



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

RESOLUCIÓN **№ 59833** DE 2019

( **05 NOV 2019** )

Radicación: 15-81775

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

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

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 42216 del 3 de septiembre de 2019 (en adelante “Resolución Sancionatoria” o “Resolución No. 42216 de 2019”), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **COSEQUÍN LIMITADA** (en adelante “**COSEQUÍN**”) y **SEGURIDAD SAN MARTÍN LIMITADA** (en adelante “**SAN MARTÍN**”), por haber incurrido en las conductas infractoras del régimen de protección de la libre competencia económica previstas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones públicas).

De igual forma, la Superintendencia de Industria y Comercio sancionó a **JHON RÍOS MOLINA** (representante legal y socio de **COSEQUÍN**) y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**), por haber incurrido 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 ejecutar y facilitar las conductas anticompetitivas violatorias del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, **COSEQUÍN**, **JHON RÍOS MOLINA** (representante legal y socio de **COSEQUÍN**), **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) interpusieron recursos de reposición contra dicho acto administrativo<sup>2</sup>.

A continuación, se expondrán los principales puntos de los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

**2.1. Argumentos planteados por COSEQUÍN y JHON RÍOS MOLINA**

- La Superintendencia de Industria y Comercio perdió su facultad sancionatoria por ocurrencia del fenómeno de la caducidad.
- Los mercados investigados no fueron “*impactados*” ni “*afectados*” por las conductas investigadas.
- La conducta investigada nunca tuvo la “*intención*” de vulnerar los principios de igualdad y de selección objetiva.
- En la dosificación de la sanción frente al criterio del impacto de la conducta no se realizó una adecuada valoración del material probatorio obrante en el Expediente.
- Al analizar el numeral 3 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 la Superintendencia de Industria y Comercio no valoró ni acreditó el nivel de beneficio obtenido por **COSEQUÍN**, el cual no es otro que el factor económico.

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

<sup>2</sup> Folios 5266 a 5307 del cuaderno público No. 28 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 15-81775, en adelante el “Expediente”.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- La Superintendencia de Industria y Comercio en el análisis de la dimensión del mercado afectado desconoció que no existió afectación al mercado.

## 2.2. Argumentos presentados por **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ**

- Se violó el derecho al debido proceso por irregularidades en la recaudación de las pruebas que obran en el Expediente.
- La conducta de los investigados no fue significativa.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no probó la existencia de un elemento anticompetitivo en el acuerdo que existió entre los sancionados.
- La colaboración prestada recayó sobre elementos accesorios al servicio de vigilancia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no probó la restricción de la competencia en cada uno de los procesos de selección investigados.
- **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) no puede ser sancionado porque no era consciente de la ilegalidad de su conducta y no actuó con culpa ni dolo.
- En relación con la graduación de la sanción a **SAN MARTÍN**, la Superintendencia de Industria y Comercio: **(i)** al evaluar el impacto de la conducta desconoció que el acuerdo de colaboración de los sancionados no tenía la capacidad de afectar los procesos de selección; **(ii)** en relación con la dimensión del mercado valoró erróneamente este criterio, puesto que el mismo no hace referencia al alcance de la afectación producida por la conducta, sino a la dimensión (tamaño) del mercado; **(iii)** en relación con el beneficio obtenido con la conducta, violó el principio de necesidad de la prueba al no aportar ningún dato numérico o fáctico que permita evaluar algún beneficio; y **(iv)** no reconoció la colaboración total y desprevenida que brindó **SAN MARTÍN**.
- En relación con la graduación de la sanción a **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**), la Superintendencia de Industria y Comercio: **(i)** no reconoció a favor de este que cesó la conducta infractora al recibir la visita administrativa; **(ii)** en la evaluación del impacto de la conducta no se consideró que la misma no tuvo la capacidad suficiente para alterar los procesos de selección; **(iii)** frente a la conducta procesal omitió que las declaraciones y la información entregada por **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** fue el sustento con el cual la Delegatura pudo realizar la acusación.
- Al tasar la multa con un porcentaje del patrimonio de cada sancionado, se empleó un criterio de “*capacidad contributiva*”, desconociendo que la multa corresponde a un número específico de salarios mínimos dentro de un tope.

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

En este sentido, las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio pretenden proteger un derecho colectivo de rango constitucional que le pertenece a todos y cada uno de los ciudadanos,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

incluyendo a consumidores finales y a empresarios, que incluso también pueden ostentar la calidad de "consumidores" en algún punto de la cadena de valor a la luz de lo establecido en el régimen de protección de la libre competencia económica.

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

Adicionalmente, en las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las economías con mercados domésticos competitivos tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia<sup>3</sup>.

De acuerdo con la OCDE<sup>4</sup>:

*"Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).*

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

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

*Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios"<sup>5</sup>.*

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

En últimas, la sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas derivan en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En

<sup>3</sup> Centre for Competition, Investment, and Economic Regulation, "Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?" No. 4. 2008. Citado en: Consejo Privado de Competitividad. "Informe Nacional de Competitividad 2011-2012". Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia" 2012.

<sup>4</sup> OCDE corresponde a la sigla en español para *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

<sup>5</sup> OCDE. "Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia". 2014. Págs. 2 y 3.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial.

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

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

Por otro lado, la libre competencia económica genera eficiencia económica, lo cual parte de la base de que los recursos que la sociedad tiene para adquirir bienes y servicios serán siempre recursos limitados. Así, la eficiencia económica consiste en poder adquirir cada vez más y mejores bienes con esos siempre escasos recursos. Cuando hay sectores con problemas de competencia, se extraen ilegítimamente rentas de la economía que terminan acaparadas por los miembros de las prácticas anticompetitivas. Por el contrario, si hay mercados competitivos, los ciudadanos podrían destinar sus recursos limitados a adquirir más o diferentes bienes y, por la otra parte, los empresarios podrían contar con más consumidores dispuestos a adquirir los bienes y servicios que producen.

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

Ha dicho la Superintendencia de Industria y Comercio al respecto:

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

(...)

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

*En conclusión, el término consumidor en el análisis de prácticas restrictivas de la competencia no es equivalente al establecido en el Estatuto del Consumidor, e incluye*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción*"<sup>6</sup>.

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

*"En este sentido debe recordarse que el propósito de las leyes de intervención "no es tanto controlar a las empresas, cuanto proteger a la sociedad en la ejecución de actividades que resultan esenciales para la vida y el bienestar de aquella". Asimismo, es necesario reiterar que la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, **desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos**"<sup>7</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

De tal manera, los fines y propósitos perseguidos en este tipo de actuaciones conforme con la Constitución y la ley no son otros que la protección del derecho colectivo de la libre competencia económica y, con ello, la protección de la columna vertebral de la economía social de mercado y del bienestar general de los consumidores, entendidos por tales todos los agentes económicos que adquieren un determinado bien o servicio, incluido el Estado, cuando adelanta procesos de contratación para adquirir bienes y servicios que satisfagan sus necesidades.

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

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

Así las cosas, lo que resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (*bid rigging* o *collusive tendering* en inglés) y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado<sup>8</sup>:

*"Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia". En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal*"<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

<sup>7</sup> Corte Constitucional, sentencia C-172 de 2014, M.P: Jorge Iván Palacio Palacio.

<sup>8</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>9</sup> Cita dentro de la cita: Cfr. OCDE, "Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia", Página 9 "It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado".*

Tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades<sup>10</sup>, la colusión en la contratación estatal puede producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: **(i)** limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; **(ii)** el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; **(iii)** se generan asimetrías de información entre los proponentes; **(iv)** pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; **(v)** se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

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

No está de más recordar en este punto que cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal<sup>11</sup>.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta de la existencia de un acuerdo colusorio entre **COSEQUÍN** y **SAN MARTÍN** que tenía como propósito el aumentar su probabilidad de éxito frente a los procesos de selección a los que se presentarían.

Así, se evidenció que los sancionados desarrollaron e implementaron un esquema de colaboración mediante el cual coordinaban su participación en procesos de contratación públicos y aumentaban las probabilidades de ser adjudicatarios en los mismos. Dicho esquema se materializó sistemáticamente en las diferentes etapas de por lo menos ocho (8) procesos de contratación durante 2013 a 2015, a saber: **(i)** en la identificación de los procesos; **(ii)** en la obtención de documentos, formulación de las ofertas y su presentación; y **(iii)** en la realización de todos los trámites posteriores, tales como la subsanación de las ofertas y la presentación de observaciones. Así mismo, se probó que la finalidad pretendida con el mismo era actuar en bloque en los procesos de selección para tener "*una oportunidad más*" de ser adjudicatarios y, que de resultar **SAN MARTÍN** adjudicatario en los procesos de selección, el esquema anticompetitivo comprendía el pago de una contraprestación económica en favor de **COSEQUÍN**.

*and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."*

<sup>10</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

<sup>11</sup> "Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia. <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

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

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En este orden de ideas, el Despacho pasará a dar respuesta a los argumentos de los investigados en sus recursos de reposición.

### **3.2. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la violación del debido proceso por presuntas irregularidades en la obtención del material probatorio**

**SAN MARTÍN y ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) manifestaron en su recurso de reposición que se violó el debido proceso porque se presentaron unas presuntas irregularidades en relación con las pruebas recaudadas durante la averiguación preliminar y en la fase de investigación.

Estos argumentos deben ser rechazados en razón a que la oportunidad para ser alegados se encuentra precluida conforme a lo previsto en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, el cual es claro en señalar que:

*“Artículo 21. Vicios y Otras Irregularidades del Proceso. Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3° del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa”.*

De la lectura de este artículo se concluye que los vicios o irregularidades relacionados con el trámite del proceso deben alegarse antes del inicio del traslado a los investigados del Informe Motivado. La norma es clara en señalar que, si no se proponen antes de acaecida esa circunstancia se tendrán por saneados, a menos que el vicio o irregularidad que se alegue ocurra con posterioridad al referido traslado, caso en el cual deben ser alegados dentro del término para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa, en este caso la Resolución Sancionatoria.

Frente a los términos consagrados en la ley procesal cabe reiterar que la Corte Constitucional ha establecido que:

*“Por regla general, los términos son perentorios, esto es, improrrogables y su transcurso extingue la facultad jurídica que se gozaba mientras estaban aún vigentes”<sup>12</sup>.*

En igual sentido,

*“La consagración de términos perentorios y, en mayor medida, su estricta aplicación por parte del juez y los auxiliares de justicia -lo cual se traduce, entre otros, en el deber de rechazar las demandas presentadas en forma extemporánea-, en nada contradice la Carta Política. Por el contrario, busca hacer efectivos los derechos de acceso a la administración de justicia y el debido proceso, así como los principios de celeridad, eficacia, seguridad jurídica y prevalencia del derecho sustancial sobre las formalidades propias de cada proceso, en la medida en que asegura que éste se adelante sin dilaciones injustificadas, como lo ordena el artículo 29 de la Carta Política, en armonía con el 228 ibídem, que establece que los términos deben ser observados con diligencia, tanto por los funcionarios judiciales como por las partes involucradas”<sup>13</sup>.*

En la misma línea,

*“Sabido es, que “la preclusión” es uno de los principios fundamentales del derecho procesal y que en desarrollo de éste se establecen las diversas etapas que han de cumplirse en los diferentes procesos, así como la oportunidad en que en cada una de ellas deben llevarse a cabo los actos procesales que le son propios, transcurrida la cual no pueden adelantarse. En razón a éste principio es que se establecen términos dentro de los cuales se puede hacer uso de los recursos de ley, así mismo, para el ejercicio de ciertas acciones o recursos extraordinarios, cuya omisión genera la caducidad o prescripción como sanción a la*

<sup>12</sup> Corte Constitucional, sentencia C-012 de 2002, MP: Jaime Araujo Rentería.

