 1992. Rad. No. 3941.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.2.5. Análisis del argumento relacionado con la imposibilidad de investigar subastas con fundamento en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992

AMERICANA, REINALDO BUITRAGO RORÍGUEZ, BDT, RIME y RODOLFO MÉNDEZ MORA censuraron que este Despacho dio aplicación al numeral 9 del artículo 47 de Decreto 2153 de 1992 para investigar un proceso de selección en la modalidad de subasta inversa, cuando dicho ordenamiento es aplicable tan solo respecto de licitaciones o concursos. En esta oportunidad este Despacho tampoco atenderá el argumento expuesto, para lo cual es preciso reiterar lo señalado en la Resolución Sancionatoria referida a que los procesos de selección distintos a la licitación pública se consideran procesos excepcionales⁴⁶, como es el caso de la selección abreviada para la contratación de bienes y servicios con características técnicas uniformes a través de subasta inversa, respecto de los cuales los principios de transparencia, economía, responsabilidad y deber de selección objetiva también les son aplicables. En tal sentido, la literatura ha reconocido que el deber de selección objetiva, contrario a una creencia generalizada, es propio de cualquier proceso de selección y no solo de la licitación pública, exigible en cualquier ámbito ya que el interés público siempre ha de prevalecer sobre el particular⁴⁷.

Así, intentar restringir las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia únicamente a los procesos de licitación pública, dejando fuera de su alcance los otros tipos de modalidades de selección es tanto como asumir que la simplicidad con que éstos han sido concebidos (para garantizar la eficiencia de la gestión contractual) es incompatible con los principios de selección objetiva y transparencia. Dicha deducción es a todas luces errada, se reitera, ya que la intención del legislador al diseñar procedimientos expeditos de contratación no fue la de establecer que las posibles prácticas restrictivas que en ellos pudieran presentarse fueran inmunes a las investigaciones que puede adelantar esta Entidad.

En este sentido, este Despacho insiste en que el encuadramiento del hecho antijurídico al tipo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no puede restringirse, limitarse o supeditarse a una modalidad de selección específica, "licitaciones o concursos", sino que por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, sin importar la modalidad de que se trate. Tan es así que en otras ocasiones esta Entidad ha sancionado acuerdos colusorios realizados en procesos bajo la modalidad de selección abreviada⁴⁸.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que:

"Entiende la Sala que cuando la norma se refiere a los acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos, su sentido no debe ser interpretado en qué solo son reprochables, si los mismos se dan en el marco de los procesos de selección de licitación pública o concurso de méritos, pues como se vio con antelación, en realidad la norma deber ser interpretada conforme al ordenamiento jurídico y, específicamente en cuanto a la protección de las garantías a la libre competencia y la libre concurrencia (...)"⁴⁹. (Negrilla fuera de texto original).

En tal virtud, este argumento es nuevamente rechazado por el Despacho.

3.2.6. Análisis de los argumentos relacionados con que la Delegatura dejó de investigar a empresas sobre las cuales existían pruebas directas acerca de su participación en los acuerdos

DIVISER, LITOEMPASTAR y MODULAR reprocharon el que la Delegatura haya dejado de investigar a empresas sobre las cuales existían pruebas directas acerca de su participación en los acuerdos, en tanto que sí se detuvo a investigar a otras respecto de las cuales "*tan solo el dicho de un tercero*" es la fuente de su responsabilidad. Este Despacho encuentra que ciertamente

⁴⁶ Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

⁴⁷ Luis G Dávila V, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal (3ra edición, LEGIS 2016) 464

⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 53991 de 2012, 40875 de 2013 y 53914 de 2013.

⁴⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.

A

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

respecto de algunos de los procesos de selección contenidos en el numeral 7.5.2. de la Resolución Sancionatoria, en relación con ciertas empresas hubo pruebas directas acerca de su participación en los acuerdos investigados, pero infortunadamente no fueron objeto de investigación.

Si bien dicha circunstancia no resulta deseable, si resulta entendible dado el volumen de la información y la magnitud de la investigación. No sorprende entonces, que dadas las limitaciones en términos de talento humano y capacidad financiera, en investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia tengan lugar situaciones como la aquí descrita. No quiere decir ello, que el hecho de que las autoridades de competencia se vean enfrentadas a que en ocasiones sus alcances investigativos no permeen al cien por ciento de los involucrados, el resto de su actuar se vea afectado, tal y como no se afecta la presente investigación con dicha circunstancia. Por ende, la crítica presentada por los recurrentes no tiene la dimensión suficiente para dejar sin validez lo actuado.

3.2.7. Análisis de los argumentos relacionados con las conversaciones de WhatsApp

En primer lugar, **SPORTECH** indicó que del análisis del "reporte de subasta inversa Evento No. 777 expedido por la empresa **GESTIÓN DE SEGURIDAD ELECTRÓNICA GSE**" se prueba que la subasta inversa **6179 de 2016** inició a las 2pm del 24 de noviembre de 2016 y finalizó 15 minutos después. En su opinión, si se examina la hora en que se transmitieron los mensajes en el chat, puede evidenciarse que incluso 5 minutos después de finalizar la subasta, no habían terminado la supuesta concertación e incluso se encontraban agregando números telefónicos al chat.

El Despacho a continuación explicará por qué descartará el argumento por estar equivocado. Tal y como **SPORTECH** lo ilustró en su recurso de reposición, y como puede evidenciarse a continuación, la hora de inicio del chat fue "11/24/2016 1:02:10 PM(UTC+0)" y la hora de actividad más reciente –momento en el cual **RICARDO MÉNDEZ MORA** salió del grupo y su celular dejó de participar en él– fue "11/24/2016 7:20:08 PM(UTC+0)":

Hora de inicio: 11/24/2016 1:02:10 PM(UTC+0)
Actividad más reciente: 11/24/2016 7:20:08 PM(UTC+0)
Participantes: 573143819655@s.whatsapp.net Ricardo Mendez Mora,

Fuente: CD visible a folio 1112 del Cuaderno Reservado **FERRELÉCTRICA** del expediente. Imagen recortada para presentar información relevante.

De lo anterior resulta importante resaltar lo siguiente: el reporte de la conversación, en particular de las horas, minutos y segundos en que se envió cada uno de los mensajes, hace referencia a un uso horario **UTC+0**. Lo anterior hace referencia al Tiempo Universal Coordinado (o **UTC** por una transigencia entre sus siglas en inglés y francés) y **+0** indica que se toma como referencia el punto ubicado en el meridiano cero o meridiano de Greenwich y el tiempo se obtiene a partir de relojes atómicos. No obstante lo anterior, y por la ubicación de Colombia respecto del meridiano cero, la hora legal colombiana, de acuerdo con el **INSTITUTO NACIONAL DE METROLOGÍA**, está determinada como un retraso de 5 horas respecto a **UTC**, es decir, **UTC-5**. Esto resulta sumamente importante en la medida en que lo que ilustra la imagen anterior es que en efecto el chat de *WhatsApp* sucedió el día de la subasta, pero entre las 8:02:10 AM y 1:20:08 PM hora legal de Colombia, lo que significa que el mismo finalizó cerca de 40 minutos antes del inicio de la subasta, contrario a lo señalado por el sancionado. Así las cosas, el argumento de **SPORTECH** resulta a todas luces equivocado.

En segundo lugar, **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** criticó el hecho de que dentro del expediente no se encuentra acreditado que el número de celular 310-█ estuviera relacionado con él, dado que según certificación enviada por **COMCEL** dicha línea telefónica se encuentra a nombre de **ÉLCIDA RAMÍREZ PAREDES** y activa desde el 9 de marzo de 2017. Agregó que el reporte de **DATACRÉDITO** en donde se asocia la línea telefónica a su nombre desde agosto de 2015 no tiene la misma validez probatoria que la certificación de **COMCEL** antes referida. Así mismo, señaló que este Despacho no puede afirmar que **ÉLCIDA RAMÍREZ PAREDES** es su madre sin que medie prueba idónea al respecto, tal como registro civil de nacimiento o prueba biológica de ADN.

El Despacho entra a referirse a cada uno de las censuras presentadas por el recurrente. En primer lugar, concede este Despacho que carece de medio idóneo para afirmar que **ÉLCIDA RAMÍREZ PAREDES** es la madre de **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ**, como de manera

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

imprecisa se anotó en la página 94 de la Resolución Sancionatoria, sin embargo, ello no invalida las conclusiones a las que arribó este Despacho en torno a su responsabilidad, conforme se explica a continuación.

Recuérdese que el número que registra la conversación de *WhatsApp* es el 310 [REDACTED], cuyo contenido refiere expresamente a Grupo Empresarial Sportech, tal y como lo demuestran los apartes de la misma que se describen enseguida:

"De: 57310 [REDACTED] [Carlos Alexander Paredes Ramírez]
Contenido: 31028581079 grupo Empresarial Sportech acepta la bolsa de Americana

(...)

De: 57310 [REDACTED] [Carlos Alexander Paredes Ramírez]
Contenido: 31028581079 Grupo Empresarial sportech acepta la bolsa de 16"

Ahora, si bien es cierto que la certificación expedida por **CLARO** da cuenta de que la línea es de propiedad de **ÉLCIDA RAMÍREZ DE PAREDES** y que se encuentra activa desde el 9 de marzo de 2017, no es menos cierto que **DATACRÉDITO** reporta el número 310 [REDACTED] como fuente de información referida al titular **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** desde agosto de 2015. Estos dos aspectos resultan ser relevantes, por un lado, el que dentro de la conversación de *WhatsApp* la línea telefónica 310 [REDACTED] fue la que se utilizó para expresar de manera inequívoca la decisión tomada por **SPORTECH** de aceptar la bolsa y, por el otro, que **DATACRÉDITO** ofrezca como fuente de información de **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** la misma línea telefónica.

Es importante señalar que el Código de Conducta de **DATACRÉDITO**, en el literal g, artículo 1, Capítulo II, establece como uno de sus deberes, el que garantiza que la información que se registra corresponde a la información reportada por las fuentes, siempre y cuando cumpla con las condiciones técnicas necesarias para su registro. A su vez, el literal b, artículo 1, Capítulo III establece como uno de los derechos de los titulares el de exigir la actualización y rectificación de la información, conforme al procedimiento establecido⁵⁰. En igual sentido, la Ley 1266 de 2008, conocida como Ley de Habeas Data, dispone la protección de que gozan los titulares de información respecto de los operadores de la misma, en este caso centrales de riego, concediéndoles la posibilidad de solicitar la corrección, actualización o eliminación de información cuando se considere necesario.

En tal virtud, la información que reporta **DATACRÉDITO** resulta veraz para esta Superintendencia dado que, si ella fuera incorrecta, el titular de la misma debió haber solicitado su corrección, de lo que no existe evidencia dentro de las presentes diligencias. Y, por otra parte, si bien la certificación de **CLARO** indicó que la línea telefónica 310 [REDACTED] se encuentra activa desde el 9 de marzo de 2017, la misma omite información acerca de previos movimientos de portabilidad. Por todo lo anterior, este Despacho confirma su posición en torno a la participación de **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** y **SPORTECH** en una práctica anticompetitiva dentro del proceso de selección 6179 – GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA.

En tercer lugar, **SPORTECH** aseveró que el Despacho no tuvo en cuenta el hecho, ya resaltado en las observaciones al Informe Motivado, de que no es posible que una persona que sea agregada a un grupo de *WhatsApp* pueda rechazar dicha inclusión. Adicionalmente, manifestó que toda vez que su participación en el chat finalizó más de una hora antes de la eliminación del grupo, no puede afirmarse que haya participado durante todo el tiempo de ejecución de la conducta restrictiva de la libre competencia económica.

Que no sea posible que una persona pueda rechazar su inclusión en un grupo de *WhatsApp* es cierto. Sin embargo, no entiende el Despacho el alcance esperado del sancionado al presentar tal hecho, toda vez que en ningún caso tiene la potencialidad de desvirtuar la existencia del acuerdo anticompetitivo. Suponiendo que **SPORTECH** fue agregado al grupo en contra de su voluntad, no entiende entonces el Despacho por qué continuó su participación en el mismo –pues así como no es posible rechazar la inclusión tampoco existe impedimento alguno para salirse de un grupo inmediatamente se es agregado–, por qué aceptó la bolsa propuesta por **AMERICANA**, incluso

⁵⁰ https://www.bancoprocredit.com.co/images/docs/4_mis_derechos_y_deberes/Datacredito.pdf (Revisada el 18 de julio de 2019).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

reiterando su aceptación, y por qué se comportó en la subasta de acuerdo con lo discutido en dicho chat. En esta medida, que el sancionado no haya podido controlar su entrada al grupo en nada desdibuja el comportamiento que a partir de allí tuvo, haciéndose evidente su participación en el acuerdo anticompetitivo. Por tal razón se descarta el argumento.