<sup>13</sup> Ibídem.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*inactividad de la parte facultada para ejercer el derecho dentro del límite temporal establecido por la ley*<sup>14</sup>.

Por último, en reciente providencia, la Sección Tercera (Subsección B) del Consejo de Estado estableció que:

*“De conformidad con lo expuesto hasta aquí es claro que, en relación con la interposición de los recursos y demás actuaciones procesales, la libertad que tienen las partes para ejercer su derecho a la defensa está sujeta al cumplimiento de los términos que el legislador ha previsto para cada uno de ellos, en razón a que una libertad indefinida en el tiempo atenta contra la necesidad de garantizar la existencia de un orden jurídico estable”*<sup>15</sup>.

En línea con lo anterior, esta Superintendencia se ha referido en diferentes ocasiones sobre la procedencia de la norma citada, en los siguientes términos:

*“Con fundamento en la disposición legal descrita, es importante tener en cuenta los siguientes aspectos:*

*a) La norma prevé que para su aplicación debe presentarse un vicio o irregularidad en la actuación administrativa.*

*b) Igualmente dispone el artículo 21 de la Ley 1340, que el vicio puede presentarse durante la etapa de investigación antes del traslado del Informe Motivado al Superintendente de Industria y Comercio o con posterioridad al mismo traslado (etapa de decisión).*

*c) La distinción descrita en el literal anterior, marca una pauta respecto de: (i) el funcionario competente para resolver la petición, (ii) el momento procesal para alegar el vicio o irregularidad y (iii) los efectos relacionados con la inoportuna alegación de una nulidad.*

*d) El inciso segundo de la norma consagra la posibilidad de resolver la nulidad en cualquier etapa de la investigación, dándole competencia tanto al Delegado, para resolverlas durante la instrucción y al Superintendente para resolverlas con posterioridad al traslado del Informe Motivado y si es del caso, en la decisión que ponga fin a la actuación administrativa o, incluso, al momento de resolver los recursos en vía gubernativa, cuando el supuesto vicio se presente con posterioridad al traslado del Informe Motivado.*

*e) La norma anterior, tiene el carácter de especial, por cuanto regula de manera específica el trámite de las investigaciones por violaciones al régimen de protección de la competencia, de manera tal que su aplicación será preferente a las normas de procedimiento administrativo generales contenidas en el Código Contencioso Administrativo”*<sup>16</sup>.

Así las cosas, los presuntos vicios e irregularidades expuestos en el recurso de reposición se refieren a circunstancias ocurridas durante la averiguación preliminar, puntualmente durante las visitas administrativas adelantadas por la Delegatura y en la fase de investigación – la ratificación de **SAN MARTÍN** y la declaración de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**), diligencias que se realizaron el día 28 de agosto de 2017-. De modo que, la oportunidad para ser alegados, es decir, antes del inicio del traslado al investigado del Informe Motivado presentado por la Delegatura -el cual se comunicó el 26 de diciembre de 2017-, ya se encuentra vencida. Lo anterior, por cuanto el argumento se planteó en el recurso contra la Resolución Sancionatoria radicado el 25 de septiembre de 2019 y, por consiguiente, la solicitud deviene extemporánea y los presuntos vicios e irregularidades se encuentran saneados.

### **3.3. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la falta de significatividad de la conducta**

**SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) manifestaron en su recurso de reposición que no se cumplió con el requisito de significatividad exigido en la ley de libre competencia.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, auto A-232 de 2001, MP: Jaime Araujo Rentería.

<sup>15</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera-Subsección B, auto del 7 de noviembre de 2018, Rad. 12250, CP: Marta Nubia Velásquez Rico (E).

<sup>16</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 71794 de 2011.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, este Despacho debe manifestar que, tal y como lo ha reiterado esta Entidad en diferentes ocasiones, el análisis de significatividad de la conducta tiene relevancia solamente en el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia toma la decisión de iniciar o no una investigación administrativa, sin que en nada cambie el posible carácter ilegal de la conducta analizada. De hecho, esta postura fue indicada al recurrente en la Resolución Sancionatoria en los siguientes términos:

*"Sobre este punto, para este Despacho resulta importante recordar que el análisis de significatividad de la conducta tiene relevancia solamente en el momento en que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia toma la decisión de iniciar o no una investigación administrativa, y en nada cambia el carácter ilegal de la misma. Así las cosas, es posible afirmar que el estudio de este elemento ya tuvo lugar en la presente actuación administrativa, y que en virtud de ello procedía la expedición de la correspondiente Resolución de Apertura de Investigación por parte de la Delegatura"*<sup>17</sup>.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el parágrafo del artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 establece lo siguiente:

**"PARÁGRAFO.** *La Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los propósitos de que trata el presente artículo al momento de resolver sobre la significatividad de la práctica e iniciar o no una investigación, sin que por este solo hecho se afecte el juicio de ilicitud de la conducta"*.

De esta forma, este Despacho reitera que siendo la significatividad un requisito de procedibilidad que debió haber sido discutido al momento de iniciar la presente investigación, se resalta que este no es el momento procesal para hacerlo, razón por la cual deben descartarse los argumentos de **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**).

### **3.4. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la presunta inexistencia de prueba del acuerdo anticompetitivo**

**SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) manifestaron en su recurso de reposición que el material probatorio sustento de la Resolución Sancionatoria "no define cuál fue el elemento anticompetitivo" de la colaboración entre los sancionados. Adicionalmente, señalaron (i) que se omitió tener en consideración que "la gran mayoría de la información que se maneja en los procesos de selección contractual del servicio de vigilancia es pública" y (ii) que la colaboración de **COSEQUÍN** "no recayó sobre las decisiones de **SAN MARTÍN** con relevancia en la competencia", a saber: decidir participar en un proceso de selección y decidir la oferta económica. Además, en relación con la oferta económica indicaron que no se realizó una evaluación integral del material probatorio al no considerar las declaraciones rendidas en la fase de investigación.

Respecto a lo anterior, este Despacho encontró demostrado en el Expediente diferentes elementos de contexto y prueba que permitieron concluir la existencia de un acuerdo anticompetitivo colusorio entre los sancionados. A continuación, se presentan estos elementos:

(i) Este Despacho evidenció la existencia de relaciones preexistentes entre los sancionados, las cuales permitieron contextualizar la relación entre estos. Por ejemplo, **COSEQUÍN** alegó mediante radicado No. 15-081775<sup>18</sup> la relación de los procesos de selección contractual en los que participó desde el año 2013, de la cual puede apreciarse que **COSEQUÍN** y **SAN MARTÍN** participaron como proponentes plurales en por los menos 26 procesos de selección adelantados por distintas entidades estatales en el periodo 2013-2015.

Sobre este punto, este Despacho reitera lo dicho en la Resolución Sancionatoria:

*"(...) que las relaciones preexistentes entre los oferentes en un proceso de selección, sean estas personales o profesionales, no son censurables por sí mismas. En efecto, no solo es natural y legal que empresas que hayan participado en calidad de consorcios o uniones temporales en diferentes procesos de selección, se presenten en procesos posteriores como competidores, sino que es una práctica altamente común. De tal suerte, no debe*

<sup>17</sup> Folio 5226 del cuaderno público No. 28 del Expediente.

<sup>18</sup> Folio 3288 del cuaderno reservado No. 1 "Visita - Cosequin" del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*entenderse bajo ningún punto de vista que esta Entidad se encuentra censurando por sí misma la realización de consorcios o cualquier otra figura asociativa autorizada por la ley, que en muchas ocasiones, por el contrario, resulta altamente eficiente y pro competitivo.*

*Sin embargo, sí es obligación de este Despacho mencionar que, tal y como lo han reconocido entidades internacionales como la OCDE, los contactos previos entre competidores, acompañados de otras señales de alerta, extrañas e irregulares, pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión"<sup>19</sup>.*

Con base en lo anterior, no resulta acertado el argumento presentado por **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) según el cual de considerar que la labor de **COSEQUÍN** de revisar el **SECOPE** e informarle a **SAN MARTÍN** "*si podía participar de manera individual o en unión temporal*" es parte de una conducta anticompetitiva, se establecería un precedente que perjudica la conformación de futuras uniones temporales<sup>20</sup>, toda vez que, como fue expuesto en la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia no censura la realización de consorcios o figuras asociativas autorizadas por la ley, sin embargo, debe aclararse que los contactos previos entre otros competidores, "acompañados de otras señales de alerta, extrañas e irregulares, pueden aumentar la probabilidad de existencia de colusión".

En efecto, como se desarrollará con mayor amplitud en los siguientes numerales, se encontró que **COSEQUÍN** identificaba los procesos en los cuales podrían participar las empresas, estructuraba y elaboraba las propuestas, observaciones y subsanaciones de **SAN MARTÍN**. Así mismo, que la finalidad de la conducta coordinada era actuar en bloque en los procesos de selección y que el esquema anticompetitivo comprendía el pago de una contraprestación económica a favor de **COSEQUÍN** en caso que **SAN MARTÍN** resultara adjudicatario en los procesos de selección.

(ii) Se demostró que **COSEQUÍN** identificaba los procesos de selección en los cuales podrían participar las empresas y, estructuraba y elaboraba las propuestas, observaciones y subsanaciones de **SAN MARTÍN**.

Sobre este punto, además de las declaraciones que reposan en el Expediente, este Despacho encontró el siguiente correo electrónico en el cual **COSEQUÍN** informa a **SAN MARTÍN** sobre la existencia de la **Licitación Pública No. 03-2014** del **INSTITUTO DISTRITAL DE PATRIMONIO CULTURAL DE BOGOTÁ**, y le propone que en la medida en que ambas empresas cumplen los requisitos exigidos por la entidad por separado, pueden presentar propuestas separadas:

"De: JOHN RIOS MOLINA – GERENCIA <JOHN RIOS MOLINA – GERENCIA  
<gerencia.cosequin@gmail.com>>  
Para: Orlando Tique; LUISA FERNANDA RINCON REYES; Seguridad San Marín  
Ltda.  
C.C: Dpto. Comercial; *jesus octavio gutierrez trujillo*  
Asunto: LICITACION INSTITUTO PATRIMONIO CULTURAL

BUENAS TARDES

INSTITUTO DE PATRIMONIO CULTURAL DE BOGOTA

LICITACION PUBLICA no. 03-2014

PLAZO 12 MESES

PRESUPUESTO : \$602.007.768

7 PUESTOS 24 HP Y 2 PUESTO 12 HORAS DIURNAS  
4CCTV CON 40 CAMARAS (SE PUEDEN COBRAR 4 500 000 MENSUALES DE  
MEDIOS TECNOLOGICOS)

FECHA DE CIERRE: MARZO 27 DE 2014

SE CUMPLEN LOS INDICADORES FINANCIEROS SIN PROBLEMA

ES POR MEDIA GEOMETRICA

**SMARTIN Y COSEQUIN CUMPLEN POR SEPARADO**

<sup>19</sup> Folio 5216R del cuaderno público No. 28 del Expediente.