Ahora bien, respecto al tiempo en el que **SPORTECH** ejecutó su conducta, el Despacho, por lo anteriormente mencionado, encuentra que su participación activa en el acuerdo se da desde el momento en que este inicia con la propuesta en el chat de **AMERICANA** y la aceptación de sus competidores, incluido **SPORTECH** hasta, por lo menos, la finalización de la subasta cuando se evidencia que el adjudicatario resultó efectivamente siendo **AMERICANA** después de un proceso en el que ninguno de sus competidores efectuó un lance válido, comportamiento acorde con la conversación de *WhatsApp*. En este sentido, **SPORTECH** participó en la totalidad del acuerdo, razón por la cual el argumento propuesto por el sancionado de que su participación en el chat cesó más de una hora antes del cierre del grupo resulta impertinente.

En este mismo sentido, el argumento de **EL DEPORTISTA** según el cual la inclusión de su línea telefónica a la conversación de *WhatsApp* tuvo lugar de manera inconsulta, será desestimado. Ello por cuanto, se reitera, si bien la inclusión en dichas conversaciones puede obrar de manera inconsulta, las personas tienen la facultad de retirarse de las mismas en cualquier momento. Y, más aún, tienen la potestad de apartarse de los acuerdos como el examinado en el proceso de selección **SI CTAPT-006-2016 (Grupo 1)**, en donde de un total de once oferentes tan solo quien resultó siendo adjudicatario presentó lances. Ello significa que los oferentes en dicho proceso alinearon su actuar conforme al ofrecimiento de bolsa claramente descrito en la respectiva conversación. Finalmente, cabe advertir que pese a que la línea telefónica que fue incluida en la conversación de *WhatsApp* no se encuentra registrada en los certificados de Cámara de Comercio, según lo afirma el recurrente, lo cierto es que la misma (310 [REDACTED]), de acuerdo con los términos de la certificación expedida por **CLARO**⁵¹, se encuentra a nombre de **EL DEPORTISTA**. Por tanto, el argumento del recurrente en esta materia no tiene la potencialidad de desvirtuar la responsabilidad que le fue asignada por este Despacho.

Por otra parte, **AMERICANA** indicó que la declaración de **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, en su calidad de representante legal de **AMERICANA**, tuvo como propósito exponer que su participación en el chat tenía como único objetivo “*adquirir habilidades y destrezas*” en una modalidad de selección en la cual nunca había participado. Sobre el particular, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria referida a la carencia de solidez de dicho argumento, conforme se explica a continuación.

En primer lugar, los términos de la conversación de *WhatsApp* son muy claros en cuanto al ofrecimiento de la bolsa por parte de **AMERICANA**, tal y como los apartes de la misma permiten apreciar, así:

“De: 311 [REDACTED] [Reinaldo Buitrago Rodríguez]

Contenido: Ofrezco una bolsa de 16

De: Alejandro-empresa Medellin [Litoempastar]

Contenido: Habilitados 11 la bolsa es para 10”

En segundo lugar, una vez los participantes en el proceso de selección aceptaron la bolsa, tal y como lo describe el aparte de la misma conversación de *WhatsApp* que se expone enseguida, los mismos se abstuvieron de presentar lances, según lo confirmó la información contenida en el **SECOP**.

“De: 311 [REDACTED] [Reinaldo Buitrago Rodríguez]

Contenido: Reinaldo Buitrago Americana de Inflatables para informarles que ya todos estamos de común acuerdo muchas gracias a todos Y seguimos en contacto”

La combinación de los elementos antes referidos, esto es, la claridad del ofrecimiento de la bolsa por parte de **AMERICANA**, el reporte de aceptación por parte de todos los participantes en el proceso de selección y, el hecho de que **AMERICANA** fue la única empresa que presentó lances y, por consiguiente, la que resultó adjudicataria del contrato, tornan en inverosímil la versión orientada a convencer a este Despacho acerca de que todo este exigente engranaje se trató tan

⁵¹ Folio 905 del Cuaderno Reservado “*Datos personales - general*” del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

solo de un ejercicio diseñado para que **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** adquiriera “*habilidades y destrezas*” en el funcionamiento de audiencias de subasta.

Ciertamente, para desarrollar tales “*habilidades y destrezas*” no es necesario contactar a los demás participantes del proceso de selección, ni ofrecerles dinero a cambio de abstenerse de competir. Así, a la única conclusión a la que puede llegarse es que **AMERICANA**, a través de su representante legal **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ**, de manera consciente tomó parte en un acuerdo colusorio, quedando entonces el argumento acerca de un supuesto simulacro diseñado para adquirir pericia reducido a un fallido intento de justificar el evidente ofrecimiento de una bolsa. Por todo lo expuesto, este Despacho descarta la explicación brindada por **AMERICANA** sobre este particular.

Por otro lado, **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** aseguró que sí había participado en un proceso de selección abreviada pero que ni siquiera fue habilitado en tal proceso, con lo cual no puede demeritarse su declaración tal y como lo hizo el Despacho. Sobre este punto agregó que los reportes del **SECOP** que utilizó esta Superintendencia para probar tal participación no fueron oportunamente aportados al proceso, por lo que el sancionado no tuvo la oportunidad de controvertir la prueba.

Al respecto, es importante aclarar que el análisis y las conclusiones que se desprendieron de la declaración de **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** no se debieron únicamente al hecho de que se encontró que el mismo ya había presentado ofertas en procesos de selección anteriores al objeto de investigación. El análisis de tal declaración hizo parte de un examen profundo y conjunto de todas las pruebas obrantes en el expediente, tales como el chat de *WhatsApp*, las declaraciones de otros investigados, información reportada en el **SECOP**, reportes de operadores de telefonía móvil, entre otros, que permitieron determinar con certeza que el sancionado ejecutó, en nombre de **AMERICANA**, un acuerdo anticompetitivo por el cual fue sancionado. Similar análisis se llevó a cabo respecto de cada uno de los investigados, **OFFILINE** incluido, por lo que sus críticas acerca de una supuesta falta de motivación del acto administrativo ahora recurrido y de una supuesta extralimitación de funciones al imponer una sanción sin material probatorio con desconocimiento de su presunción de inocencia, resultan infundadas.

En este punto, tales conclusiones se soportan inclusive en las afirmaciones que otros sancionados como **RICARDO MÉNDEZ MORA** realizaron en sus recursos de reposición, confirmando la existencia de un “*Acuerdo entre privados*”. Así, aceptar la falta de experiencia de **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** en procesos de subasta inversa, en nada desvirtúa la conclusión a la que llegó esta Superintendencia de su responsabilidad y la de **AMERICANA** en el acuerdo anticompetitivo reprochado. Ahora bien, es necesario agregar que no es cierto, como lo indica el recurrente, que los reportes del **SECOP** que utilizó esta Superintendencia para probar la participación del sancionado en procesos de selección anteriores a 2016 no fueron oportunamente aportados al proceso, pues los mismos no fueron puestos de presente por primera vez en la Resolución Sancionatoria. De hecho, la Delegatura hizo mención de dicha información en el Informe Motivado, con lo cual los sancionados hubiesen podido presentar sus argumentos de defensa en las observaciones a dicho informe. Por todo lo anterior, este Despacho descarta el argumento.

Finalmente, **AMERICANA** y **EL DEPORTISTA** manifestaron que, debido a que “Alejandro”, el creador del grupo de *WhatsApp*, no era empleado, contratista, ni representante legal de ninguna de las empresas, dicha conversación no podía ser tenida en cuenta como prueba de un acuerdo anticompetitivo celebrado entre la empresa y sus competidores.

Frente a este punto, el Despacho difiere de los recurrentes en dos sentidos que ya fueron expuestos en la Resolución Sancionatoria y que se procede a reiterar. En primer lugar, y de acuerdo con la información que reposa en el expediente, el número de celular con el que se creó el grupo de *WhatsApp* en mención está registrado ante el operador **TIGO** a nombre de **LITOEEMPASTAR**⁵², con lo cual podría establecerse un vínculo directo con una de las empresas sancionadas. No obstante lo anterior, y si en gracia de discusión la Superintendencia de Industria y Comercio no encontrara prueba en el expediente de la relación entre el creador del grupo y alguna de las empresas investigadas, lo anterior no tiene la potencialidad de desvirtuar la validez de la prueba toda vez que la misma demuestra, sin asomo de duda, el esquema pactado por los

⁵² Folio 1015 del Cuaderno Reservado “*Datos personales - general*” del Expediente.

Ag

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

participantes en el proceso de licitación a que se refiere el chat, así como la activa y protagónica participación de **AMERICANA** en el acuerdo anticompetitivo reprochado. Incluso, en el caso concreto, no fue "Alejandro" sino el propio **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** quien propuso una bolsa de 16 millones de pesos y quién mantuvo la misma a pesar de las ofertas más bajas de lo esperado, entre otras participaciones del representante legal de **AMERICANA** en la conversación referida. Así las cosas, el argumento debe descartarse por improcedente.

3.2.8. Análisis de los argumentos relacionados con la dinámica de las subastas

Los recurrentes también presentaron argumentos relacionados con su asistencia a las audiencias de subasta y su comportamiento durante las mismas. Dichos argumentos se responderán a continuación.

3.2.8.1. De la representación de los asistentes a las subastas

MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ, DIVISER, LITOEMPASTAR y MODULAR manifestaron que a las audiencias de subasta asistieron empleados suyos, quienes de haber aceptado algún acuerdo colusorio, lo hicieron a título personal, sin que su actuar pueda comprometer u obligar a las empresas por ellas representadas. Este Despacho disiente del argumento presentado por los recurrentes debido a las razones que a continuación procede a exponer.

Sea preciso recordar, que las personas jurídicas –dentro de las cuales se cuentan las sociedades comerciales– actúan en el tráfico de los negocios, por intermedio de las personas naturales legalmente facultadas para ello, es decir, sus representantes legales. Las funciones y limitaciones que detentan éstos se encuentran contenidas en el artículo 196 del Código de Comercio en los siguientes términos:

"Artículo 196. Funciones y limitaciones de los administradores. "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad.

A falta de estipulaciones, se entenderá que las personas que representan a la sociedad podrán celebrar o ejecutar todos los actos y contratos comprendidos dentro del objeto social o que se relacionen directamente con la existencia y el funcionamiento de la sociedad.

Las limitaciones o restricciones de las facultades anteriores que no consten expresamente en el contrato social inscrito en el registro mercantil no serán oponibles a terceros".

Ahora bien, la Superintendencia de Sociedades ha sentado la siguiente doctrina sobre la administración aparente:

"(...) Es claro entonces, que para todos los efectos legales quien en nombre y representación de una sociedad, mediante la realización de actos tendientes al cumplimiento del objeto social, dentro del marco de las atribuciones que le han sido conferidas y/o actué debidamente facultado por el órgano social competente, se desempeña en nombre de la sociedad que representa, condición que en principio debe mencionarse en los actos y contratos que suscribe, para resaltar que su actuación no lo vincula personalmente sino a la sociedad que por su conducto se desempeña.

El tema de la representación aparente a la que alude el artículo 842 del Código de Comercio, se relaciona con actuaciones de quien sin ser representante legal, induce a terceros de buena fe a creer que actúa legítimamente autorizado para hacerlo; así se desprende del texto de la norma y lo confirman innumerables sentencias en las que a partir del material probatorio arrojado a la actuación, el Juez puede determinar que en efecto, el contrato se suscribió bajo la convicción errada y de buena fe de estar contratando con quien es su representante legal, en razón a conductas propiciadas por el mismo demandado."⁵³

Así, se le da aplicación al artículo 842 del Código de Comercio, que prevé:

⁵³ Superintendencia de Sociedades, Oficio 220-164753 de septiembre 30 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"Artículo 842. Representación aparente. *"Quién dé motivo a que se crea, conforme a las costumbres comerciales o por su culpa, que una persona está facultada para celebrar un negocio jurídico, quedará obligado en los términos pactados ante terceros de buena fe exenta de culpa"* (Subraya fuera de texto original).

Con base en lo anterior, el Despacho no encuentra razonable oponer una condición inexistente para amparar una conducta anticompetitiva. En efecto, utilizar como excusa el hecho de la alegada falta de facultad para comprometer a la empresa en cabeza de quien compareció a una subasta en donde, previo o durante el desarrollo de la misma, se tomaron decisiones violatorias del régimen de competencia, so pretexto de estar actuando como personas naturales y de no estar representando a las empresas en nombre de quien comparecieron, sería tanto como dar carta de naturaleza para que, en adelante, ninguna empresa fuese responsable por la violación de las normas de competencia con ocasión de las decisiones tomadas por parte de quienes han sido encargados para actuar en su representación.

De otra parte, se trae a colación otro concepto de la precitada Superintendencia de Sociedades, mediante el cual se aclara que ciertas personas naturales, que ostenten determinados cargos directivos en una compañía están facultadas para representar dicha sociedad en razón de la función que cumplen, así como de las labores que desempeñan. Así las cosas, aduce dicha Superintendencia que no es fundamental tener la representación legal de una sociedad pues pueden actuar en nombre de aquella, quienes ejerzan funciones administrativas y obren en ese sentido:

*"Fenómeno análogo se presenta con las personas que por razón de las responsabilidades propias de sus cargos, actúan en nombre de la sociedad, como sucede con los vicepresidentes, subgerentes, gerentes zonales, regionales, de mercadeo, financieros, administrativos, de producción, y de recursos humanos, entre otros, quienes pueden tener o no la representación de la sociedad en términos estatutarios o legales y serán administradores si ejercen funciones administrativas o si las detentan, de donde resulta que es administrador quien obra como tal y también lo es quien está investido de facultades administrativas."*⁵⁴ (Subraya fuera de texto).

Bajo este panorama, no es posible compartir el argumento expuesto por los ahora recurrentes, según el cual, quienes asistieron a las audiencias de subasta dentro de los procesos de selección por los cuales fueron sancionadas, no tenían la facultad legal para representarlas. Por lo demás, otro de los argumentos expuestos por **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** se refiere a que la exoneración de que gozaron algunos investigados en donde *"no se comprobó su participación en las subastas"* no se hizo extensiva a ella.

Frente a este particular, es preciso anotar que dicha exoneración tuvo lugar en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, esto es, en relación con la responsabilidad de las personas naturales referida a colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción, en tanto que la sanción que le fue impuesta a **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ**, como agente de mercado, tuvo como fundamento el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Así, dado que la responsabilidad de las personas naturales investigadas por la violación de las normas de competencia, atiende a unos criterios de valoración de la prueba diferentes a los exigidos cuando se trata de agentes del mercado, tal exoneración no estaba llamada a ser aplicada en su caso en particular.

Así las cosas, se refutan todos los argumentos presentados por las partes investigadas encaminados a desvirtuar su responsabilidad por considerar que la asistencia de sus empleados a las correspondientes subastas no podría conllevar a una sanción. De igual manera, el argumento presentado por **AMERICANA** y **REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ** orientado a desvirtuar responsabilidad alguna dado que las personas que intervinieron en las conversaciones de *WhatsApp* lo hicieron en calidad de personas naturales sin que tuvieran la capacidad de vincular legalmente a sus empresas, seguirá la misma suerte en armonía con lo expuesto a lo largo del presente numeral.

En este mismo sentido, **DELVERG** afirmó que dentro del proceso **SI-CTAPT-006-2016** no se le permitió su participación pues el designado a asistir a la subasta no presentó original del poder.

⁵⁴ Circular Externa 220-000006 del 25 de marzo de 2008.

Ag

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En esta medida, en su opinión, no es cierto que la empresa se abstuviera de formular o presentar lance alguno, por cuanto ni siquiera pudo participar.

Al respecto, el Despacho encuentra que dicho argumento fue previamente presentado, con lo cual se procederá a reiterar su respuesta. La Resolución Sancionatoria resaltó el hecho de que **DELVERG**, a pesar de estar habilitado no participó en la audiencia de subasta debido a la presentación de un poder en copia. No obstante lo anterior, y analizando la totalidad de pruebas en conjunto –que incluye la existencia de un chat en *WhatsApp* describiendo la mecánica del acuerdo, y cuya información fue corroborada con el **SECOP**–, es posible concluir que el hecho de que **DELVERG** no haya participado en la subasta, por la razón que fuese, constituyó un mecanismo efectivo que permitió que quien ofreció la bolsa consiguiera la asignación del contrato. Así las cosas, el comportamiento de **DELVERG** se ajustó a lo acordado, incluso la presentación del poder en copia y no en original le permitió ser incluido en la bolsa tal y como lo manifestó **RAMÓN OVIDIO CHICA RUÍZ** a **RICARDO MÉNDEZ MORA** cuando indicó "(...) a la salida el señor William dijo que incluiría al enfermo y al que inhabilitaron por presentar copia del poder, creo." (Negrita fuera de texto)⁵⁵. Por lo anterior, el argumento presentado por el recurrente será descartado.

3.2.8.2. De la no presentación de lances

EI DEPORTISTA, SPORTECH, CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ, INVERSIONES ND y OFFILINE consideraron que este Despacho desconoció las razones por las cuales ellos optaron por no hacer lances, alguno de ellos reprochando incluso el hecho de que respecto de la investigada **MARÍA EUGENIA OJEDA LEÓN**, sus razones sí fueron encontradas validas, lo que significó que esta no fuera sancionada, situación que, a su juicio, vulnera el principio de igualdad. Acto seguido, este Despacho indicará las razones por las cuales se aparta de los argumentos expuestos por los recurrentes en este acápite.

Es preciso recordar que **EI DEPORTISTA, SPORTECH, CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** e **INVERCON** fueron investigados por su actuar dentro del proceso de selección **6179 – GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**. En relación con dicho proceso de selección, obran en el expediente dos conversaciones de *WhatsApp* en donde claramente se aprecia, por un lado, que **RICARDO MÉNDEZ MORA** y **YEISON ANDRÉS RUÍZ RUEDA**, analista de **WILZOR**, el 23 de noviembre de 2016 (un día antes de la subasta⁵⁶), se dieron a la tarea de establecer quiénes iban a tomar parte en el proceso de selección bajo examen, tal y como a continuación se observa:

"De: Jeison Oficina

*Contenido: Don Ricardo buenos días. Disculpe molestar tanto, **para mañana tengo una subasta electrónica de la gobernación de Antioquia** el presupuesto oficial es de \$250.363.425, son tan solo 3 elementos que son los siguientes:*

A. Inflable Tobogan

B. Carpa Inflable

C. Dumies Caminantes cada elemento es de 15 unidades.

*El plazo de ejecución es sin sobrepasar hasta el 13 de Diciembre del presente año. **Hay 12 empresas de las cuales 3 son las de aca***

De: Jeison Oficina

Contenido: Las otras 3 son

A. Americana de inflables y suministros

B. Tecnologia Modular

C. Inversiones y contratos ND

D. Allendale

E. Inversiones Rime

F. Almacen el deportista

G. Sportech-Grupo empresarial

H. Herida

I. Litoempastar"

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Y por el otro, una segunda conversación de *WhatsApp* iniciada el 24 de noviembre de 2016 (día en que se llevó a cabo la subasta⁵⁷), extraída del celular perteneciente a **RICARDO MÉNDEZ MORA** con ocasión de la visita administrativa adelantada por la Delegatura⁵⁸, que permitió advertir una mecánica anticompetitiva consistente en el ofrecimiento de una bolsa de 16 millones por parte de **AMERICANA**, la cual fue, según lo demuestra la información contenida en el **SECOP**, aceptada por los proponentes que ajustaron su actuar para asegurar la realización del acuerdo, tal y como se aprecia a continuación:

Participantes⁵⁹: Ricardo Mendez Mora, Nestor-diana Milena Leg, 311 [REDACTED] [Reinaldo Buitrago Rodríguez], Polo [Rodolfo Méndez Mora], 311 [REDACTED] [María Eugenia Ojeda León], 300 [REDACTED] [Litoempastar], 321 [REDACTED] [Tecnología Modular], Alejandro-empresa Medellin [Litoempastar], 310 [REDACTED] [Carlos Alexander Paredes Ramírez], Litoempastar-medellin, 311 [REDACTED] [Marathon], 310 [REDACTED] [El Deportista]:

"De: 311 [REDACTED] [Reinaldo Buitrago Rodríguez]
Contenido: Ofrezco una bolsa de 16

De: **Alejandro-empresa Medellin** [Litoempastar]
Contenido: Habilitados 11 la bolsa es para 10

De: 321 [REDACTED] [Tecnología Modular]
Contenido: Esperemos si todos aceptan

De: 321 [REDACTED] [Tecnología Modular]
Contenido: O quien la mejora

De: **Alejandro-empresa Medellin** [Litoempastar]
Contenido: Por favor todos manifiesten

De: 321 [REDACTED] [Tecnología Modular]
Contenido: Bueno señores quienes aceptan la bolsa

De: **Alejandro-empresa Medellin** [Litoempastar]
Contenido: Don Reinaldo se cancela con la adjudicación?"

En relación con el proceso de selección **SI CTAPT-006-2016 (Grupo 1)** obra en el expediente la siguiente conversación de *WhatsApp*⁶⁰ sostenida entre **RICARDO MÉNDEZ MORA** (controlante de **FERRELÉCTRICA, WILZOR y TECNIGRUP**) y **RAMÓN OVIDIO CHICA RUÍZ** (empleado de **FERRELÉCTRICA, WILZOR y TECNIGRUP**) el 8 de octubre de 2016 (la subasta se llevó a cabo el día 7 de octubre de 2016 a las 9:00 a.m.)⁶¹, la cual describió el resultado de la subasta en el **SENA** de Apartadó en donde, de acuerdo a la conversación, en el "[p]rimer lote hubo arreglo" y se informa de la entrega de una bolsa de 15 millones por parte de **DIVISER** (empresa adjudicataria) a los once (11) proponentes en el proceso de selección bajo examen:

"De: **Ovidio-medellin**

Contenido:

Buenos días, resultado de la subasta en el Sena de apartadó. Primer lote hubo arreglo. Eramos once proponentes y Diviser sas de William Vileria celular No XXXXXXXX entregó 15 millones hay un detalle, en la subasta inhabilitaron uno, otro se enfermo y se retiro y otro no se presentó; a la salida el señor William dijo que incluiría al enfermo y al que inhabilitaron por presentar copia del poder, creo. En el segundo lote nos fuimos a subasta y se la gano Suministro maibe".

⁵⁷ Ibid.

⁵⁸ CD visible a folio 1112 del Cuaderno Reservado **FERRELÉCTRICA**.

⁵⁹ Los nombres que aparecen en [] no hacen parte de la conversación. Fueron reportados por los operadores de telefonía móvil a esta Superintendencia y su referencia es para facilidad de identificación de los actores por parte del lector.

⁶⁰ Folio 550 del Cuaderno Reservado No. 2.
Path:CEL_RICARDO_MENDEZ_FERRELECTRICA.ufdr/chats/WhatsApp/chat-24.txt

⁶¹ <<https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-9-419959>> (ver acta subasta inversa presencial pág. 1 de 2).

Ag

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Los términos de las anteriores conversaciones son tan claras y evidencian de manera tan contundente el acuerdo, que el argumento consistente en que la ausencia de lances no es indicativa *per se* de la ocurrencia de una conducta anticompetitiva, pierde toda solidez. Y es que, cuando existen conversaciones de *WhatsApp*, como las aquí examinadas, en donde se aprecia el ofrecimiento de una bolsa por parte de quien en últimas resultó ser el adjudicatario, entonces la ausencia de lances se torna en indicativo de una conducta tendiente a asegurar la victoria del adjudicatario a la espera de una contraprestación en retorno. En este mismo sentido, cabe advertir que dada la claridad de los términos del acuerdo contenidos en la referida conversación de *WhatsApp*, cuyo actuar se confirmó con la información comprendida en el **SECOP**, e incluso posteriormente corroborada por el apoderado de **RICARDO MÉNDEZ MORA** en su escrito de recurso, la práctica de interrogatorios de parte orientados a corroborar la veracidad de los términos de dicha conversación no se hacía imprescindible, ni su ausencia invalida lo actuado, tal y como así lo censuró **OFFILINE**.

Ahora bien, en un escenario diferente, la decisión de no presentar lances porque al proceso también acudieron fabricantes que pueden ofrecer un mejor precio, o de retirarse porque luego de analizar un análisis costo vs beneficio se encontró que el contrato no era rentable, serían admisibles pero, se insiste, mediando este tipo de material probatorio, la excusa ofrecida consistente en abstenerse de competir frente a fabricantes o de que dado que no era rentable resultaba mejor retirarse, se disuelve ante la evidencia que ofrecen las conversaciones de *WhatsApp* arriba descritas. Tales excusas, se tornan en una débil manera de justificar una conducta que a todas luces es reprochable y que en últimas, no logra desvirtuar el acuerdo investigado.

Diferente resulta ser el caso de **MARÍA EUGENIA OJEDA LEÓN**, propietaria del establecimiento de comercio **HERIDA**, quien sí logro demostrar que contaba con una razón válida para abstenerse de presentar lances. Esto es, que previamente presentó una observación a la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA** indicando que el plazo de ejecución del contrato era muy corto, la cual no fue acogida por dicha entidad con fundamento en el principio de anualidad y por considerar que otras empresas estaban en capacidad de entregar los bienes en oportunidad⁶². Dado que **MARÍA EUGENIA OJEDA LEÓN** logró demostrar a este Despacho acerca de los motivos por los cuales su decisión de no presentar lances no obedecieron a fines anticompetitivos, lo que no sucedió con los demás investigados que alegaron otra serie de razones no justificadas y que además no tuvieron la potencialidad de desdejar el acuerdo, es que no se estima que haya existido una vulneración al principio de igualdad en el presente caso. Por todo lo expuesto, este Despacho no acoge los argumentos presentados por los recurrentes.

Así mismo, con fundamento en las explicaciones brindadas en este acápite, procede este Despacho a desechar la crítica presentada por **INVERSIONES ND** consistente en la supuesta insuficiencia probatoria ofrecida por los chats de *WhatsApp* y en que la sanción se fundó en una presunción de mala fe respecto de todas las personas naturales y jurídicas que participaron en todos los procesos de subasta inversa desde el año 2015. Se insiste, las sanciones impuestas en la presente investigación derivaron del análisis del material probatorio obrante, lo que llevó a que en varios casos se procediera al archivo de las mismas, lo cual evidencia que resulta alejado de la realidad afirmar que cualquier persona que haya participado en una subasta inversa desde el año 2015, por el solo hecho de no presentar lances ha sido automáticamente sancionada.