<sup>20</sup> Folio 5291 del cuaderno público No. 28 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

**Y COMO ES POR MEDIA Y PARA QYE HAYAN MAS OPCIONES . SE PUEDEN HACER LAS PROPUESTAS SEPARADAS**

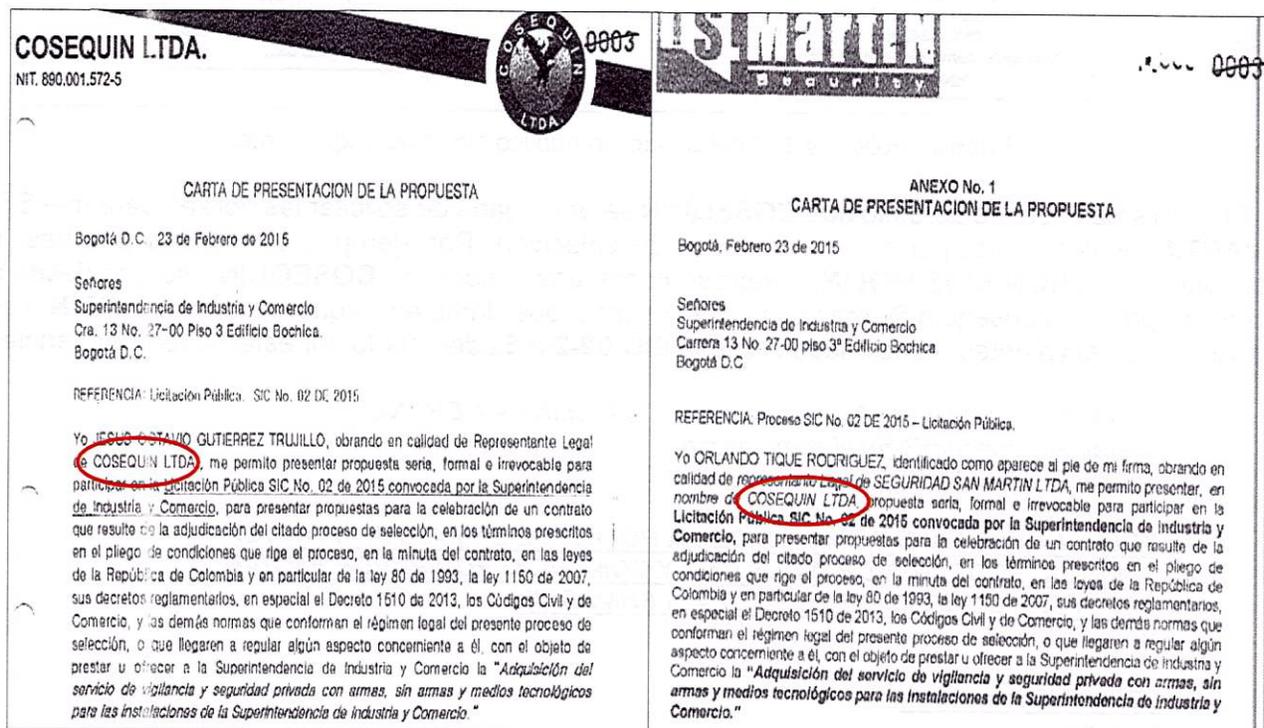
QUEDAMOS AL TANTO DE LA DECISION AL RESPECTO POR PARTE DE SMARTIN

MIL GRACIAS Y FELIZ TARDE  
JOHN RIOS MOLINA  
Gerente  
COSEQUIN LTDA.  
[gerencia.cosequin@gmail.com](mailto:gerencia.cosequin@gmail.com)  
CRA 45 No. 60 – 26 BOGOTA  
PBX 2 21 20 11<sup>21</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto).

Por otra parte, la estructuración y elaboración coordinada de las propuestas se acreditó, entre otros, a través de la siguiente evidencia:

- En la Carta de Presentación de la Oferta de **SAN MARTÍN** se adujo que la misma era presentada en nombre de **COSEQUÍN**. A continuación, se presenta la comparación entre la Carta de Presentación de la Oferta de **SAN MARTÍN** y la de **COSEQUÍN**, de donde puede observarse la circunstancia descrita<sup>22</sup>:

**Imagen No. 1: Cartas de Presentación de COSEQUÍN y SAN MARTÍN en el proceso SIC – 02 – 2015**



Fuente: Folio 8 y 158 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

- Así mismo, se encontraron similitudes en las portadas de las propuestas presentadas en diferentes procesos. Por ejemplo, en las portadas de las propuestas de las empresas investigadas en el proceso **SIC-02-2015** adelantado por la Superintendencia de Industria y Comercio, se advirtieron abiertas similitudes, tales como contener ambas el mismo error al redactar la palabra objeto (BJETO), las mismas marcas de impresión, el mismo esquema de alineación y contenido y unas "manchitas" en la parte superior producto de usar la misma impresora<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Folio 2979 del Cuaderno Reservado No. 1 "Visita – Cosequin" del Expediente. Object ID: 296235. Ruta de acceso: 03\_WEB\_CORREOS\_COSEQUIN.ad1/gerencia.cosequin@gmail.com.ost/[root]/RaA-z BuzÃ³n/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Papelera/LICITACION INSTITUTO DE PATRIMONIO

<sup>22</sup> Folios 8 y 158 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

<sup>23</sup> Folios 4 y 154 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

## Imagen No. 2: Portadas de COSEQUÍN y SAN MARTÍN en el proceso SIC-02-2015



Fuente: Folio 4 y 154 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

- En la misma línea, se acreditó que **COSEQUÍN** se encargaba de solicitar las pólizas para que **SAN MARTÍN** pudiera participar en los procesos de selección. Por ejemplo, entre otras pruebas, se encontró que **JHON RÍOS MOLINA** (representante legal y socio de **COSEQUÍN**), solicitó desde su correo ([gerencia.cosequin@gmail.com](mailto:gerencia.cosequin@gmail.com)) las pólizas que también requería **SAN MARTÍN** para participar en el ya antes mencionado proceso **SIC-02-2015** adelantado por esta Superintendencia<sup>24</sup>:

"El 19 de febrero de 2015, 8:27, JOHN RIOS MOLINA – GERENCIA <[gerencia.cosequin@gmail.com](mailto:gerencia.cosequin@gmail.com)> escribió:  
BUENAS MAÑANAS

**SOLICITAMOS LA EXPEDICION DE LA POLIZA DE SNMARTIN , PARA LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO POR FAVOR ENVIAR COPIA DEL CORREO DE LA POLIZA A SNMARTIN**  
MIL GRACIAS

**JOHN RIOS MOLINA**  
**Gerente**  
**COSEQUIN LTDA**  
[gerencia.cosequin@gmail.com](mailto:gerencia.cosequin@gmail.com)

De: **Cumplimiento – PerezLara** <[cumplimiento@perezlara.com](mailto:cumplimiento@perezlara.com)>  
Fecha: 19 de febrero de 2015, 13:54  
Asunto: SERIEDAD SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO -SMARTIN LTDA.  
Para: **JOHN RIOS MOLINA – GERENCIA** <[gerencia.cosequin@gmail.com](mailto:gerencia.cosequin@gmail.com)>  
Cc: **WILSON RODRIGUEZ** <[juridica@seguridadesanmartin.com](mailto:juridica@seguridadesanmartin.com)>

Estimado Dr. Rios:

Atendiendo sus instrucciones, tenemos el agrado de remitir la póliza de la referencia Nro. 101144496 junto con la constancia de pago, emitida por Seguros del Estado S.A.

Cordialmente,

<sup>24</sup> Folio 2979 del cuaderno reservado No. 1 "Visita – Cosequin" del Expediente. Object ID: 368874. Ruta de acceso: 03\_WEB\_CORREOS\_COCEQUIN.ad1/cosequin.comercial@gmail.com(4).ost/[root]/RaÃ-z - BuzÃ³n/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: SERIEDAD SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO -SAN MARTÍN LTDA.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Vicky Ossa

Dpto Técnico de Fianzas

----- Mensaje reenviado -----

De: JOHN RIOS MOLINA –GERENCIA <gerencia.cosequin@gmail.com>

Fecha: 19 de febrero de 2015, 16:21

Asunto: Fwd: SERIEDAD SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO -SMARTIN LTDA.

Para: "Dpto. Comercial" <cosequin.comercial@gmail.com>

JOHN RIOS MOLINA

Gerente

COSEQUIN LTDA.

gerencia.cosequin@gmail.com

CRA 70 F No. 79 - 99

BARRIO BONANZA BOGOTA

PBX 4 34 35 84

----- Mensaje reenviado -----

De: Dpto. Comercial <cosequin.comercial@gmail.com>

Para: Cumplimiento – PerezLara

CC:

Asunto: Fwd: SERIEDAD SUPERINTENDENCIA INDUSTRIA Y COMERCIO – SMARTIN LTDA.

Mensaje 101144496.pdf (32 KB) CONSTANCIA SIC.pdf (45 KB)

VICKYSSS... EL CERTIFICADO DE ESTA POLIZA ESTA MAL.. ME LO CAMBIA POR FAVOR". (Subraya y negrilla fuera de texto).

- También, se comprobó que **COSEQUÍN** se encargaba de estructurar las propuestas en su parte técnica, jurídica e incluso la económica. Sobre esta situación, debe reiterarse que no resulta concebible en un escenario de competencia que una empresa elabore la propuesta económica de su competidor para presentarse a un proceso de contratación. Lo anterior, se acreditó, entre otras pruebas, en la ratificación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**), y quien contó con la presencia de su apoderado, en la etapa de instrucción formal:

*"DELEGATURA: Cuando usted nos dice que **DOLLY [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ]** hacía todo el procedimiento que usted había descrito, ¿se refiere al procedimiento que hablábamos de identificar la oportunidad, verificar si podía participar **SAN MARTÍN**, reunir la documentación legal y la documentación de experiencia y técnica, estructurar toda la parte económica y decidir sobre las medias o el criterio de selección del proceso de selección?"*

***ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** Ya lo había mencionado que algunos los identificábamos nosotros, el proceso, los otros que nos informaba **JHON [JHON RÍOS MOLINA]**, digamos que hasta ahí, eso está delimitado. A partir de eso que nosotros vamos a participar es comenzar mecánicamente a hacer la oferta. Y la oferta, cuando yo hablo de la oferta es hacerla es identificar los requerimientos, principalmente es documental, reunir documentos de tipo legal, de orden técnico y, ya finalmente, mirar la parte económica.*

***DELEGATURA:** Esas actividades...*

***ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** Esas las hacía, yo asumo que las hacía doña **DOLLY [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ]**"<sup>25</sup>.*

Adicionalmente, se acreditó que una vez realizaba la estructuración de la propuesta de **SAN MARTÍN**, **COSEQUÍN** procedía a enviársela para coordinar su entrega a la entidad contratante. En efecto, en el correo electrónico remitido el 2 de mayo de 2013 por el departamento comercial de **COSEQUÍN** a **LUISA FERNANDA RINCÓN REYES** (gerente de servicios de **SAN MARTÍN**)<sup>26</sup> en el marco del proceso **SDMUJER-LP-002-2013**, resulta claro cómo **COSEQUÍN** no solo elaboraba las

<sup>25</sup> Folio 4892 del cuaderno público No. 25 del Expediente. Ratificación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** tomado a partir del minuto 1:22:56.

<sup>26</sup> Folio 2979 del cuaderno reservado No. 1 "Visita – Cosequin" del Expediente. Object ID: 349416. Ruta de acceso: 03\_WEB\_CORREOS\_COSEQUIN.ad1/cosequin.comercial@gmail.com(4).ost/[root]/RaÃ-z

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

propuestas, sino que se encargaba de su presentación y envío, en este caso coordinando con **WILSON [WILSON RODRÍGUEZ]** empleado de **SAN MARTÍN**<sup>27</sup>:

“De: cosequin.comercial <cosequin.comercial@gmail.com>  
Para: Luisa Rincon  
CC:  
Asunto: PROPUESTA DIGITALIZADA SD MUJER  
Mensaje A DIGITALIZADA SDMUJER S MARTIN.pdf (6MB)  
– ADJUNTO PROPUESTA.. PARA SU CONOCIMIENTO...SE ENTREGA MAÑANA A LAS 10 AM... YA SE COORDINO CON WILSON...”

GRACIAS DOC....  
COSEQUIN LTDA.  
Departamento Comercial  
Tel. 2212011  
Carrera 45 No. 60 – 26  
Bogotá D.C.”

De igual modo se acreditó que además de elaborar y enviar las propuestas de **SAN MARTÍN, COSEQUÍN** se encargaba también de guardar y custodiar dichas propuestas en sus instalaciones, en caso de que **SAN MARTÍN** las necesitase. Esta circunstancia puede advertirse de la lectura del siguiente correo electrónico, en el que con ocasión de un requerimiento<sup>28</sup> realizado por esta Entidad en el marco de las visitas administrativas de inspección practicadas en este caso, **DOLLY PATRICIA CHÁVEZ** (directora comercial y socia de **COSEQUÍN**) le remitió a **SAN MARTÍN** la propuesta presentada en el proceso **LP-DSA-018-2015**<sup>29</sup>:

“From: DOLLY CHAVEZ <tallerlicitaciones@gmail.com>  
Sent: 11/19/2015 3:00 10 pm +0000  
To: servicioalcliente@seguridadesanmartin.com;  
contactenos@seguridadesanmartin.com  
Subject: OFERTA SECRETARIA DE EDUCACION 2015  
Attachments: SECRETARIA DE EDUCACIÓN\_OFERTA ABRIL 2015 (1) PDF

DRA LUISA RINCON

DE ACUERDO A LO SOLICITADO, ADJUNTO PROPUESTA ESCANEADA DE LA SECRETARIA DE EDUCACIÓN EN LA CUAL PARTICIPO SEGURIDAD SAN MARTIN

EN LA CUAL SE OBTUVO EL GRUPO 12

LO ANTERIOR PARA ATENDER LA VISITA QUE USTEDES TIENEN

GRACIAS

DOLLY PATRICIA CHAVEZ  
65753334  
ASESORA EXTERNA”

- Por otro lado, se demostró que **COSEQUÍN** también elaboraba las observaciones y subsanaciones de **SAN MARTÍN** en los procesos de selección. Por una parte, obra en el Expediente un documento proveniente del computador de **BELLANID ALEXANDRA RINCÓN** (empleada de **COSEQUÍN**), cuyo autor es la “Gerencia” de **COSEQUÍN**<sup>30</sup>, que contenía las observaciones que debía presentar **SAN MARTÍN** en el proceso **SDMUJER-LP-002-2013**. Como se observa a continuación, una vez

<sup>27</sup> Folio 3286 del cuaderno reservado No. 1 “Visita – San Martín” del Expediente.

<sup>28</sup> Folio 3286 del cuaderno reservado No. 1 “Visita – San Martín” del Expediente.

<sup>29</sup> Folio 3237 del cuaderno reservado No. 1 “Visita – San Martín” del Expediente. Object ID: 1015260 y adjunto con Object ID: 1015261. Ruta de acceso: 02\_PC\_LUISA\_RINCON.ad1/Users:C:\Users\Personal/Documents/Archivos Outlook/servicioalcliente@seguridadesanmartin.com.pst/servicioalcliente@seguridadesanmartin.com/Principio del archivo de datos de Outlook/Bandeja de entrada/OFERTA SECRETARIA DE EDUCACION 2015

<sup>30</sup> Folio 2979 del cuaderno reservado No. 1 “Visita – Cosequin” del Expediente. Object ID: 199007. Ruta de acceso: 02\_PC\_ALEXANDRA\_RINCON\_COORD\_ADMINISTRATIVA.ad1/D:\DATOS [NTFS]/[root]/LICITACIONES/OBSERVACIONES INFORME DE EVALUACION.doc

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

comparado dicho documento con el que finalmente presentó **SAN MARTÍN**<sup>31</sup> para presentar los argumentos que le permitieran habilitarse dentro del proceso en referencia, resulta evidente que este último se basó en aquel encontrado en el computador de **COSEQUÍN**.

### Imagen No. 3: Observaciones a la calificación económica de COSEQUÍN y SAN MARTÍN en el proceso SDMUJER-LP-002-2013

#### OBSERVACIONES A LA CALIFICACIÓN ECONÓMICA DE SEGURIDAD SAN MARTÍN LTDA

Solicitamos a la entidad se habilite nuestra propuesta económica, ya que fue rechazada bajo el argumento que no cumplió con las tarifas mínimas de la Circular No. 015 de 2013 de la Superintendencia de Vigilancia.

Es de recordar que mediante el Adendo No. 2 fue modificado el anexo de 4 la propuesta económica para la vigilancia humana dentro del cual se establecieron unas tarifas que se encontraban por debajo de las que el mismo adendo 2 modificó el numeral 5.1 Oferta y estableció que eran las mínimas a cobrar para los servicios eran las siguientes:

24 horas domingo a domingo sin arma	\$5.692.250
24 horas domingo a domingo sin arma	\$5.797.662
12 horas lunes a viernes sin arma	\$1.869.051
12 horas lunes a sábado sin arma	\$2.208.878
Supervisión 12h lunes a sábado	\$2.010.647
10 horas lunes a viernes sin arma	\$1.557.543
Supervisión 12h lunes a sábado	\$1.903.663

#### OBSERVACIONES A LA CALIFICACION ECONOMICA DE SEGURIDAD SAN MARTIN LTDA.

Solicitamos a la entidad se habilite nuestra propuesta económica, ya que fue rechazada bajo el argumento que no cumplió con las tarifas mínimas de la Circular NO. 015 de 2013 de la Superintendencia de Vigilancia.

Es de recordar que mediante el Adendo No. 2 fue modificado el Anexo de la Propuesta Económica para la vigilancia HUMANA, dentro del cual se establecieron unas tarifas que se encontraban POR DEBAJO de las que el mismo adendo 2 modificó el numeral 5.1 Oferta y estableció que eran las mínimas a cobrar para los servicios eran las siguientes:

*24 horas domingo a domingo sin arma	\$ 5.692.250
* 24 horas domingo a domingo sin arma	\$ 5.797.662
*12 horas lunes a viernes sin arma	\$ 1.869.051
*12 horas lunes a sábado sin arma	\$ 2.208.878
*Supervisión 12 h. lunes a Sábado	\$ 2.010.647
*10 horas lunes a viernes sin arma	\$ 1.557.543
* Supervisión 12 h. lunes a Sábado	\$ 1.903.663

**Fuente:** Folios 2979 del cuaderno reservado No. 1 "Visita – Cosequin" y 3522 del cuaderno público No. 18 del Expediente.

Además, se encontró que en el marco del proceso **SIC-02-2015**, funcionarios de **COSEQUÍN** remitieron el 26 de febrero de 2015 a **ADRIANA MAHECHA GUTIÉRREZ** (asistente de ventas de **SAN MARTÍN**) y a **WILSON RODRÍGUEZ** (funcionario de **SAN MARTÍN**) instrucciones sobre la manera en la que las compañías debían presentar los documentos encaminados a subsanar las propuestas que habían formulado<sup>32</sup>.

"De: Dpto. Comercial <Cosequin.comercial@gmail.com>  
 Para: Seguridad San Martin Ltda; Wilson Rodriguez  
 CC:  
 Asunto: Fwd: INDUSTRIA Y COMERCIO  
 Mensaje: CARTA PRESENTACIÓN INDUSTRIA Y CCO S MARTIN.docx (37 KB)  
 CERTIFICACION SAN MARTIN POLIZA INDUSTRIAS.pdf (104 KB)

----- Mensaje reenviado -----

De: Dpto. Comercial <cosequin.comercial@gmail.com>  
 Fecha: 26 de febrero de 2015, 16:27  
 Asunto: INDUSTRIA Y COMERCIO  
 Para: Andrea López Loaiza <mercadeo@seguridadesanmartin.com>

ADRI, EL REMISORIO DE LA CARTA DEBE IR ASI:  
 Estando dentro de los términos establecidos por la entidad me permito remitir a ustedes la documentación con el fin de subsanar lo requerido la entidad.

Y enumera lo que esta adjuntando... haciendo claridad que en la carta de presentación por error de transcripción

Y, listo... gracias...

COSEQUIN LTDA  
 Departamento comercial  
 Tel. 4 343584

<sup>31</sup> Folio 3522 del cuaderno público No. 18 del Expediente. Documento denominado DA\_PROCESO\_13-1-89432\_211001401\_7163016.

<sup>32</sup> Folio 2979 del cuaderno reservado No. 1 "Visita – Cosequin" del Expediente. Object ID: 368949. Ruta de acceso: 03\_WEB\_CORREOS\_COSEQUIN.ad1/cosequin.comercial@gmail.com(4).ost/[root]/RaÃ-z BuzÃ³n/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: INDUSTRIA Y COMERCIO.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Carrera 70 F No. 79-99  
Barrio Bonanza  
Bogotá D.C.”