También resulta preciso señalar que **INVERSIONES ND** consideró arbitraria y generalizada la sanción, por cuanto no existió prueba de su aprobación directa o por interpuesta persona de la bolsa ofrecida por **AMERICANA**. Sobre este particular, se reitera, analizados los términos de las conversaciones de *WhatsApp* en conjunto con la no presentación de lances sin una razón válida, llevaron a esta Superintendencia a concluir que dicho actuar respondió a la ejecución del acuerdo, lo que en últimas derivó en que el oferente que ofreció la bolsa resultó siendo el adjudicatario del contrato. Así las cosas, este Despacho descarta la presente censura.

Por su parte, **SUMITEC** reiteró que durante la audiencia de subasta inversa dentro del proceso de selección **SI-CTAPT-006-2016** (Grupo 1) adelantado por el **SENA**, no es cierto que esta haya expresado su intención de no realizar lances de mejora, pues lo que en realidad aconteció es que debido a un error el lance que realizó fue declarado inválido. Indicó así mismo, que una situación similar se presentó dentro del mismo proceso de selección pero respecto del Grupo 2, lo que no

⁶² Folios 3536 y 3537 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ofreció ningún tipo de reproche por parte de esta Superintendencia, razón que le permite colegir que tampoco debería existir reproche respecto del Grupo 1.

El presente argumento le merece a este Despacho dos observaciones que logran desvirtuar la validez del mismo. La primera consistente en que, tal y como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria y quedó resumido como una consideración preliminar del presente acto administrativo, la mecánica colusoria objeto de sanción consistió en que haciendo uso de conversaciones grupales a través de aplicaciones de mensajería instantánea como *WhatsApp*, uno de los proponentes ofrecía una suma de dinero (bolsa) a los demás participantes para que se abstuvieran de hacer lances, realizaran lances impropios, incurrieran en errores que generaran su inhabilitación o simplemente no se presentaran, y de esta manera quien ofrecía la bolsa aseguraba la adjudicación del contrato.

Así las cosas, tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria ahora objeto de recurso, el hecho de que **SUMITEC** hubiese cometido un error obedeció precisamente al acuerdo anticompetitivo al que habían llegado los participantes en el proceso de selección, pues tal conducta respondió a la mecánica colusoria adoptada según la cual la inhabilitación derivada de errores forzados limitaba la competencia y aseguraba la victoria del oferente de la bolsa. Y es que, revisado el "Formato lances -subasta inversa presencial- y adjudicación" dentro del proceso **SI-CTAPT-006-2016** (Grupo 1), **SUMITEC** de manera muy conveniente ni expresó de manera clara e inequívoca la decisión de no hacer ningún lance de mejora, ni formuló propuesta económica alguna, lo que en últimas generó su inhabilitación.

La segunda observación tiene que ver con lo ocurrido dentro del mismo proceso de selección pero respecto del grupo 2, en donde **SUMITEC** cometió un error similar, pero sin embargo ello no ofreció ningún reproche por parte de esta Superintendencia. En efecto, no existe reproche por cuanto en el caso del segundo grupo no existe evidencia acerca de un incentivo, como lo es el pago de una bolsa, a cambio de un error que genere una inhabilitación, lo que resultó ser un escenario completamente diferente a lo acontecido en el grupo 1. Así, debe recordarse a la sancionada que el análisis de su conducta durante la subasta debe hacerse de manera conjunta con pruebas adicionales que permitan concluir si el comportamiento resulta anticompetitivo o no. Por todo lo anterior, este Despacho no acoge los argumentos expuestos por el recurrente sobre este particular.

3.2.9. Análisis del argumento relacionado con la inexistencia de control por parte de WILZOR, TECNIGRUP o FERRELÉCTRICA respecto de OFFILINE

OFFILINE reiteró que no existe una relación de control por parte de **WILZOR, TECNIGRUP** o **FERRELÉCTRICA** respecto de **OFFILINE**, siendo esta una empresa independiente. Sobre este particular, precisa este Despacho indicar que, revisados los términos de la Resolución de Apertura, como los del Informe Motivado y la Resolución Sancionatoria, no encuentra que la imputación que le hizo la Delegatura y el consecuente análisis de su responsabilidad, hayan recaído sobre un supuesto control ejercido por las tres empresas referidas o por alguna de ellas respecto de **OFFILINE**, razón por la cual este Despacho no se detiene a ofrecer un mayor examen a la aclaración ofrecida.

3.2.10. Análisis del Despacho respecto del argumento relacionado con el rechazo de las garantías ofrecidas por MAYBE y LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ

MAYBE y **LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ** censuraron el rechazo que hiciera esta Superintendencia a su ofrecimiento de garantías, a la vez que solicitaron que se señalen las que serían adecuadas y así concederlas. Este Despacho no acoge la censura presentada y no accede a la solicitud elevada, por las siguientes consideraciones.

En primer lugar, el artículo 16 de la Ley 1340 de 2009 que adiciona el artículo 52 del decreto 2153 de 1992 dispone que:

"(...) 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. 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

Ag

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

señalará las condiciones en que verificará la continuidad del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por los investigados".

En segundo lugar, el artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 dispone que al Superintendente de Industria y Comercio, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:

9. Decidir sobre la terminación anticipada de las investigaciones por presuntas violaciones a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en el caso de las investigaciones en ejercicio de facultades administrativas de competencia desleal, cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de suspender o modificar la conducta por la cual se le investiga".

De la lectura de las normas arriba citadas, se desprenden dos importantes conclusiones. La primera, que el ofrecimiento de garantías debe presentarse en una etapa procesal específica, esto es, antes del vencimiento del término concedido para solicitar o aportar pruebas, término que a la fecha se encuentra claramente superado, motivo por el cual el estudio de un nuevo ofrecimiento de garantías en este momento procesal sería a todas luces extemporáneo.

La segunda, es que la decisión acerca de la aceptación o no de las garantías es discrecional de esta Superintendencia. Dicha discrecionalidad consiste en la realización, por parte de este Despacho, de juicios de valor, apreciaciones subjetivas y estimaciones, con el fin de permitirle el cumplimiento de los cometidos estatales, el bien común y el interés general, al momento de tomar ciertas decisiones⁶³. A su vez, la Superintendencia ha establecido dos parámetros, uno de carácter particular y otro de carácter general, sobre los que, en forma definitiva, se enmarca la aplicabilidad de las garantías. En el primer parámetro, se concentra en realizar un análisis sobre si las garantías brindan confianza a la administración, las obligaciones asumidas se cumplen y si además, se pueden neutralizar los efectos nocivos del incumplimiento de lo prometido. En el segundo criterio, el general, sólo se considerará si hay suficiencia, lo cual se cumple cuando pueda concluir que dada la implementación de correcciones por medio de las garantías se cumplen los objetivos de mejorar la eficiencia, la libre escogencia de los consumidores y el libre acceso a los mercados por parte de las empresas⁶⁴.

Así las cosas, el que esta Superintendencia después de haber evaluado las garantías ofrecidas por **MAYBE** y **LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ** hubiera encontrado que las mismas no eran suficientes, no constituye una arbitrariedad, como así lo calificaron los ahora recurrentes. Ni tampoco lo es, el que esta Entidad no les haya indicado cuál sería el tipo de garantía que sí hubiera sido suficiente, dado que no existe disposición legal que la obligue a informarle al investigado al respecto, como erradamente lo sugieren los recurrentes. En tal virtud, los argumentos presentados no están llamados a prosperar.

3.2.11. Análisis del argumento relacionado con la falta de determinación de los mercados relevantes y de los efectos de la conducta sancionada en los mismos

RICARDO MÉNDEZ MORA, HERMES DAVID ARÉVALO PISSA, FERRELÉCTRICA, TECNIGRUP, WILZOR y CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO señalaron que esta Superintendencia no determinó el mercado relevante dentro de la presente investigación. Este Despacho no comparte dicha crítica por varias razones. Entre ellas, tal y como esta Superintendencia ha señalado en ocasiones anteriores, en los casos de cartelización empresarial no es necesario definir el mercado relevante, toda vez que el mercado presuntamente afectado se determina por el alcance mismo de la conducta cartelista⁶⁵. Sin embargo, también lo ha establecido esta Entidad, a pesar de que la definición de mercado no sea un prerrequisito para analizar los acuerdos anticompetitivos o carteles empresariales, si es importante caracterizar el mercado en el que participan los agentes investigados con el fin de entender las condiciones del mismo y determinar el alcance que pudo tener la conducta investigada⁶⁶.

⁶³ Concepto SIC 98-013991 de 1999.

⁶⁴ Concepto SIC 02-111018 de 2003.

⁶⁵ Resolución No. 11190 del 9 de marzo de 2016.

⁶⁶ Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En este sentido, es evidente que a lo largo de la Resolución Sancionatoria, y respecto de los tres grupos de procesos de selección en los que dicho acto administrativo centró su análisis, hubo una caracterización del mercado en donde participaron los agentes investigados. Esto es, el respectivo proceso de selección en donde participaron como oferentes. Así, respecto del primer grupo de procesos de selección del que la Resolución Sancionatoria se ocupó, el numeral 7.5.1. señaló que los mercados relevantes fueron los procesos de subasta inversa **6179 – GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA, SI CTAPT-006-2016 (Grupo 1) - SENA Regional Antioquia y SI CTGI-001-2016 - SENA Regional Antioquia.**

A su vez, respecto de los siete procesos en donde la conducta se acreditó con pruebas que hicieron referencia al mecanismo "*repartición de bolsa*" y al cumplimiento de los pactos, la tabla No. 11 del numeral 7.5.2. de la Resolución Sancionatoria también se ocupó de determinar los mismos, es decir, de determinar los procesos en donde los investigados participaron. Finalmente, en relación con los noventa y un (91) procesos restantes, la tabla No. 19 del numeral 7.5.3. de la Resolución Sancionatoria relacionó igualmente los respectivos procesos de selección. Así las cosas, es claro que la crítica relacionada con una supuesta falta de determinación del mercado relevante carece de toda validez.

Adicionalmente, **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO, RICARDO MÉNDEZ MORA, HERMES DAVID ARÉVALO PISSA, FERRELÉCTRICA, TECNIGRUP y WILZOR** reprocharon la falta de análisis en la Resolución Sancionatoria de los efectos dañinos causados con la conducta sancionada, tal como la afectación al patrimonio público de la entidad. Sobre el particular, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, el hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables "*por objeto*", significa que el supuesto normativo que soporta esta conducta implica un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. Quiere decir ello, se repite, que la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual **no le es exigible a la Autoridad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.**

Así las cosas, el reproche relacionado con la falta de idoneidad de la conducta para causar daño o la falta de demostración de afectación real a la competencia se rechaza nuevamente, por resultar a todas luces improcedente. De paso, la crítica recibida por parte de **RICARDO MÉNDEZ MORA, HERMES DAVID ARÉVALO PISSA, FERRELÉCTRICA, TECNIGRUP y WILZOR**, según la cual era obligación de esta Superintendencia demostrar que los oferentes que participaron en los respectivos procesos de selección objeto de sanción, resultaban ser las mejores opciones para las respectivas entidades del Estado, así como el porcentaje de afectación de los mismos, se rechazan bajo los mismos lineamientos argumentativos presentados en este numeral.

3.2.12. Análisis de los argumentos relacionados con las personas naturales

3.2.12.1. Del rol que jugó CAROLINA ESTHER GONZALEZ MARRUGO en la comisión de las prácticas anticompetitivas objeto de sanción

CAROLINA ESTHER GONZALEZ MARRUGO censuró el hecho de que este Despacho fundamentó su responsabilidad en la relación conyugal que sostiene con **RICARDO MÉNDEZ MORA**, señalando que ello supondría que todas las esposas de personas privadas de la libertad y condenadas también deban ser condenadas.

Sobre el particular, este Despacho resalta que la relación de parentesco fue descrita con el fin de explicar las razones que **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** poseía para de manera activa coadyuvar la práctica liderada por **RICARDO MÉNDEZ MORA**. Dicha circunstancia fue utilizada para contextualizar el análisis de la conducta anticompetitiva investigada, sin que sea un reproche en sí mismo ni constituya prueba de la existencia de la conducta objeto de investigación, sino simplemente se erigió en una información relevante de contexto para su análisis.

Se insiste que, habiendo quedado establecido que **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** y **RICARDO MÉNDEZ MORA** tienen una relación conyugal, conforme ella misma lo manifestó en diligencia de testimonio, resulta predecible que los intereses de la pareja de esposos se encontraran alineados.

Ag

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La misma crítica se deriva del hecho de que este Despacho hubiera usado su participación accionaria en dos de las tres empresas investigadas para mostrar que su participación no se limitó simplemente a proveer una asesoría jurídica con desconocimiento de la estrategia anticompetitiva liderada por su esposo, o de participar en los procesos de selección de los empleados de tales empresas. Se reitera, estas situaciones también sirvieron de contexto, por lo que la argumentación de la defensa reseñada en esta sección respecto al valor probatorio que otorgó el Despacho a la relación de contexto para la decisión final resulta improcedente.