(iii) Por último, se acreditó que la finalidad de la conducta coordinada era actuar en bloque en los procesos de selección para tener “una oportunidad más”<sup>33</sup> y que el esquema anticompetitivo comprendía el pago de una contraprestación económica a favor de **COSEQUÍN** en caso que **SAN MARTÍN** resultara adjudicatario en los procesos de selección<sup>34</sup>.

De esta forma, este Despacho encontró que en el Expediente se encuentra ampliamente probado que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, entre **COSEQUÍN** y **SAN MARTÍN** se conformó un acuerdo restrictivo de la competencia en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, cuyo propósito era aumentar su probabilidad de éxito frente a los procesos de selección a los que se presentaran como aparentes competidores.

Ahora bien, antes de continuar con el análisis de los argumentos expuestos en los recursos presentados por los recurrentes, este Despacho considera pertinente pronunciarse sobre el argumento expuesto por **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) en relación con la valoración de las declaraciones de los “investigados en la fase de investigación” según el cual se infringió “el mandato de evaluación integral del material probatorio” al presuntamente centrarse en las declaraciones rendidas durante las visitas administrativas y desconocer las explicaciones brindadas por los sancionados frente a la decisión de la oferta económica.

Al respecto, bajo un análisis en conjunto de las pruebas que reposan en el Expediente, y a la luz de la sana crítica, las explicaciones otorgadas no desvirtúan lo que ha sido establecido a través de los otros medios de prueba. De hecho, y contrario a lo expuesto por los recurrentes de desconocer las declaraciones rendidas en la fase de investigación ante la Delegatura, este Despacho efectivamente consideró y evaluó estas declaraciones. Un ejemplo claro de lo anterior, se encuentra en los folios 24 y 25 de la Resolución Sancionatoria donde se valoró lo afirmado por **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) en ratificación ante la Delegatura<sup>35</sup> en el marco de la etapa de instrucción formal.

Por este motivo, no es de recibo el argumento planteado por los recurrentes sobre la valoración probatoria realizada por este Despacho.

### **3.5. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con que la colaboración recayó sobre elementos accesorios al servicio de vigilancia**

**SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) señalaron que el concepto expresado en la Resolución Sancionatoria, según el cual no hay facilidades comunes cuando los equipos son de uno solo de los competidores, es erróneo. Puesto que, “una de las situaciones más importantes de facilidades comunes es aquella situación en la cual existe una facilidad que es de propiedad exclusiva de un solo competidor” en lo que se conoce como facilidad esencial. De modo que, “la propiedad individual o común de los bienes o servicios que se consideran como facilidades no es relevante para determinar si se trata de una facilidad común”.

Con base en lo anterior, señalaron que “la Ley no considera anticompetitivos los acuerdos sobre los elementos accesorios del bien o servicio”, ya que “sobre esos elementos accesorios no recae la calificación de anticompetitivo”.

Al respecto, en relación con lo expuesto frente a las facilidades comunes este Despacho reitera lo manifestado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que, sobre este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio se ha referido al concepto de facilidad común (numeral 3 del artículo 49 del Decreto 2153 de 1992) en la Resolución No. 91153 de 2018, en la que señaló:

<sup>33</sup> Folio 2999 del cuaderno reservado No. 1 “Visita – Cosequin” del Expediente. Ampliación de la declaración de **JHON RÍOS MOLINA** tomado a partir del minuto 16:19.

<sup>34</sup> Folio 2999 del cuaderno reservado No. 1 “Visita – Cosequin” del Expediente. Ampliación de la declaración de **JHON RÍOS MOLINA** tomado a partir del minuto 33:04.

<sup>35</sup> Folio 4892 del cuaderno público No. 25 del Expediente. Ratificación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** tomado a partir del minuto 1:22:56.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

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

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

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

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

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

Por otro lado, se pone de presente lo expuesto en la Resolución Sancionatoria:

*"no puede olvidarse que el acuerdo descrito, no solo comprendía el uso de recursos de uno de los investigados, sino que también, tenía como fin coordinar todo aspecto de las posturas de los investigados e incrementar las posibilidades de adjudicación en el proceso, incluyendo una contraprestación a favor de **COSEQUÍN** si **SAN MARTÍN** resultaba adjudicatario de algún contrato estatal en el que el primero le hubiera prestado "asesoría". Circunstancias que, por demás está decir, de lejos permiten sustentar que el esquema anticompetitivo de ninguna manera buscaba la generación de eficiencias para todos los competidores y consumidores"<sup>36</sup>.*

Con base en lo anterior, para este Despacho no es de recibo el argumento planteado por **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** respecto de las facilidades comunes ya que, como se ha manifestado en diferentes fallos proferidos por esta Entidad, las facilidades alegadas no pertenecen privativamente a algún actor.

Ahora bien, frente al argumento según el cual sobre elementos accesorios no recae la calificación de anticompetitivo, este Despacho pone de presente que en el Expediente obran elementos probatorios que acreditan la existencia de un esquema anticompetitivo que configura la conducta reprochada, es decir, la colusión en licitaciones prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. De modo que, pretender afirmar que el reproche de esta Entidad recae sobre el uso de una impresora o de funcionarios para recolectar documentación, es desconocer por completo el resto del material probatorio que reposa en el Expediente, ya que las manchas de impresión o la disposición de funcionarios para la recolección documental, se reitera, son tan solo ejemplos de la múltiple evidencia expuesta en la Resolución Sancionatoria.

<sup>36</sup> Folio 5227 del cuaderno público No. 28 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

De esta forma, el argumento presentado por el recurrente es totalmente infundado y será rechazado.

### **3.6. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la falta de argumentación y prueba de los efectos de la conducta sancionada en los procesos de selección analizados**

Los recurrentes reprocharon la falta de análisis en la Resolución Sancionatoria de los efectos causados con la conducta sancionada. 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 la afectación a la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual **no le es exigible a esta Entidad 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 impropio.

### **3.7. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la falta de análisis y prueba de la culpabilidad de los sancionados**

**SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) señalaron que en la Resolución Sancionatoria no se analizó ni se probó la culpabilidad de los investigados y se rechazó el argumento de que **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** desconocía la ilegalidad de las conductas atribuidas por la Delegatura.

En primer lugar, debe reiterarse que el artículo 9 del Código Civil establece que “*La ignorancia de las leyes no sirve de excusa*”.

En esta línea, la Corte Constitucional ha sido enfática al señalar que:

“(…)

*El recurso epistémico utilizado por el legislador es más bien la ficción, de uso frecuente y obligado en el derecho, y que en el caso específico que ocupa a la Corte puede expresarse de este modo: es necesario exigir de cada uno de los miembros de la comunidad que se comporte como si conociera las leyes que tienen que ver con su conducta.*

(…)

*El deber de observar el comportamiento prescrito por las normas jurídicas o afrontar las consecuencias negativas que se siguen de su transgresión, es presupuesto de todo ordenamiento normativo, bien sea que se lo formule explícitamente, como en la norma que se analiza, o que se halle subyacente e implícito, como en los regímenes donde prevalece el derecho consuetudinario.*

*La necesidad fáctica de ese presupuesto se confunde con el carácter fatalmente heterónomo que ostentan las normas jurídicas, puesto que la convivencia ordenada (propósito justificativo del Estado), no es dable si los deberes jurídicos no son exigibles con independencia de las representaciones cognitivas y de los deseos de quienes conforman la comunidad política. En otros términos: la obediencia al derecho no puede dejarse a merced de la voluntad de cada uno, pues si así ocurriera, al mínimo de orden que es presupuesto de la convivencia comunitaria, se sustituiría la anarquía que la imposibilita.*

(…)”<sup>37</sup>.

En segundo lugar, este Despacho reitera que las buenas o malas intenciones de los agentes de mercado investigados no tiene relevancia al momento de establecer responsabilidad administrativa en las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia. Lo anterior, se encuentra en línea con lo reconocido por el Consejo de Estado:

<sup>37</sup> Corte Constitucional, sentencia C – 651 de 1997, MP: Carlos Gaviria Díaz.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"[no] interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio- y que dicho sea de paso, no demostró-, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"<sup>38</sup>.*

En este orden de ideas, debe aclararse que el derecho administrativo sancionatorio, si bien comparte los principios del derecho penal, no los aplica en la misma intensidad. Es decir, en materia administrativa sancionatoria la adecuación de la conducta a la infracción se hace con una mayor flexibilidad. Al respecto vale la pena recordar lo que en esta materia ha establecido la Corte Constitucional:

*"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"<sup>39</sup>.*

Frente a lo cual cuando concurren los siguientes tres elementos se satisfacen los requerimientos normativos del principio de tipicidad:

*"(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"<sup>40</sup>.*

Ahora bien, frente al tema de la culpabilidad, esto es, la necesidad de que para poder configurarse la responsabilidad es necesario ver el aspecto subjetivo de quien realiza la conducta, es decir establecer si existió dolo o culpa grave, el Despacho encuentra que este análisis no aplica para el derecho administrativo sancionatorio, razón por la cual no es aplicable a la presente actuación administrativa. Frente a esta situación el Consejo de Estado ha manifestado que

*"Visto lo anterior, observa la Sala que la parte demandante incurre en error al formular el cargo de violación de los actos administrativos demandados relativo a que el tipo de responsabilidad atribuible a las empresas infractoras en este tipo de situaciones no es objetiva, sino subjetiva, bajo el entendido de que no basta sólo con la existencia del acuerdo.*

*Cierto es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor.*

*Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios – sea cual sea su naturaleza – es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios"<sup>41</sup>.*

Adicionalmente,

*"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y **no puede quedar condicionado 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*

<sup>38</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

<sup>39</sup> Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017, MP: Alberto Rojas Ríos.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

<sup>41</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, Rad. 25000-23-24-000-2001-00364-01, CP: María Claudia Rojas Lasso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas*<sup>42</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En tal sentido,

*"(...) en materia del régimen administrativo sancionador (...) 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** (...)"*<sup>43</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En desarrollo de lo anterior, la Superintendencia a través de varias de sus decisiones<sup>44</sup> ha reiterado que:

*"**no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto–, independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto.** Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica (...)"*. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Conforme los pronunciamientos del máximo tribunal de lo contencioso administrativo y lo reiterado por esta Superintendencia en varias ocasiones, la intención que la parte demandante dijo tener no interesa, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la colusión en licitaciones. En este orden de ideas, el régimen de protección a la competencia económica, y específicamente los acuerdos reprochados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no comporta ningún tipo de responsabilidad objetiva. En los mismos, según lo ha analizado la jurisprudencia administrativa, existe un claro componente subjetivo, sin que ello quiera decir que para la atribución de responsabilidad sea menester probar la intención –dolo o culpa– de los infractores.