Cabe también referirse a la manifestación efectuada por **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** consistente en que cuando la Delegatura le preguntó a esta acerca de la información contenida en el tablero acrílico dispuesto en la oficina en donde le fue tomado su testimonio, ella se limitó a leer la misma, sin que ello pueda inferirse como un conocimiento de pormenores. Al respecto, es difícil imaginar que una persona que asesora jurídicamente a tres empresas que funcionan como una unidad, que es cónyuge de quien desarrolló un mecanismo sofisticado para falsear la competencia, que fue accionista de dos de las tres empresas, que se prestó para elaborar las cuentas de cobro relacionadas con el pago de las bolsas ofrecidas para asegurar la adjudicación de los contratos y, cuyo valor fue depositado en su cuenta, no conociera o no infiriera un conocimiento amplio de la información contenida en dichos tableros, misma que hacía referencia a los procesos de contratación en los cuales participaba una o varias de las empresas controladas por **RICARDO MÉNDEZ MORA**. En tal sentido, este Despacho descarta tal afirmación como cierta.

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO señaló también que esta Superintendencia, a sabiendas de que ella no es la autora del contenido del computador corporativo en donde fueron encontrados los cuadros de seguimiento, la ubicó en la investigación como propietaria del mismo y le impuso una sanción como resultado. Sobre este particular, este Despacho se detiene a hacer algunas precisiones que lo llevan a desechar el argumento de la recurrente.

En primer lugar, llama la atención el documento suscrito por **RICARDO MÉNDEZ MORA** con radicado 16-434574 del 5 de junio de 2019, en donde, bajo la gravedad de juramento, informó que *"los cuadros de Excel encontrados en el computador de la oficina donde Carolina González Marrugo realizaba sus labores ocasionalmente y donde le fue tomada la declaración a Carolina González el día 28 de noviembre de 2016 son de mi autoría, es decir, yo los confeccioné y diligencé"*. Reprocha este Despacho la actuación procesal de **RICARDO MÉNDEZ MORA**, quien tan solo en este momento procesal, cuando la etapa probatoria se encuentra agotada, procede a efectuar dicho pronunciamiento sin prueba alguna que soporte su veracidad.

Es entendible que dada la relación de parentesco entre **RICARDO MÉNDEZ MORA** y **CAROLINA ESTHER GONZALEZ MARRUGO** éste pretenda proteger a su esposa con tal declaración, sin embargo, de ser cierto su dicho, en aras de la lealtad procesal, se pregunta el Despacho por qué no lo manifestó oportunamente. Así mismo, censura la conducta de **CAROLINA ESTHER GONZALEZ MARRUGO**, quien se limitó a negar la autoría de las mismas, pero, conforme lo indicó la Resolución de Apertura, tampoco procedió a señalar el nombre del autor, asumiendo que en realidad no fuera ella. No desconoce este Despacho la protección que brinda el artículo 33 de la Constitución Política, consistente en que *"Nadie podrá ser obligado a declarar contra sí mismo o contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil"*. No obstante, lo que no resulta aceptable es que, a estas alturas de la actuación procesal, pretendan los dos investigados manipular la actuación y a la Entidad con afirmaciones que bien pudieron haber tenido lugar en otro momento procesal y que buscan que su responsabilidad se disuelva en medio de tales argucias.

Tal reproche se extiende también a lo afirmado en el referido escrito suscrito por **RICARDO MÉNDEZ MORA**, en donde también señaló que: *"Además, declaro que las cuentas de cobro evidenciadas por las Superintendencia de Industria y Comercio señaladas en la presente investigación, son igualmente de mi autoría, pues como esposo de Carolina González Marrugo contaba con su firma escaneada y la colocaba en los documentos que yo deseaba. Y por último, declaro que mi situación ante las centrales de riesgo no es buena, ni mucho menos ante los bancos, razón por la cual no puedo utilizar cuenta de ahorros o corriente a mi nombre, es por ello, que utilizaba la cuenta de ahorros de Carolina González Marrugo de Bancolombia para que cualquier empresa o persona natural realizara consignaciones por los concepto que yo cobraba"*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En consecuencia, para este Despacho los cuadros de seguimiento que fueron encontrados en el "computador de la oficina donde Carolina González Marrugo realizaba sus labores ocasionalmente", según lo confirma el mismo **RICARDO MÉNDEZ MORA**, eran de su conocimiento y, conforme lo confirman los pagos de los acuerdos a ella efectuados, tales cuadros de seguimiento sirvieron para facilitar su ejecución. En suma, este Despacho no acoge los argumentos de la recurrente.

De igual manera, la recurrente manifestó que las cuentas de cobro respecto de las cuales esta Superintendencia derivó su responsabilidad, a más de no constituirse en una prueba siquiera indicaría, respondieron a un servicio prestado por su esposo cuyo cobro era llevado a cabo por su esposo **RICARDO MÉNDEZ MORA**, quien manejaba su cuenta. Extraña al Despacho tal afirmación, ya que **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** cuando fue cuestionada por la Delegatura acerca del referido servicio de transporte, informó lo siguiente⁶⁷:

"DELEGATURA (14:23): Puede indicarnos señora **MARRUGO** si ese servicio de transporte lo prestaba a título personal o a través de las sociedades **COLOMBIA FERRELÉCTRICA, TECNIGRUP** o **WILZOR**.

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO: No, a título personal.

DELEGATURA (14:36): ¿Cómo facturaba usted, o cómo facturó señora **MARRUGO**, los servicios de transporte que prestó en su momento?

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO: Cuentas de cobro, creo, sí porque pues persona natural.

DELEGATURA (14:54): ¿Qué tipo de transporte prestaba, señora **MARRUGO**?

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO: Transporte de mercancías, pues no mucho, realmente pues por mi actividad es, es ser abogada no, entonces pues realmente no era mucho.

DELEGATURA (15:08): Hablemos señora **MARRUGO** de un aproximado, cifras aproximadas al año.

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO: No, la verdad no sé, no recuerdo ahora mismo, porque pues no llevaba como esa, era muy, como alterno, muy poco, ya, pero no, de cifras no de no te podría decir.

DELEGATURA (15:28): En cuanto a las personas que contrataban ese servicio de transporte, señora **MARRUGO**, ¿Cómo conocieron de esta prestación de servicios que usted hacía? O ¿Cuáles eran sus clientes más habituales, por así decirlo?

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO: Es que no conocía, de pronto me referenciaban, que los conociera no, yo no los conocía, una persona decía mira ella te puede prestar el servicio y yo lo que estaba y así.

DELEGATURA (15:51): ¿Desde qué año prestaba usted este servicio, señora **MARRUGO**?

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO: No recuerdo.

DELEGATURA (15:59): Señora **MARRUGO**, ¿Cuenta usted con vehículos propios para ejercer esta actividad económica?

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO: No.

DELEGATURA (16:04): ¿Cómo prestaba usted esta actividad económica?

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO: Eh, a través de, otros vehículos, otras personas podrían, me lo podían prestar, o, o, por ejemplo, yo podía referenciar a esa persona que me buscó a mí con otro servicio de transporte y así."

ky

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De la lectura del testimonio rendido por **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** surge con bastante claridad que ella nunca negó haber prestado esos servicios de transporte. En efecto, le costó mucho trabajo explicar la operatividad del servicio, pero de alguna manera logró ejemplificar que los clientes llegaban a ella por referencia y que se valía de otros vehículos o de otras personas para prestar tal servicio a **título personal**. Nuevamente este Despacho llama la atención de los investigados **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** y **RICARDO MÉNDEZ MORA**, y de sus respectivos apoderados, ya que en una clara muestra de falta de lealtad procesal en sus escritos de impugnación o, a través de escritos allegados con posterioridad a la notificación de la Resolución Sancionatoria, brindan versiones contradictorias, cuando ya la etapa probatoria se encuentra agotada, mientras que en la etapa probatoria se abstuvieron de colaborar con el esclarecimiento de los hechos.

Por ello, para este Despacho el servicio de transporte fue prestado por **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO**, conforme ella misma lo ratificó en su testimonio y, las cuentas de cobro, las cuales, contrario a lo afirmado en el recurso de reposición, se constituyen en una incontrovertible prueba del acuerdo colusorio, seguirán presumiéndose de su autoría, ya que durante la investigación esta nunca las tachó de falsas, ni mencionó que su cuenta bancaria fuera manejada por su esposo, hecho que de cualquier forma no restaría responsabilidad de su parte. Por todo lo anterior, este Despacho desestima las alegaciones de la recurrente basadas en nuevos y contradictorios hechos.

Finalmente, **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** indicó que la Resolución Sancionatoria no se ocupó de indicar de manera clara de qué forma colaboró, facilitó, autorizó, toleró o ejecutó la conducta que le es reprochada y que no se pronunció respecto de las observaciones efectuadas al Informe Motivado, y en esa medida se le vulneró su derecho de defensa. Finalmente, manifestó que no puede determinarse cómo se realizó el ejercicio de dosificación de la sanción.

Frente a las anteriores afirmaciones, basta con una detenida lectura a la Resolución Sancionatoria para establecer que a lo largo de la misma este Despacho, respecto de las conductas reprochadas a **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO**, realizó un análisis detallado y respondió los argumentos por ella planteados en sus observaciones al Informe Motivado.

Así mismo, tanto en el numeral 7.4.5. como el 10.1 de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria se presentaron detalladamente las razones por las cuales **CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO** ejecutó, colaboró y facilitó ambas conductas por las cuales fue sancionada, concluyendo su responsabilidad respecto del sistema tendiente a limitar la libre competencia adoptado por **RICARDO MÉNDEZ MORA** y las tres empresas controladas por este y de su comportamiento anticompetitivo frente a acuerdos colusivos en al menos diez procesos de selección.

Por último, en el numeral 11.2.1. de la parte considerativa se presentó un ejercicio de dosificación de su sanción, con lo cual no es cierto que la sancionada no sepa cuáles fueron los criterios tenidos en cuenta para la determinación del monto de la multa impuesta. Por todo lo anterior, este Despacho no acoge los argumentos de la recurrente por encontrarlos infundados.

3.2.12.2. De la responsabilidad de LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ

LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ solicitó a la Superintendencia de Industria y Comercio hacer la claridad que la multa obedece al proceso de selección **SI CTGI-001-2016** y no, respecto del proceso **SI-CTAPT-006-2016**, respecto del cual no ha sido investigada. En ese sentido, manifestó que debe aclararse su participación en el supuesto acuerdo colusorio.

Frente a este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio da razón a la investigada. Si bien el acuerdo anticompetitivo en el marco del proceso de selección **SI CTGI-001-2016** se encuentra acreditado y la responsabilidad de **MAYBE** probada, lo cierto es que respecto de **LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ** no obra prueba suficiente en el expediente de su participación en el mismo. Lo anterior toda vez que su responsabilidad, y por ende la sanción impuesta, versaba sobre su asistencia a la subasta inversa que, para el caso del proceso **SI CTGI-001-2016** no se encuentra probada. Así las cosas, este Despacho procederá a **ARCHIVAR** la investigación en favor de **LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.2.13. Análisis del Despacho respecto de los argumentos sobre la dosificación de las sanciones

Varios de los investigados presentaron argumentos relacionados con la dosificación de las sanciones que se resolverán en el presente numeral.

En primer lugar, el Despacho indica a los sancionados que las comparaciones entre cantidades absolutas de las multas impuestas a los diferentes infractores son improcedentes pues los valores obtenidos del proceso de dosificación son individuales y de ninguna manera comparables. Esto es, teniendo en cuenta que para la graduación de las multas, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta criterios propios de cada investigado, como patrimonio (para el caso de los agentes de mercado), conducta procesal, grado de participación en la conducta, entre otros, es incorrecto calificar como desproporcionada una multa, comparando valores absolutos respecto de las demás. Así que una sanción sea mayor a otra puede deberse a diferentes factores contables o conductuales propios de cada agente, sin que esto signifique que no se tuvieron en cuenta los demás criterios de dosificación. Por lo anterior, los argumentos presentados por **OFFILINE** y **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** basados en que sus respectivas multas no se compadecen con las impuestas a otros actores pues resultan ser superiores, serán descartados por improcedentes.

Otros sancionados como **EL DEPORTISTA**, **MAYBE**, **LUZ MARÍNA MEJÍA**, así como **RICARDO MÉNDEZ MORA** y las empresas controladas por él con sus respectivos representantes legales, indicaron que la multa fue desproporcional porque: (i) se estimó que el 100% del mercado fue afectado, cuando la investigación no abarcó la totalidad de procesos de selección, (ii) los montos representan afectaciones financieros a las empresas, con lo cual las multas resultarían confiscatorias, y (iii) se estaría comprometiendo la existencia de las empresas sancionadas en el mercado.

Frente al particular, el Despacho se permite realizar tres precisiones. Primero, se insiste, tal y como fue mencionado en la sección referente al cálculo del monto de las sanciones en la Resolución Sancionatoria, que para una "*adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable*", la Superintendencia de Industria y Comercio evaluó los criterios contenidos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, respectivamente, referentes, entre otros, a la gravedad de la falta, el impacto de la misma sobre el mercado, los beneficios obtenidos por los infractores y su capacidad económica. Esto último basado en los estados financieros y declaraciones de renta más recientes de los sancionados, disponibles en el expediente. Así, no es cierto que los montos de las sanciones impuestas hayan resultado desproporcionados con relación a la conducta realizada por los investigados, y mucho menos que sean confiscatorios.

En segundo lugar, y sobre el hecho de que, en opinión de los investigados su conducta no afectó el 100% del mercado pues no se investigó la totalidad de procesos de selección, el Despacho reitera lo que en múltiples ocasiones ha indicado la Superintendencia de Industria y Comercio respecto de que, por un lado, en aquellos casos en los que se analiza la existencia de un acuerdo anticompetitivo, como el presente, no es indispensable definir el mercado relevante toda vez que el mismo se enmarca por el alcance de la conducta⁶⁸, y que por otro lado, en casos de colusión en procesos de contratación pública, el mercado afectado corresponderá a cada uno de tales procesos⁶⁹. Por lo anterior, es cierto lo indicado en la Resolución Sancionatoria de que la conducta de los investigados afectó el 100% de los mercados en los cuales se llevaron a cabo los acuerdos anticompetitivos.

En tercer lugar, se resalta que las afirmaciones realizadas por los sancionados carecen de sustento alguno lo que, sumado a lo anteriormente mencionado, le permite a esta Superintendencia descartar tales aseveraciones y concluir que las sanciones impuestas no resultan desproporcionadas.

Una excepción a lo anterior resultan ser **EL DEPORTISTA** y **SUMITEC**, toda vez que ambas empresas aportaron estados financieros actualizados a diciembre de 2018. Esta Superintendencia

⁶⁸ Resolución No. 43218 del 28 de junio de 2016 (caso Pañales), Resolución No. 31739 del 26 de mayo de 2016 (caso Papeles Suaves), Resolución No. 26726 del 10 de mayo de 2016 (caso Estaciones de Servicio Popayán), entre otras.

⁶⁹ Resolución No. 40875 de 2013 (caso VALME), Resolución No. 85898 de 2018 (caso Aerocafé), Resolución No. 2076 de 2019 (caso MinCultura), entre otras.

Aj

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

analizó dicha información y procederá a modificar la sanción de **EL DEPORTISTA**. Para el caso de **SUMITEC**, se observa que la sanción sería mayor de considerar la nueva información, con lo cual la misma permanecerá invariable.

Los sancionados también presentaron argumentos respecto de los criterios utilizados por esta Superintendencia en la dosificación de sanciones, según lo dispuesto en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, que modificaron los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, respectivamente. El análisis y conclusiones sobre los mismos se encuentran contenidos en los numerales 11.1. y 11.2. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria, razón por la cual los argumentos que hagan referencia explícita a que dichos criterios fueron desconocidos por la Superintendencia de Industria y Comercio al momento de dosificar las sanciones, o que no explicó la forma como las mismas fueron calculadas serán rechazados por el Despacho.

En relación con el impacto de la conducta en el mercado, **SPORTECH** y **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ** alegaron que, en su caso, el mismo debe limitarse al proceso de selección de Subasta Inversa No. 6179 de 2016 de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA** que tenía un presupuesto oficial de \$250.363.425 y en el que la entidad logró un ahorro de 4,2%.

El Despacho coincide con lo presentado por los sancionados, toda vez que como puede observarse en los numerales 11.1.16. y 11.2.4. de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria, correspondientes a la dosificación de **SPORTECH** y **CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ**, respectivamente, el Despacho afirmó en el mismo sentido que: *"está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso de subasta inversa No. 6179 adelantada por la GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA, relacionado con la adquisición de elementos de recreación y pedagogía para organismos de fuerza pública y judicial en el departamento"*. Así las cosas, lo señalado por los sancionados ya se encontraba contenido en el análisis que realizó el Despacho respecto del criterio referido y no aporta información adicional en el presente acto administrativo. El valor del presupuesto oficial del proceso de selección analizado, así como el porcentaje de ahorro logrado por la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA** también fueron objeto de análisis por parte de este Despacho en el estudio de la conducta reprochada.

Respecto del criterio relacionado con el beneficio obtenido por el infractor con la conducta, **INVERSIONES ND** manifestó que no existen pruebas en el expediente que demuestren el beneficio económico obtenido por la conducta. En este mismo sentido, **SUMITEC** agregó que, para el caso de la Subasta Inversa No. 6179 de 2016 de la **GOBERNACIÓN DE ANTIOQUIA**, y según lo dispuesto en el chat de *WhatsApp*, el beneficio obtenido por los receptores de la bolsa sería de apenas \$1.400.000 por proponente.

El Despacho realizará dos precisiones al respecto. En primer lugar, recuerda a los impugnantes que no existe obligación jurídica alguna de calcular el beneficio derivado de la conducta infractora. Al respecto, la Ley 1340 de 2009 no especifica si el criterio en mención requiere cuantificación o por el contrario, baste solamente con avanzar en un análisis cualitativo, tal y como fue realizado en la Resolución Sancionatoria. En segundo lugar, el criterio referido no hace referencia únicamente al beneficio contable percibido por los infractores pues es natural que de este tipo de esquemas colusorios en los que se elige un adjudicatario, no todos resulten ganadores del contrato, como sucedió en este caso. Ello no quiere decir que los demás cartelistas no hayan percibido beneficios, mismos que van desde obtener el monto del propuesto en la bolsa común, hasta generar un ambiente de no competencia que tiene la potencialidad de afectar procesos de selección posteriores. Es decir, lo que evaluó el Despacho en este criterio fue, por un lado, que el comportamiento de los sancionados haya resultado en una estrategia colusoria exitosa, y por otro lado, la existencia de la bolsa común, que entre otras cosas resulta ser suficiente, como reflejo de parte del beneficio percibido por los cartelistas que no resultaban adjudicatarios.

SUMITEC también expuso que ni la empresa ni ninguno de sus colaboradores lideraron, instigaron o promovieron la conducta, hecho que debería tenerse en cuenta en el grado de participación de la empresa en la conducta.

En este punto, el Despacho se permite indicar que en efecto, en dicho criterio se tuvo en cuenta que **SUMITEC** participó en la comisión de la conducta anticompetitiva, pero en ningún momento se afirmó que la empresa o alguno de sus trabajadores fueran líderes, instigadores o promotores

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de la misma. Así, el argumento presentado por la sancionada no tiene repercusión alguna sobre el valor de la multa impuesta en la Resolución Sancionatoria.

Sobre la conducta procesal de los sancionados, **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** y **SUMITEC** indicaron que su comportamiento procesal no ha sido objeto de reproche y que han cumplido con la entrega de toda la información requerida por parte de esta Superintendencia. **SUMITEC** resaltó que incluso fue uno de los primeros investigados en notificarse ante el Despacho.

Frente a este punto, y tal y como quedó relacionado en los numerales correspondientes a la dosificación de sus sanciones, la Superintendencia de Industria y Comercio valoró el criterio de conducta procesal como neutro para ambos investigados. Lo anterior toda vez que entregar la información requerida, en la calidad y tiempo solicitados, así como ejercer su derecho de defensa y notificarse ante el Despacho son los comportamientos apenas esperados por esta Entidad de cualquier persona jurídica o natural, que incluso en algunos casos –como en los requerimientos de información– resultan ser responsabilidades de obligatorio cumplimiento por parte de los agentes investigados, con lo cual no podrían en ningún caso representar algún beneficio por comportamiento procesal. Así las cosas, la valoración de su conducta procesal de forma neutra es la adecuada para el comportamiento observado de los sancionados durante la totalidad de la actuación administrativa.

Por otra parte, **INVERSIONES ND, SUMITEC** y **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** aseveraron que, como no tenían antecedentes por infracciones al régimen de libre competencia económica, este hecho debería tenerse en cuenta como criterio de atenuación de la sanción. Al respecto, este Despacho les recuerda que, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la falta de antecedentes por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica no es considerada como una circunstancia de atenuación, sino que por el contrario la existencia de dichos antecedentes sí resultaría en una agravación de la sanción. Por lo anterior, el hecho de que los sancionados no hubiesen infringido el régimen con anterioridad en nada cambia la sanción impuesta a ellos.

OFFILINE y **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ** agregaron que de acuerdo con la Ley 1340 de 2009, el monto de la sanción no debe determinarse por el patrimonio del investigado. Para **OFFILINE**, el numeral 6 del artículo 25 de la referida ley da preferencia a los activos y a los ingresos del infractor, mientras que para **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**, el mismo artículo indica que la multa debe determinarse por un porcentaje de la utilidad de la conducta. El Despacho procederá a indicarle a ambos sancionados por qué no les asiste la razón.

En primer lugar, si bien es cierto que el numeral 6 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 considera como criterio de graduación de la sanción la parte de los activos y/o de las ventas de los involucrados en la infracción, lo cierto es que el numeral 7 del referido artículo presenta como otro de los criterios al patrimonio del infractor. Lo anterior quiere decir que, tal y como se hizo en el presente caso, la Superintendencia de Industria y Comercio debe tener en cuenta ambas cifras para dosificar su sanción. Lo que no quiere decir, como erróneamente lo presenta **OFFILINE**, que alguno de los siete criterios contenidos en el artículo sea más importante que otro o deba tenerse en cuenta preferentemente, excluyendo a los demás. Para el caso particular de la empresa que presenta el argumento, y tal como se expuso en la Resolución Sancionatoria, la multa representa aproximadamente el 10% del patrimonio y el 3,85% de los ingresos operacionales de 2017 de **OFFILINE**.

En segundo lugar, y respecto de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor, la misma no resulta ser un criterio de dosificación de la sanción sino que, tal y como lo consigna el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es el valor máximo de la sanción a imponer, en aquellos casos en donde pueda calcularse y resulte ser mayor que 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes. Así, lo que impone la utilidad derivada de la conducta es un valor máximo que, en cualquier caso si resulta ser menor que 100.000 salarios, no sería un límite vinculante.

LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ (propietario del establecimiento de comercio **FERDIESEL**) manifestó que de manera errada esta Superintendencia le impuso una multa con fundamento en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, cuando en realidad le debió haber sido impuesta con fundamento en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, aplicable a personas naturales, como es su

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

caso. Esta Superintendencia se aparta de tal razonamiento, por los motivos que a continuación se procede a describir.

Es preciso recordar que en el texto de la Ley 1340 de 2009 el legislador estableció un título de guía que no corresponde al contenido de la norma y que, por el contrario, ni la versión original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, ni la modificación hecha por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establecieron la exigencia de un sujeto calificado para su aplicación. Por este motivo, esta Superintendencia no encuentra sustento en afirmar que esta norma está destinada a aplicar únicamente sobre personas jurídicas sino que, por el contrario, aplica a cualquier persona, de cualquier naturaleza, que incurra en algunas de las conductas establecidas como violatorias al régimen de libre competencia en Colombia.

De esta forma, tal y como se ha procedido en otras oportunidades, a continuación se presenta la siguiente tabla que deja en evidencia que el texto legal y vinculante del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, nunca estableció la limitación de su aplicación únicamente contra personas de esta naturaleza.

Tabla No. 1. Texto numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y su modificación por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

Norma Original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992	Modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009
<p>"Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:</p> <p>(...)</p> <p>15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos sectores mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos"</p>	<p>"Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas</p> <p>El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.</p> <p>Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado. 2. La dimensión del mercado afectado. 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta. 4. El grado de participación del implicado. 5. La conducta procesal de los investigados. 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción. 7. el patrimonio del infractor. <p>Parágrafo. Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción la</p>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Norma Original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992	Modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009
	<p><i>persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.</i></p>

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio

De lo anterior puede establecerse que la redacción original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en ningún momento hacía referencia a la naturaleza jurídica de la persona que podría ser objeto de sanción por la violación de las normas de libre competencia. De igual forma, se evidencia que la modificación hecha a esta norma en el año 2009 fue en cuatro (4) aspectos puntuales: **(i)** cambio del monto máximo de la sanción a imponer, pasando de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; **(ii)** la inclusión de criterios de graduación, así como circunstancias de agravación y atenuación; **(iii)** la introducción como conductas violatorias del régimen de libre competencia la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías y **(iv)** simplificación de la norma respecto a los sectores de aplicación al eliminar la mención explícita respecto a las sanciones a imponer a las empresas prestadoras de servicios públicos.

Así, no hay duda alguna que el cambio y la modificación hecha por el legislador en el año 2009 al numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 no incluyó ningún tipo de limitación respecto a la calidad de los sujetos sobre los cuales aplica la norma sino que, por el contrario, de la lectura literal del texto se desprende que su aplicación sigue destinándose a cualquier sujeto que viole cualquiera de las disposiciones sobre Protección de la Competencia independientemente de su forma o naturaleza jurídica, tal y como se contemplaba en el texto original.

En este orden de ideas, esta Superintendencia se mantiene en su posición de considerar que el desconocer la aplicación de una norma por la sola lectura literal de un título de guía, que incluso ni siquiera está incluido propiamente en el texto modificado del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es desconocer de igual forma la interpretación exegética de la norma desde su origen y la interpretación sistemática con las demás normas que integran el régimen del derecho de la competencia.