En tercer lugar, y sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso se acreditó la participación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) en el comportamiento anticompetitivo, es decir que autorizó y ejecutó la conducta reprochada, lo cual desacredita su supuesta ausencia de culpabilidad. En este orden de ideas, dentro del material probatorio que sustenta la Resolución Sancionatoria se cuenta con suficiente evidencia que prueba el rol de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ**. Así, por mencionar algunos ejemplos, se comprobó que **COSEQUÍN** se comunicaba directamente con **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** cuando se identificaba un proceso de selección en el cual pudieran participar. A continuación, se presenta el respectivo correo:

"De: JOHN RIOS MOLINA – GERENCIA <JOHN RIOS MOLINA – GERENCIA <gerencia.cosequin@gmail.com>>  
Para: **Orlando Tique**; LUISA FERNANDA RINCON REYES; Seguridad San Marín Ltda.  
C.C: Dpto. Comercial; *jesus octavio gutierrez trujillo*

<sup>42</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 30 de septiembre de 1994, Rad. 243519, CP: Jaime Abella Zárate.

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 25 de marzo de 2004, Rad. 13495, CP: María Inés Ortiz Barbosa.

<sup>44</sup> Por citar algunas, Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28350 de 2004 ([http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/052017/RESOLUCION\\_28350\\_DE\\_22\\_DE\\_NOVIEMBRE\\_DE\\_2004.pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/052017/RESOLUCION_28350_DE_22_DE_NOVIEMBRE_DE_2004.pdf)), Resolución No. 37033 de 2011 ([http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/062017/RESOLUCION\\_37033\\_DE\\_14\\_DE\\_JULIO\\_DE\\_2011\\_SANCION\\_CDA\\_CORDOBA.pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/062017/RESOLUCION_37033_DE_14_DE_JULIO_DE_2011_SANCION_CDA_CORDOBA.pdf)), Resolución No. 46111 de 2011 ([http://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/normatividad/Publicaciones\\_Despacho\\_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES\\_COMPETENCIA\\_ANOS/2011/RESOLUCION\\_46111\\_DE\\_30\\_DE\\_AGOSTO\\_DE\\_2011\\_SANCION\\_ACEMI.pdf](http://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/normatividad/Publicaciones_Despacho_3/sicdecisiones2/RESOLUCIONES_COMPETENCIA_ANOS/2011/RESOLUCION_46111_DE_30_DE_AGOSTO_DE_2011_SANCION_ACEMI.pdf)) y Resolución No. 70736 de 2011 ([http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/062017/RESOLUCION\\_70736\\_DE\\_06\\_DE\\_DICIEMBRE\\_DE\\_2011\\_SANCION\\_CDA\\_CALDAS.pdf](http://www.sic.gov.co/sites/default/files/estados/062017/RESOLUCION_70736_DE_06_DE_DICIEMBRE_DE_2011_SANCION_CDA_CALDAS.pdf)).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Asunto: LICITACION INSTITUTO PATRIMONIO CULTURAL  
BUENAS TARDES

INSTITUTO DE PATRIMONIO CULTURAL DE BOGOTA

LICITACION PUBLICA no. 03-2014

PLAZO 12 MESES

PRESUPUESTO : \$602.007.768

7 PUESTOS 24 HP Y 2 PUESTO 12 HORAS DIURNAS  
4CCTV CON 40 CAMARAS (SE PUEDEN COBRAR 4 500 000 MENSUALES DE  
MEDIOS TECNOLOGICOS)

FECHA DE CIERRE: MARZO 27 DE 2014

SE CUMPLEN LOS INDICADORES FINANCIEROS SIN PROBLEMA

ES POR MEDIA GEOMETRICA

SMARTIN Y COSEQUIN CUMPLEN POR SEPARADO

Y COMO ES POR MEDIA Y PARA QYE HAYAN MAS OPCIONES . SE PUEDEN  
HACER LAS PROPUESTAS SEPARADAS

QUEDAMOS AL TANTO DE LA DECISION AL RESPECTO POR PARTE DE SMARTIN

MIL GRACIAS Y FELIZ TARDE

JOHN RIOS MOLINA

Gerente

COSEQUIN LTDA.

gerencia.cosequin@gmail.com

CRA 45 No. 60 – 26 BOGOTA

PBX 2 21 20 11<sup>45</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así mismo, se estableció que la persona que aceptó el acuerdo por parte de **SAN MARTÍN** fue **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**), prueba de esto son las declaraciones rendidas por **JHON RÍOS MOLINA** (representante legal y socio de **COSEQUÍN**) y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** ante esta Superintendencia en los siguientes términos:

*"DELEGATURA: Doctor Jhon [JHON RÍOS MOLINA], usted nos mencionaba que quiere realizar una ampliación de testimonio respecto a una relación comercial que usted tiene con una compañía, ¿usted podría indicar cuál es el nombre de esa compañía?"*

(...)

***JHON RÍOS MOLINA:** (...) Se dan situaciones eventuales (...) nosotros hacemos en ocasiones figuras de acompañamiento, de asesoramiento con la empresa Seguridad San Martín, eh, pero ahí paro y les comento como es ese proceso también, obviamente yo no puedo decidir porque la empresa no es mía, telefónicamente doctor Orlando Tique, le habla Jhon Ríos Molina, mi doctor, eh, estamos haciendo un proceso de licitación, yo la estoy haciendo, a usted le interesa que de pronto, como yo sé que ustedes no tienen la estructura para hacerlo que les pueda hacer un acompañamiento y una asesoría con la ayuda de mi esposa [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ ROMERO] a elaborarla (...) me dice sí claro no hay problema, colabórenos en eso (...)"<sup>46</sup>.*

Por su parte, **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) indicó:

*"DELEGATURA: Usted nos podría precisar en qué consistía esa colaboración, ¿qué alcanzaba a hacer **SAN MARTÍN**?, ¿cómo le colaboraban cuando iban a presentarse esas propuestas en las que utilizaron la colaboración de la que nos está hablando?"*

<sup>45</sup> Folio 2979 del Cuaderno Reservado No. 1 "Visita – Cosequin" del Expediente. Object ID: 296235. Ruta de acceso: 03\_WEB\_CORREOS\_COSEQUIN.ad1/gerencia.cosequin@gmail.com.ost/[root]/RaÃ-z BuzÃ³n/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Papelera/LICITACION INSTITUTO DE PATRIMONIO

<sup>46</sup> Folio 2999 del cuaderno reservado No. 1 "Visita – Cosequin" del Expediente. Ampliación de la declaración de **JHON RÍOS MOLINA** tomado a partir del minuto 8:08.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** (...) en ese momento que ellos nos ofrecieron colaborarnos, ehm, entendía que la señora **DOLLY [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ]** pues hacía la verificación también de estos portales y luego identificaban, pues, donde estaban los procesos. (...)”<sup>47</sup>.

De igual modo, se estableció que **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) estuvo al tanto del acuerdo con **COSEQUÍN** durante su ejecución. Así, ante pregunta de su apoderado afirmó:

**“Pregunta del apoderado SAN MARTÍN y ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** En sus explicaciones usted nos ha referido, eh, que los hechos materia de investigación muestran una ayuda de **COSEQUÍN** a **SAN MARTÍN**, por favor indíquenos si ocurrió lo contrario, es decir, si hubo ayuda de **SAN MARTÍN** a **COSEQUÍN** y, en caso afirmativo, ¿cómo fue?<sup>48</sup>.

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** (...) siempre fue así, la ayuda ha sido de parte de **COSEQUÍN** o de **JOHN RÍOS MOLINA** y la señora **DOLLY CHÁVEZ [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ]** a **SEGURIDAD SAN MARTÍN** (...)”<sup>49</sup>.

Adicionalmente, se comprobó que en relación con el rol que tenía **COSEQUÍN** en la determinación de las propuestas de **SAN MARTÍN**, **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) estaba al tanto y aceptaba tal situación, al punto de decidir la participación de **SAN MARTÍN** en los procesos de licitación. Al respecto, en ratificación ante esta Entidad y en compañía de su apoderado afirmó:

**“DELEGATURA:** En esta dinámica que usted nos ha comentado veníamos en nuestro paso a paso, antes de la visita de la Superintendencia, usted nos comentaba que después que **JHON RÍOS [JHON RÍOS MOLINA]** le ofreció la colaboración para que **SAN MARTÍN** mejorara la forma en la que participa en los procesos de selección de carácter público, **JHON [JHON RÍOS MOLINA]** lo llamaba y le decía: mire ahí están esas oportunidades, ahí le dejo para ver si usted decide participar o no. Entonces usted recibía la información y ahí ¿qué hacía?

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** Decidíamos, yo particularmente decidía si íbamos a participar en este proceso. En algunos casos se hacía a través de correo electrónico, si vamos a participar, en otros casos, sencillamente, vía telefónica se le confirmaba que sí.

**DELEGATURA:** Entonces, usted recibió la llamada de **JHON [JHON RÍOS MOLINA]** o el correo de **JHON [JHON RÍOS MOLINA]** mire llegó un proceso, mire a ver si le interesa, usted se sentaba lo miraba y le decía me interesa, y por correo o por teléfono le decía a **JHON [JHON RÍOS MOLINA]: JHON [JHON RÍOS MOLINA], yo sí voy a participar. ¿Qué pasaba después?**

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** (...) Yo asumo, que su esposa, doña **DOLLY [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ]**, procedía a ayudarnos a estructurar la oferta, a presentar, la carpeta particularmente, recolección de documentos, armarla y, todo el procedimiento que describí ahora de igual manera. Si algún documento requerían, lo solicitaban generalmente, a través de correo y se compartían o algunos documentos que los tenía en poder COSEQUÍN, pues directamente lo hacían ellos allá.

**DELEGATURA:** Cuando usted nos dice que **DOLLY [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ]** hacía todo el procedimiento que usted había descrito, ¿se refiere al procedimiento que hablábamos de identificar la oportunidad, verificar si podía participar **SAN MARTÍN**, reunir la documentación legal y la documentación de experiencia y técnica, estructurar toda la parte económica y decidir sobre las medias o el criterio de selección del proceso de selección?

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** Ya lo había mencionado que algunos los identificábamos nosotros, el proceso, los otros que nos informaba JHON [JHON RÍOS MOLINA], digamos

<sup>47</sup> Folio 4892 del cuaderno público No. 25 del Expediente. Ratificación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** tomado a partir del minuto 1:03:36.

<sup>48</sup> Folio 4892 del cuaderno público No. 25 del Expediente. Ratificación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** tomado del minuto 2:09:00.

<sup>49</sup> Folio 4892 del cuaderno público No. 25 del Expediente. Ratificación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** tomado del minuto 2:09:29.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

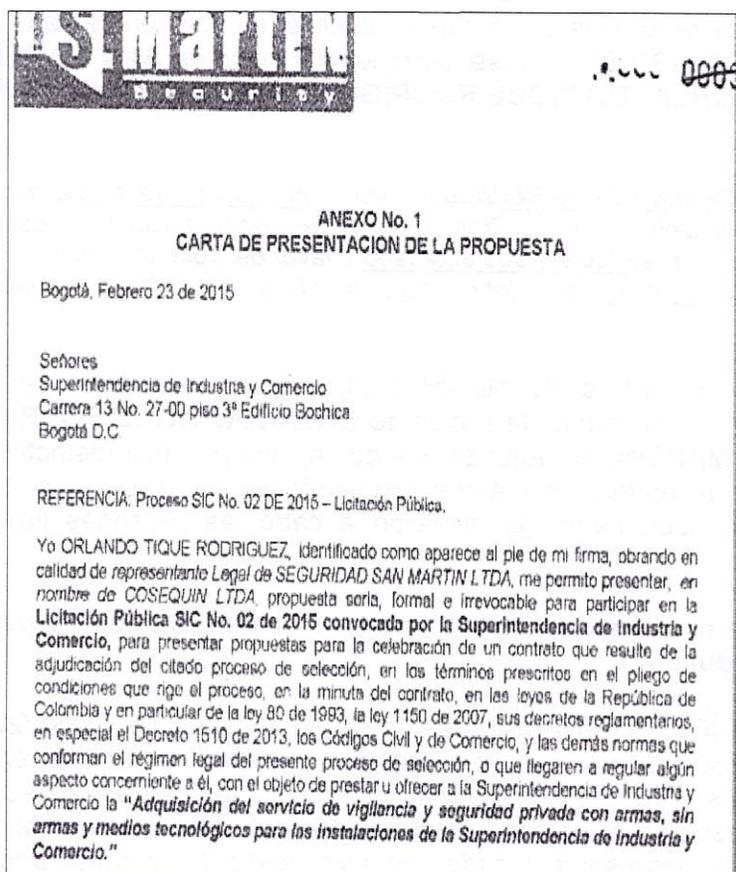
que hasta ahí, eso está delimitado. A partir de eso que nosotros vamos a participar es comenzar mecánicamente a hacer la oferta. Y la oferta, cuando yo hablo de la oferta es hacerla es identificar los requerimientos, principalmente es documental, reunir documentos de tipo legal, de orden técnico y, ya finalmente, mirar la parte económica.

**DELEGATURA:** Esas actividades...

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** Esas las hacía, yo asumo que las hacía doña DOLLY [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ]<sup>50</sup>.

En esta misma línea, se estableció que **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) era la persona encargada de firmar las propuestas de **SAN MARTÍN**, las cuales eran enviadas por **COSEQUÍN**, por lo cual es posible inferir que conocía su contenido y estaba vinculado directamente con el proceso de estructuración de las mismas. Por ejemplo, en el proceso de selección **SIC-02-2015**, **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** presentó y firmó la carta de presentación de **SAN MARTÍN**, la cual señalaba que presentaba la propuesta en nombre de **COSEQUÍN**, y los demás documentos de la propuesta<sup>51</sup>:

**Imagen No. 4: Carta de presentación SAN MARTÍN proceso de selección SIC-02-2015**



**Fuente:** Folio 158 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

Por último, se corroboró que **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) acordó el pago de un reconocimiento económico a **COSEQUÍN** y que tomó la decisión de suspenderlo con ocasión de la visita administrativa adelantada por esta Entidad. Por un parte, en declaración afirmó:

**"DELEGATURA:** ¿Qué remuneración ha recibido para los últimos tres años la señora que mencionaba usted Doris, Doris qué, DORA CHÁVEZ, DORA CHÁVEZ?

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** No, realmente con ella el, el único proceso que hemos ganado de los que ella nos ha hecho, es el de Secretaría de Educación de ahorita.

**DELEGATURA:** Y, ¿qué remuneración recibió ella?

<sup>50</sup> Folio 4892 del cuaderno público No. 25 del Expediente. Ratificación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** tomado a partir del minuto 1:22:56.

<sup>51</sup> Folios 154 a 293 de los cuadernos públicos No. 1 y 2 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** *No, ella está pendiente para liquidarle (...)*

**DELEGATURA:** *Y, ¿qué negociaron ustedes con ella?*

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** *Ella [DOLLY PATRICIA CHÁVEZ ROMERO], a ella se le va pagar creo que es el 1% del valor del contrato*<sup>52</sup>.

Por otra parte, en ratificación ante esta Entidad afirmó:

**“DELEGATURA:** *¿Ustedes le reconocieron la retribución de las que venimos hablando a COSEQUÍN al final del ejercicio o no?*

**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ:** *No señor. Este contrato fue adjudicado y como es natural lo primero en que nos ocupamos es en la ejecución de ese contrato todo lo que es la logística, alistamiento de personal todo este tipo de cosas que se producen muy rápido y nos enfocamos en la ejecución de ese contrato, luego de esto llega la visita de la Superintendencia y se tomó la decisión de mantener stand by hasta tanto nosotros tengamos claridad del desenlace de esta investigación*<sup>53</sup>.

Todo lo anterior, puede resumirse en lo expuesto en el recurso presentado por **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**), donde se ratificó la injerencia que tuvo **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** en la materialización de la conducta objeto de reproche:

*“el investigado Orlando Tique Rodríguez cesó la conducta infractora al recibir la visita de inspección de la Delegatura de Protección de la Competencia (...). Esta cesación se evidencia en que no realizó el pago acordado a favor de Dolly Chávez (...) Así mismo, no volvió a solicitar colaboración a John Ríos o Dolly Chávez (...)”*<sup>54</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

Con base en lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se probó, de manera suficiente y sustentada, el despliegue efectivo de la acción de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) de autorizar y ejecutar una práctica restrictiva de la competencia. De este modo, a la luz del abundante material probatorio allí analizado, es evidente su participación en el comportamiento coordinado que llevaron a cabo las personas jurídicas investigadas y sancionadas.

### **3.8. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos sobre la pérdida de la facultad sancionatoria por caducidad**

**COSEQUÍN** y **JHON RÍOS MOLINA** (representante legal y socio de **COSEQUÍN**) manifestaron en su recurso de reposición que la sanción impuesta “se profirió basada en hechos que ya se encontraban caducados”<sup>55</sup> ya que, “no se trata de actuaciones de trato sucesivos (sic)”<sup>56</sup> si no que al ser diferentes procesos de selección pública de diferentes entidades públicas, “la caducidad de la facultad sancionatoria debe ser analizada uno a uno respecto de cada conducta”.

Sobre el argumento expuesto por los recurrentes, el Consejo de Estado ha sido claro en señalar que “las infracciones continuadas, suponen pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable”<sup>57</sup>. Es decir, si bien en una conducta continuada las acciones u omisiones adelantadas

<sup>52</sup> Folio 3281 del cuaderno reservado No. 1 “Visita – San Martín” del Expediente. Declaración de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** tomado a partir del minuto 21:23.

<sup>53</sup> Folio 4892 del cuaderno público No. 25 del Expediente. Ratificación de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** tomado a partir del minuto 1:39:38.

<sup>54</sup> Folios 5301 y 5302 del cuaderno público No. 28 del Expediente.

<sup>55</sup> Folio 5267 del cuaderno público No. 28 del Expediente.

<sup>56</sup> *Ibíd.*

<sup>57</sup> Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Cuarta. sentencia de 2 de julio de 1999, C.P. Daniel Manrique Guzmán en: Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Cuarta. sentencia de 4 de septiembre de 2008. C.P. Héctor J. Romero Díaz. Rad: 15106.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

por los actores de las mismas son separables e individualizables, lo cierto es que se hacen con un propósito común, bajo la misma intención y comparten exactamente los mismos elementos.

De hecho, en reciente pronunciamiento el Consejo de Estado indicó:

*“Siendo la conducta continuada por parte de los demandantes, para la Sala no existe el menor asomo de duda de que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empezó a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico”<sup>58</sup>.*

Entonces, la definición de conducta continuada que ha sido citada permite identificar sus elementos constitutivos, a saber: **(i)** pluralidad de acciones u omisiones, **(ii)** unidad de intención e **(iii)** identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. Sobre la base de lo expuesto, la conducta sancionada en la Resolución Sancionatoria, contrario a la postura de los recurrentes, es un comportamiento de carácter continuado en la medida en que claramente puede verificarse que reúne los tres elementos constitutivos expuestos.

Teniendo en cuenta lo anterior, para el Despacho es claro que el término de caducidad de la facultad sancionatoria comenzó a contar desde el último acto de ejecución del acuerdo restrictivo de la libre competencia.

Al respecto, esta Superintendencia profirió la Resolución 42216 de 2019 y la notificó a los sancionados dentro del término legal establecido, esto es, antes de que se cumplieran los cinco años de haberse presentado el último hecho constitutivo de la conducta anticompetitiva.

El término legal que tiene la autoridad de la competencia para instruir las investigaciones por posibles infracciones al régimen de la libre competencia es de cinco años, contados a partir de la ejecución de la conducta –en caso de ser de ejecución instantánea– o desde el momento en que se ejecutó el último acto o hecho de la conducta anticompetitiva –en caso de ser de ejecución continuada o permanente–. En efecto, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 dispone que:

*“(…) La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia **caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo**, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado”.*

Resulta importante hacer referencia a lo que en esta materia –conductas continuadas y la contabilización de los términos para que una entidad administrativa imponga una sanción– ha establecido el Consejo de Estado. Para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo:

*“las infracciones continuadas, suponen pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable”<sup>59</sup>.*

En tal sentido, para las conductas de tracto sucesivo o infracciones continuadas la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado se cuenta a partir de la realización del último acto de ejecución. En palabras del Consejo de Estado:

*“[l]a caducidad de la facultad sancionatoria del Estado empezó a correr a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución de la falta al ordenamiento jurídico”<sup>60</sup>.*

<sup>58</sup> Consejo de Estado – Sección Quinta, sentencia del 21 de junio de 2018, C.P. Alberto Yepes Berreiro, Rad. 25000-23-24-000-2010-00305-02. Demandante HOLCIM S.A. y otros. Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Quinta, sentencia del 14 de junio de 2018, C.P. Alberto Yepes Berreiro, Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01. Demandante CEMEX COLOMBIA S.A. en Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Quinta (descongestión), sentencia del 9 de agosto de 2018, rad. 25000-23-24-000-2010-00334-01, CP: Rocío Araújo Oñate.

<sup>59</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 4 de septiembre de 2008, Rad. 15106, CP: Héctor J. Romero Díaz.

<sup>60</sup> Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta: **(i)** sentencia del 21 de junio de 2008, Rad. 25000-23-24-000-2010-00305-02, CP: Alberto Yepes Berreiro; **(ii)** sentencia del 14 de junio de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01, CP: Alberto Yepes Berreiro y; **(iii)** sentencia del 9 de agosto de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2010-00334-01, CP: Rocío Araújo Oñate.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Teniendo en cuenta lo anterior, el término de caducidad de la facultad sancionatoria comenzó a contar desde el último acto de ejecución del esquema colusorio restrictivo de la libre competencia, esto es, con la adjudicación del proceso **SIC-02-2015** el 9 de marzo de 2015<sup>61</sup>. Incluso, de tomarse como fecha el día 23 de febrero de 2015, fecha en la que **COSEQUÍN** y **SAN MARTÍN** presentaron sus propuestas en el proceso **SIC-02-2015**<sup>62</sup>, esta Entidad se encontraba dentro del término establecido para sancionar.

De esta forma, el argumento presentado por los recurrentes es totalmente infundado y será rechazado.