Según la interpretación del recurrente, en el presente caso debió aplicarse el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el cual corresponde, según su título, al "*Monto de las Multas a Personas Naturales*". Sin embargo, al respecto debe tenerse en cuenta lo siguiente: **(i)** al igual que lo ocurrido con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en esta norma nunca se ha diferenciado la naturaleza jurídica de las personas a las cuales les aplica las sanciones ahí establecidas, ni en su versión original ni en su versión modificada por el legislador en el año 2009. Así, lo que busca esta norma, es sancionar a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias a las normas de libre competencia, sin importar si dicho "facilitador" es una persona natural o jurídica⁷⁰. **(ii)** Adicionalmente, los supuestos de hecho descritos en cada norma son diferentes. Así, en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se establecen las sanciones para quien viole cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia. Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, está destinado a sancionar a quien colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere el cometimiento de una conducta anticompetitiva.

⁷⁰ Ejemplos actuales de la aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 a una persona jurídica por su actuar como facilitador de una conducta anticompetitiva se encuentran en las Resoluciones No. 71540 de 08 de noviembre de 2017, 71539 del 08 de noviembre de 2017, 71537 del 08 de noviembre de 2017, 71542 del 08 de noviembre de 2017 y 69844 del 19 de septiembre de 2018 (Caso "factoring").

As

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En virtud de lo anterior, debe reiterarse que la conducta por la cual esta Superintendencia sancionó a **LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ**, consistió precisamente en la violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones), razón por la cual debe aplicársele la sanción estipulada en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Por consiguiente, el argumento presentado por el recurrente respecto a la imposibilidad de aplicar la sanción establecida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, carece de sustento alguno.

Finalmente, **SUMITEC** presentó un conjunto de argumentos que, en su opinión, deben llevar a esta Superintendencia a disminuir el monto de la sanción impuesta a la empresa. Como se indicó anteriormente, la empresa aportó sus estados financieros a 2018, precisando que: (i) se llevó a cabo una venta interna entre socios por desconfianza en la sociedad, (ii) los socios aumentaron sus pasivos como mecanismo de financiación, (iii) los ingresos de la empresa aumentaron pero no alcanzaron las proyecciones por afectación a su reputación debido a la investigación por parte de esta Superintendencia, (iv) la utilidad de la empresa es apenas 10% en promedio, (v) el **EBITDA** decreció en 63%, y (vi) la comercialización de suministros es cerca del 12% de los ingresos.

El Despacho reconoce los hechos presentados por el impugnante pero procederá a indicarle las razones por las cuales no se recalculará la multa impuesta.

SUMITEC debe tener presente que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó un análisis de la situación financiera actualizada de la empresa –y no de sus accionistas pues esto no ha dado lugar para el cálculo de la sanción a la empresa– y concluyó que la sanción impuesta no resulta confiscatoria y es adecuada a la conducta infractora del agente de mercado. De hecho, la misma representa menos del 10% del patrimonio y cerca del 2,3% de los ingresos operacionales de la empresa en 2018.

Ahora, si bien es cierto que además de la sanción monetaria existe un impacto reputacional negativo, el mismo no es el resultado de la investigación de esta Superintendencia sino de la conducta reprochable y anticompetitiva que la misma tuvo en el mercado, con lo cual no puede pretenderse que la Superintendencia de Industria y Comercio disminuya el monto de la sanción basándose en este argumento. **MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ** presentó el mismo argumento, el cual se rechaza con fundamento en las razones aquí expuestas.

Por otro lado, tal y como lo indicó en su recurso, **SUMITEC** sí aumentó sus ingresos operacionales de 2017 a 2018, lo cual, independientemente de si los mismos correspondieron o no a las proyecciones realizadas, refleja una actividad creciente de la empresa. En cuanto a las utilidades percibidas por la compañía, así como su **EBITDA**, debe destacarse que no son un criterio de dosificación de la sanción, de acuerdo con el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modifica el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Por todo lo anterior no procede una modificación de la multa impuesta a **SUMITEC** en la Resolución Sancionatoria.

Habida cuenta de la distinción que se ha efectuado en este numeral acerca de las sanciones que proceden en consideración a la calidad de agente de mercado o de persona natural, resulta preciso referirse a la censura presentada por **EL DEPORTISTA**, según la cual, dado que este Despacho no encontró responsable a su representante legal como persona natural (numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), lo que indica que la persona jurídica tampoco lo es (numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009). Nada más alejado de la realidad que tal silogismo, ya que la aplicación de la sanción como agente de mercado no está condicionada a la sanción como persona natural. Dicha sanción no es dependiente la una de la otra, ni tampoco subsidiaria, de modo tal que el archivo de una signifique el archivo de la otra. Por tanto, dicha censura no está llamada a prosperar.

Una última precisión alude a la crítica efectuada por **RICARDO MÉNDEZ MORA**, **HERMES DAVID ARÉVALO PISSA**, **FERRELÉCTRICA**, **TECNIGRUP** y **WILZOR** referida a que la parte resolutoria del acto administrativo ahora recurrido, omitió hacer un pronunciamiento acerca de que de 101 procesos de selección investigados, tan solo fue posible establecer responsabilidad respecto de 10. Sobre este particular, encuentra este Despacho que en la parte considerativa se

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

archivó la investigación en favor de los investigados relacionados con cada uno de los 91 procesos de selección mencionados en la tabla No. 19 de la Resolución 12992 de 2019. A su vez, en la tabla 20 de la misma Resolución, estableció cada uno de los procesos de selección por los cuales cada uno de los investigados en efecto fue sancionado. No obstante haber quedado claramente establecido respecto de qué procesos de selección obró el archivo y de qué otros la sanción, este Despacho procederá a dar cuenta de la decisión de archivo respecto de los 91 procesos de selección contenidos en la tabla 19 en la parte resolutive del presente acto administrativo, conforme lo indicaron los recurrentes.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el **ARTÍCULO SÉPTIMO** de la Resolución 12992 de 2019, en relación con la responsabilidad de **LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 43.047.767, para en su lugar **ARCHIVAR** la investigación en su favor por los motivos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: REVOCAR el numeral 8.5. del **ARTÍCULO OCTAVO** de la Resolución 12992 de 2019.

ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR el numeral 6.7 del **ARTÍCULO SEXTO** de la Resolución 12992 de 2019, en relación con la multa impuesta a **ALMACÉN EL DEPORTISTA S.A.S.**, identificado con NIT 811.005.267-4, por los motivos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución, el cual quedará así:

"6.7. A ALMACÉN EL DEPORTISTA S.A.S., identificado con NIT 811.005.267-4, una multa de CUATROCIENTOS CATORCE MILLONES CINCUENTA Y OCHO MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$414.058.000.00) equivalentes a QUINIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (500 SMLMV)."

ARTÍCULO CUARTO: ACLARAR que se ordena el **ARCHIVO** de la investigación respecto tanto de los agentes de mercado, como de las personas naturales, por los procesos que se condensan en la tabla que se presenta a continuación:

	NÚMERO DE PROCESO	ENTIDAD CONTRATANTE	PRESUPUESTO OFICIAL
1	PN DEMET SA 06- 2014	POLICÍA NACIONAL- DEPARTAMENTO DE POLICÍA META	\$367.227.611
2	15000178 OI	AERONÁUTICA CIVIL (AEROCIVIL)	\$200.000.000
3	002-167	AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES (ALFM)	\$28.752.073.170
4	SU-005-2014	ALCALDÍA DE FUSAGASUGÁ	\$45.999.020
5	FDLC-SASI-049-2014	ALCALDÍA MAYOR DE BOGOTÁ – ALCALDE LOCAL DE LA CANDELARIA	\$32.259.642
6	YCA-SG-SA-025-2014	ALCALDÍA MUNICIPAL DE YOPAL	\$400.000.000
7	SASI-OOPP080-2015	ANTIOQUIA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE CAMPAMENTO	\$251.922.300
8	09-00-30-22-173-14	ANTIOQUIA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE ENVIGADO	\$220.000.000
9	09-00-30-22-044-15	ANTIOQUIA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE ENVIGADO	\$1.380.548.575
10	09-00-30-22-130-15	ANTIOQUIA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE ENVIGADO	\$569.758.892
11	09-00-30-22-132-15	ANTIOQUIA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE ENVIGADO	\$1.074.273.391
12	09-00-30-22-033-15	ANTIOQUIA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE ENVIGADO	\$118.974.214
13	4480	ANTIOQUIA – GOBERNACIÓN	\$4.849.935.580
14	4731	ANTIOQUIA – GOBERNACIÓN	\$1.572.586.073

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	NÚMERO DE PROCESO	ENTIDAD CONTRATANTE	PRESUPUESTO OFICIAL
15	SA-015-2016	ANTIOQUIA – INSTITUTO DE DEPORTES Y RECREACIÓN DE MEDELLÍN – INDER MEDELLÍN	\$1.304.888.182
16	SASI-006-2015	ANTIOQUIA – INSTITUTO SOCIAL DE VIVIENDA Y HÁBITAT DEL MUNICIPIO DE MEDELLÍN ISVIMED	\$156.055.704
17	SA 02 DE 2015	ANTIOQUIA – INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO – MEDELLÍN	\$197.600.000
18	120-ARC-DIABA-2015	ARMADA NACIONAL DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA	\$83.884.590
19	CONVOCATORIA PUBLICA 01 DE 2015	AUDITORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA (AGR)	\$47.570.372
20	SASIP-01-2014	AUTORIDAD NACIONAL DE ACUICULTURA Y PESCA	\$42.805.615
21	FDLSF-SASI-047-2015	BOGOTÁ D.C. – ALCALDÍA LOCAL DE SANTA FÉ	\$50.000.000
22	CB-SASI-32-2016	BOGOTÁ D.C. – CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C.	\$157.541.947
23	IDIGER-SA-SI-011-2015	BOGOTÁ D.C. – INSTITUTO DISTRITAL DE GESTIÓN DE RIESGOS Y CAMBIO CLIMÁTICO – IDIGER	\$98.000.000
24	IDARTES-SA-SI-006-2016	BOGOTÁ D.C. – INSTITUTO DISTRITAL DE LAS ARTES IDARTES	\$360.000.000
25	SASI 004-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE DESARROLLO ECONÓMICO	\$63.440.000
26	SED-SA-SI-DDE-032-2014	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN	\$108.988.875
27	SED-SA-SI-DDE-040-2014	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE EDUCACIÓN	\$441.231.200
28	SDIS-SASI-003-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL	\$3.808.212.951
29	SDIS-SASI-020-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL	\$87.368.585
30	SDIS-SASI-022-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL	\$124.041.840
31	SCRD-SASI-001-057-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE CULTURA, RECREACIÓN Y DEPORTE	\$48.884.195
32	SDM-PSA-SI-057-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DE MOVILIDAD	\$110.000.000
33	SDHT-SA-BSCTU-005-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA DISTRITAL DEL HÁBITAT	\$200.206.416
34	SGA-AB-22-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA GENERAL ALCALDÍA MAYOR	\$35.990.431
35	SGA-AB-08-2015	BOGOTÁ D.C. – SECRETARÍA GENERAL ALCALDÍA MAYOR	\$129.722.060
36	ALM_SAMC_SI_003_2015	BOYACÁ – ALCALDÍA MUNICIPIO DE ALMEIDA	\$278.028.000
37	SA-SI-AMT-09-2015	BOYACÁ – ALCALDÍA MUNICIPIO DE TUNJA	\$205.702.400
38	PSA04-14	CAJA DE SUELDOS DE RETIRO DE LA POLICÍA NACIONAL	\$70.000.000
39	INV-SA-006-2015	CALDAS – INSTITUTO DE VALORIZACIÓN DE MANIZALES	\$800.767.066
40	210CGFM DEL 2015	COMANDO GENERAL DE LAS FUERZAS MILITARES	\$1.357.138.479
41	009-2015	CORNARE – CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE LAS CUENCAS DE RÍOS NEGRO Y NARE	\$1.224.323.750
42	CONV-SASIP-011-2015	CUNDINAMARCA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE CHÍA	\$542.898.320
43	SIP 09 -2015	CUNDINAMARCA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE FUNZA	\$200.000.000
44	SIP-19-2015	CUNDINAMARCA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE FUNZA	\$335.000.000