### **3.9. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la indebida graduación de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución Sancionatoria**

Los sancionados también presentaron argumentos sobre la dosificación de las sanciones impuestas. Por una parte, **SAN MARTÍN** señaló que: **(i)** en el análisis del impacto de la conducta se ignoró que no existió una capacidad real de afectar los procesos de selección; **(ii)** el análisis de la dimensión del mercado fue erróneo porque debe analizarse el tamaño del mercado y no a la afectación producida por la conducta; **(iii)** frente al beneficio obtenido por la conducta, la Resolución Sancionatoria “*carece de dato numérico o fáctico alguno que permita evaluar el beneficio*”; y **(iv)** en el análisis de la conducta procesal no se reconoció la “*colaboración total y desprevenida*” de **SAN MARTÍN**.

En relación con la multa impuesta a **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) se dijo que: **(i)** sobre la persistencia de la conducta infractora no se reconoció que **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** cesó la conducta al recibir la visita de inspección de la Delegatura y que no volvió a solicitar la respectiva colaboración; **(ii)** respecto al impacto, la conducta no tuvo la capacidad de alterar los procesos de selección; y **(iii)** se omitió reconocer que la conducta procesal de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** fue el sustento con el cual pudo realizarse la acusación.

Adicionalmente, para **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) es un error técnico establecer las multas impuestas como un porcentaje de los patrimonios y que, al estar la multa establecida en salarios mínimos, lo que le corresponde a la Superintendencia es determinar “*cuántos salarios mínimos le corresponden a la conducta cómo sanción, dentro del máximo permitido*”. Situación que, además, resulta en “*una profunda injusticia*”.

Por otra parte, **COSEQUÍN** y **JHON RÍOS MOLINA** (representante legal y socio de **COSEQUÍN**) señalaron que: **(i)** en relación con el impacto de la conducta en el mercado, que esta no impactó ni afectó los mercados investigados y que la conducta “*nunca*” tuvo tal intención; **(ii)** frente al beneficio obtenido por la conducta, la Resolución Sancionatoria expone un argumento superfluo sin valor alguno, máxime cuando no logró probarse ningún beneficio económico por parte de **COSEQUÍN**; **(iii)** respecto a la dimensión del mercado afectado, indicaron que “*no corresponde al 100% de los mercados, pues como se reseñó el efecto de la conducta NO TUVO EN NINGUN MOMENTO la intención anticompetitiva de restringir la libertad de competencia*”<sup>63</sup>.

En relación con los argumentos presentados este Despacho procede a pronunciarse en los siguientes términos:

**(i)** Es importante que los sancionados tengan presente que el hecho de que existan criterios de graduación no implica que en el acto administrativo deba hacerse un razonamiento expreso que sustente el monto de cada una de las sanciones. Frente a esto, el Consejo de Estado ha sido enfático en señalar que:

*“(…) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello **puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos**, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, **de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la***

<sup>61</sup> Folio 2901 del cuaderno público No. 15 del Expediente.

<sup>62</sup> Folio 2901 del cuaderno público No. 15 del Expediente.

<sup>63</sup> Folio 5271 del cuaderno público No. 28 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)**<sup>64</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación no impone a la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un razonamiento expreso y especial sobre la metodología aplicada para la estimación del monto de las sanciones.

(ii) Frente a los argumentos según los cuales la conducta no afectó ni tuvo la capacidad de afectar los procesos de selección y que esta circunstancia no fue considerada en la Resolución Sancionatoria, se reitera que el hecho 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 esta Entidad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.**

De igual manera, se recalca que las buenas o malas intenciones de los agentes de mercado investigados no tiene relevancia al momento de establecer responsabilidad administrativa en las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia.

Ahora bien, **COSEQUÍN** y **JHON RÍOS MOLINA** señalaron que no se valoraron algunas pruebas documentales aportadas por los sancionados, que de haber sido valoradas demostrarían que el impacto de la conducta investigada "*fue tenue y no absoluto como lo refiere la Superintendencia en sus argumentos*". Brevemente, este Despacho se permite señalar que lo mencionado por los recurrentes implicaría un análisis fragmentado del material probatorio. Al respecto, la valoración de las pruebas se realizó de conformidad con la sana crítica y en conjunto, siguiendo así los preceptos legales. De modo que, en la Resolución Sancionatoria se expresó la motivación del raciocinio que fundamentó la decisión y el análisis probatorio en el acto recurrido permitió demostrar suficiente y razonadamente la existencia del esquema anticompetitivo de cooperación existente entre los sancionados.

Adicionalmente, no es acertada la conclusión a la que llegan los recurrentes sobre que de haberse valorado las pruebas, se habría demostrado que el impacto de la conducta investigada fue tenue y no absoluto, pues tal y como se expresó en la Resolución Sancionatoria, en primer lugar, cada proceso de selección donde se materializó la conducta reprochada es un mercado afectado y, en segundo lugar, de haberse logrado la adjudicación del contrato estatal valiéndose de prácticas restrictivas de la competencia como las que aquí se sancionan, o incluso sin lograr su adjudicación pero participando en los procesos contractuales utilizando este tipo de conductas ilegales, se genera una afectación total y absoluta a las condiciones de competencia, igualdad y transparencia que deben regir en estos mercados.

(iii) Frente a los argumentos relacionados con la dimensión del mercado, 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 afectado toda vez que el mismo se enmarca por el alcance de la conducta<sup>65</sup>, y que por otro lado, en casos de colusión en procesos de contratación pública, el mercado afectado corresponderá a cada uno de tales procesos<sup>66</sup>.

Por lo anterior, no es de recibo el argumento sobre el tamaño del mercado y se reitera lo indicado en la Resolución Sancionatoria en relación a que la conducta de los investigados afectó el 100% de los mercados en los cuales se llevaron a cabo los acuerdos anticompetitivos.

<sup>64</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

<sup>65</sup> 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.

<sup>66</sup> Resolución No. 40875 de 2013 (caso VALME), Resolución No. 85898 de 2018 (caso Aerocafé), Resolución No. 2076 de 2019 (caso MinCultura), entre otras.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

(iv) Frente a los argumentos relacionados con el beneficio obtenido de la conducta, el Despacho realizará dos precisiones al respecto. En primer lugar, se 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, basta 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. Es así como, generar un ambiente de no competencia efectivamente tiene la potencialidad de afectar los procesos de selección.

En este orden de ideas, lo que evaluó el Despacho en este criterio fue, por un lado, que el comportamiento de los sancionados haya resultado en una estrategia colusoria efectivamente materializada a través de un esquema anticompetitivo y, tal y como se puso de presente en la Resolución Sancionatoria, que la ejecución del acuerdo derivó en la adjudicación de **SAN MARTÍN** de un proceso de selección y en el pago de la respectiva comisión a **COSEQUÍN** -así la misma no se llevara a cabo con ocasión de la visita de inspección realizada por la Delegatura-

(v) Frente a la persistencia de la conducta y la conducta procesal de **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**), este Despacho debe señalar que no es de recibo el argumento expuesto sobre la cesación de la conducta por parte de **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ**, ya que lo anterior no desdibuja el hecho que el investigado participó activamente en el acuerdo restrictivo durante todo el tiempo de su ejecución. Por otra parte, en relación con la conducta procesal la Superintendencia de Industria y Comercio valoró este criterio de conducta procesal como neutro. Lo anterior, toda vez que conductas como entregar la información requerida, en la calidad y tiempo solicitados, así como rendir declaraciones y dar respuesta a los interrogantes formulados por los miembros de la Delegatura, siempre en el marco de lo previsto en la Ley, son los comportamientos apenas esperados por esta Entidad de cualquier persona jurídica o natural, 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 por **SAN MARTÍN** y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ** (representante legal y socio de **SAN MARTÍN**) durante la totalidad de la actuación administrativa.

(vi) Frente a la definición de la multa como un porcentaje del patrimonio, este Despacho debe aclarar que en el caso de los agentes de mercado el numeral 7 del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, presenta como criterio 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 esta cifra para dosificar su sanción.

Ahora bien, es importante precisar por una parte que, contrario a lo manifestado por los recurrentes en la Resolución Sancionatoria, para el caso de las personas sancionadas bajo el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, no se estableció la multa “*como un porcentaje de su patrimonio*”. De hecho, la referida norma no tiene en cuenta el patrimonio como criterio de graduación de la multa para el caso de todas aquellas personas que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de las normas de protección de la competencia.

Por otra parte, debe precisarse que la comparación realizada por los sancionados respecto del valor que representan las multas en salarios mínimos mensuales legales vigentes es inválida y a todas luces impertinente. Lo anterior, por cuanto el monto de la sanción depende, entre otros factores, de criterios de análisis particulares de cada investigado con el fin de que el monto impuesto no resulte confiscatorio y desproporcionado.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

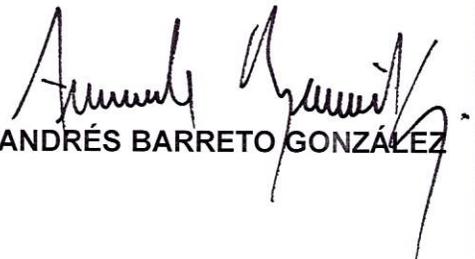
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 42216 del 3 de septiembre de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **COSEQUÍN LIMITADA**, identificada con NIT 890.001.572-5, **SEGURIDAD SAN MARTÍN LIMITADA**, identificada con NIT 830.106.586-1, **JHON RÍOS MOLINA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.433.144 y **ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 5.969.540, informándoles que en su contra no proceden recursos.

**ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR** la presente decisión a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, para lo de su competencia, entregándoles copia de la decisión e informándoles que en su contra no proceden recursos.

**NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE**Dada en Bogotá D.C., a los **05 NOV 2019****EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

**ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ**

Proyectó: P. Aguilar  
Revisó y aprobó: A. Pérez

**NOTIFICAR**

**COSEQUÍN LTDA.**  
NIT. 890.001.572-5  
**JHON RÍOS MOLINA**  
C.C. 11.433.144  
Apoderado  
**CARLOS ALBERTO CARVAJAL RAMÍREZ**  
C.C. 1.105.677.753  
T.P. 217.250 del C. S. de la J.  
Carrera 70F No. 79-99  
Bogotá D.C.  
[carlos.carvajal.ramirez@hotmail.com](mailto:carlos.carvajal.ramirez@hotmail.com)  
[cosequin.bogotá@hotmail.com](mailto:cosequin.bogotá@hotmail.com)

**SEGURIDAD SAN MARTÍN LTDA.**  
NIT. 830.106.586-1  
**ORLANDO TIQUE RODRÍGUEZ**  
C.C. 5.969.540  
Apoderado  
**CARLOS ANDRÉS PERILLA CASTRO**  
C.C. 79.757.068  
T.P. 90.099 del C. S. de la J.  
Diagonal 75 # 2 – 41  
Bogotá D.C.  
[carlos.perilla@outlook.com](mailto:carlos.perilla@outlook.com)

**COMUNICAR**

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**  
Diagonal 22 B No. 52 – 01 (Ciudad Salitre)  
Bogotá D.C.