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	NÚMERO DE PROCESO	ENTIDAD CONTRATANTE	PRESUPUESTO OFICIAL
45	028-2015	CUNDINAMARCA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE SOACHA	\$207.550.000
46	002-2015	CUNDINAMARCA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE SOACHA	\$130.000.000
47	SA 012 MT 2015	CUNDINAMARCA – ALCALDÍA MUNICIPIO DE TOCANCIPÁ	\$93.000.000
48	S.A. 004 – 2014	CUNDINAMARCA – INSTITUTO MUNICIPAL PARA LA RECREACIÓN Y EL DEPORTE CUNDEPORTES	\$243.500.000
49	24-14	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA	\$109.585.381
50	SI-14-2015	DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO PARA LA PROSPERIDAD SOCIAL (DPS)	\$762.000.000
51	SI_001 DE 2014	DIRECCIÓN ADMINISTRATIVA DE LA CÁMARA DE REPRESENTANTES	\$196.979.148
52	PN DIBIE SA 093 2015	DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL (PONAL)	\$243.980.000
53	PN DIBIE SA 100 2014	DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL (PONAL)	\$195.400.000
54	PN DEANT SA 015 2015	DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL (PONAL)	\$329.660.000
55	PN DECUN SA 056 2015	DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL (PONAL)	\$87.600.000
56	PN ESJIM SA 010 2015	DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL (PONAL)	\$111.274.982
57	PN DIRAN SA 014 2016	DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL (PONAL)	\$80.000.000
58	PN DIRAN SA 021 2016	DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL (PONAL)	\$1.021.320.651
59	PN DISAN SA 017 2015	DIVISIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL	\$144.354.771
60	PN DISAN 012 2016	DIVISIÓN DE SANIDAD DE LA POLICÍA NACIONAL	\$100.000.000
61	025-BAABS1-2015	EJÉRCITO NACIONAL	\$100.000.000
62	405-CENACPA-2015	EJERCITO NACIONAL	\$380.000.000
63	231-CENACPA-2014	EJÉRCITO NACIONAL CENTRAL ADMINISTRATIVA Y CONTABLE - PUENTE ARANDA	\$208.658.208
64	PN ESVEL SA 04 - 2014	ESCUELA DE CARABINEROS DE LA PROVINCIA DE VÉLEZ	\$180.431.961
65	FGN-022-2015	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (FGN)	\$108.005.200
66	21	FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, SUBDIRECCIÓN SECCIONAL DE APOYO A LA GESTIÓN DE CUNDINAMARCA	\$402.298.639
67	212-00-A-COFAC-GRUACO-2014	FUERZA AÉREA COLOMBIANA	\$357.376.000
68	034-sg-2014	INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES	\$184.109.760
69	SA055 DE 2014	INSTITUTO NACIONAL DE VIGILANCIA DE MEDICAMENTOS Y ALIMENTOS (INVIMA)	\$286.460.952
70	SUBASTA INVERSA No 09 2015	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC)	\$419.535.572
71	0002 de 2016	INSTITUTO NACIONAL PENITENCIARIO Y CARCELARIO (INPEC)	\$219.691.470
72	SA-03-2014	INSTITUTO TECNOLÓGICO METROPOLITANO INSTITUCIÓN UNIVERSITARIA	\$450.000.000
73	DAJ - SASI 050 DE 2014	MUNICIPIO DE ARMENIA	\$156.812.320
74	SP-005-2014	MUNICIPIO DE COTA	\$300.000.000
75	SIP-015-2014	MUNICIPIO DE FUNZA	\$58.016.334

Ag

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	NÚMERO DE PROCESO	ENTIDAD CONTRATANTE	PRESUPUESTO OFICIAL
76	052 DE 2014 MOSQUERA	MUNICIPIO DE MOSQUERA	\$66.000.000
77	SI 006-2015	NORTE DE SANTANDER - ALCALDÍA MUNICIPIO DE SARDINATA	\$319.681.102
78	S.I 011 DE 2014	RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO - CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA SALA ADMINISTRATIVA	\$123.420.100
79	SI-SA-011-2014	SANTANDER - ÁREA METROPOLITANA DE BUCARAMANGA	\$342.235.538
80	SE-SIE.009-2014	SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA	\$1.497.016.000
81	SDIS-SASI.001 de 2014	SECRETARÍA DISTRITAL DE INTEGRACIÓN SOCIAL	\$4.260.000.000
82	SGA-AB-17-2014	SECRETARÍA GENERAL DE LA ALCALDÍA DE BOGOTÁ	\$224.509.446
83	CDHC-009-2015	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	\$232.983.928
84	SI CEET-021-2016	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	\$282.042.550
85	SI DRA-009-2016	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	\$92.255.769
86	SI CDAE-014-2016	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	\$198.599.905
87	SI DRA-019-2016	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	\$97.917.000
88	SI CDTCI-SI-076-2014	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE SENA - REGIONAL QUINDÍO	\$930.860.396
89	SI-URT-27-2014	UNIDAD DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS (URT)	\$773.000.000
90	4122.0.32.044-2014	VALLE DEL CAUCA - ALCALDÍA MUNICIPIO DE CALI	\$463.478.279
91	4143.004.13.001-2015	VALLE DEL CAUCA - INSTITUCIÓN EDUCATIVA TÉCNICO INDUSTRIAL ANTONIO JOSÉ CAMACHO - CALI	\$688.707.609

ARTÍCULO QUINTO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019.

ARTÍCULO SEXTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a COLOMBIA FERRELÉCTRICA S.A.S., TECNIGRUP S.A.S., WILZOR S.A.S., RICARDO MÉNDEZ MORA, TECNOLOGÍA MODULAR S.A.S., AMERICANA DE INFLABLES Y SUMINISTROS S.A.S., ALMACÉN EL DEPORTISTA S.A.S., ARTES GRÁFICAS LITOEMPASTAR S.A.S., COMERCIALIZADORA INTEGRAL BDT S.A.S., COMERCIALIZADORA SUMITEC KARCH LTDA, DELGADO Y VERGARA S.A.S., DIVISER S.A.S., INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S., INVERSIONES RIME S.A.S., INVERSIONES Y CONTRATOS ND S.A.S., GRUPO EMPRESARIAL SPORTECH S.A.S., SUMINISTROS MAYBE S.A.S., ADRIANA MARÍA OCHOA DE HURTADO, LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ, SISTERED S.A.S., CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO, REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ, RODOLFO MÉNDEZ MORA, CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ, LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ y HERMES DAVID ARÉVALO PISSA, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO SÉPTIMO: COMUNICAR la presente Resolución a la SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA DEL CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE CUNDINAMARCA, la CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA, la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, COLOMBIA COMPRA EFICIENTE y las Cámaras de Comercio de las ciudades en donde las sociedades sancionadas se encuentren registradas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASEDada en Bogotá D.C., a los **09 AGO 2019****EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**
ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: A. Garcia / C. Lemus
Revisó: A. Pérez
Aprobó: A. Barreto

NOTIFICAR**ALMACÉN EL DEPORTISTA S.A.S.**

NIT 811.005.267-4

Apoderada

EMIRIS NOVOA DITTA

C.C. 36.676.150

T.P. 269.672 del C.SJ

Calle 23 No. 68-50 Oficina. 2-904

BOGOTÁ D.C.

defensajuridicanacional@gmail.com**CARLOS ALEXANDER PAREDES RAMÍREZ**

C.C. 13.514.322

Apoderado

CRISTIAN EDUARDO GONZÁLEZ TRIANA

C.C. 79.707.773

T.P. 177.744 del C.S.J.

Carrera 87 No. 17-35 / 101-6

BOGOTÁ D.C

Cristian-gonzalez triana74@gmail.com**GRUPO EMPRESARIAL SPORTECH S.A.S.**

NIT 900.843.752-2

Apoderada

YAZMÍN SUAREZ PARRA

C.C. 37.618.986

T.P. 321.488 del C.S.J.

Carrera 20 # 116 - 37 Apartamento 403 Edificio Setai

BOGOTÁ D.C.

sportechsas@gmail.com**WILZOR S.A.S.**

NIT 900.580.588-0

TECNIGRUP S.A.S.

NIT 900.580.570-9

COLOMBIA FERRELÉCTRICA S.A.S.

NIT 900.580.800-8

RICARDO MÉNDEZ MORA

C.C. 79.649.317

HERMES DAVID ARÉVALO PISSA

C.C. 80.904.316

Apoderada

JOHNATAN MAURICIO HERRERA MORENO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

C.C. 1.020.743.019
T.P. 294.146 del C.S.J.
Calle 147 No. 12 – 52 Apartamento 301 edificio Portobello
BOGOTA D.C.
jonatronick2327@hotmail.com

SUMINISTROS MAYBE S.A.S.

NIT. 800.154.801-6

LUZ MARINA MEJÍA PÉREZ

C.C. 43.047.767

Apoderado

EDGAR GUTIÉRREZ MUNERA

CC. 70.066.891

T.P. 27600 del C.SJ

gmabogados@une.net.co

maybe@une.net.co

TECNOLOGÍA MODULAR S.A.S.

NIT 900.580.736-4

ARTES GRAFICAS LITOEMPASTAR S.A.S.

NIT 811.003.705-1

DIVISER S.A.S.

NIT 811.028.699-1

Apoderado

SANTIAGO GÓMEZ RÍOS

C.C. 1.037.612.263

T.P. 236.381 del C.S.J

Carrera 43 a No. 6 Sur – 15 C.C Oviedo Oficina 329

MEDELLÍN-ANTIOQUIA

sgomez@esleg.com

AMERICANA DE INFLABLES Y SUMINISTROS S.A.S.

NIT 900.906.222-2

REINALDO BUITRAGO RODRÍGUEZ

C.C. 7.314.524

Apoderada

ANGIE JULIETT ROJAS MILLÁN

C.C. 52.958.708

T.P. 218.944 del C.S.J.

angiejuliett@gmail.com

SISTERED S.A.S.

NIT 830.064.513-2

Apoderado

NESTOR OCTAVIO AYERDE PADILLA

C.C. 80.233.184

T.P. 311.085 del C.S.J

Av. Calle 19 No. 3-50 Oficina 13-03

BOGOTÁ D.C.

wilsonriveraabogado@hotmail.com

INVERSIONES Y CONTRATOS ND S.A.S.

NIT 900.339.581-9

Apoderado

DANIEL PEÑARREDONDA

C.C. 84.454.685

T.P. 153.753 del C.S.J

Carrera 13 No. 82-91 pisos 5 y 6

BOGOTÁ D.C.

danielp@lawyersenterprise.com; dianagonzalez@lawyersenterprise.com

INVERSIONES RIME S.A.S.

NIT 900.125.810-1

COMERCIALIZADORA INTEGRAL BDT S.A.S.

NIT 900.247.798-4

RODOLFO MÉNDEZ MORA

C.C. 79.645.769

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Apoderado

TULIO EDUARDO SARMIENTO ROMERO

C.C. 79.047.750

T.P. 55.511 del C.S.J

Avenida Esperanza No. 43 a – 66

BOGOTÁ D.C

rimealda@hotmail.com; vindexsa@gmail.com

INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S.

NIT 890.907.052-6

Apoderada

ÁNGELA PATRICIA RAMÍREZ GIRALDO

C.C. 39.435.755

T.P. 55.482 del C.S.J

Calle 6 Sur No. 43 A – 254 Oficina 303

MEDELLÍN- ANTIOQUIA

contabilidad@offline.com.co

COMERCIALIZADORA SUMITEC KARCH LTDA.

NIT 900.305.433-0

Apoderado

ANDRES RICARDO SAMPER FAJARDO

C.C. 80.815.700

T.P. 175.257 del C.S.J.

Calle 127 D No. 57 B 22 Oficina 102

BOGOTÁ D.C.

Andressamper.abogado@gmail.com

DELGADO Y VERGARA S.A.S.

NIT 811.000.113-6

Apoderado

LEÓN GUILLERMO NAVARRO GIRALDO

C.C. 70.050.660

T.P. 71022 del C.S.J

Carrera 70 No. 43 – 42 oficina 317

MEDELLÍN - ANTIOQUIA

delverglicitaciones@gmail.com

LUIS FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ - FERDIESEL

C.C. 71.692.208

Apoderado

LUIS RAMIRO ESCANDÓN HERNÁNDEZ

C.C. 79.486.050

T.P. 72.524 del C.S.J.

Calle 87 No. 10-93 Oficina 703

BOGOTÁ D.C.

info@escanherabogados.com

MARÍA TERESA GIL HERNÁNDEZ

C.C. 43.825.814

Apoderada

ANDREA MARÍA VELÁSQUEZ ORTIZ

C.C. 43.616.014

T.P. 187.639 del C.S.J.

Calle 49 No. 50-21 Oficina 1707

MEDELLÍN-ANTIOQUIA

solujuridicas@hotmail.com

CAROLINA ESTHER GONZÁLEZ MARRUGO

C.C. 30.840.585

Apoderado

JORGE FORERO DELGADILLO

C.C. 79.469.740

T.P. 94.748 del C.S.J.

Calle 87 No. 19A-27 Oficina 502

BOGOTÁ D.C.

Jorgeforerod8415@gmail.com

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ADRIANA MARÍA OCHOA DE HURTADO / DOTACIONES Y SUMINISTROS CHANA

C.C. 43.012.303

Calle 49 # 42 - 19 Apto 202

MEDELLÍN – ANTIOQUIA

suministroschana@yahoo.es

COMUNICAR**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

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

BOGOTÁ D.C.

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA

Carrera 69 No. 44 – 35

BOGOTÁ D.C.

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE

Carrera 7 No. 26 – 20 Piso 17, 10 y 8

BOGOTÁ D.C.

CONSEJO SECCIONAL DE LA JUDICATURA DE CUNDINAMARCA**SALA JURISDICCIONAL DISCIPLINARIA**

Calle 85 No. 11 – 96

BOGOTÁ D.C.

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA

Calle 67 No. 8 – 32

BOGOTÁ D.C.

CAMARA DE COMERCIO DE MEDELLÍN

Calle 53 No. 45 – 77

MEDELLÍN – ANTIOQUIA

CAMARA DE COMERCIO DE PEREIRA

Carrera 8a No. 23 – 09

PEREIRA - RISARALDA