



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

RESOLUCIÓN **12626** DE 2019

(09 MAY 2019)

Radicación: 14-92358

VERSIÓN PÚBLICA

"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 2011¹, y

CONSIDERANDO

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019 (en adelante "Resolución Sancionatoria" o "Resolución No. 3150 de 2019"), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** y **LORENZO OROZCO PABÓN** violaron la libre competencia económica al haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Asimismo, la Superintendencia de Industria y Comercio archivó la investigación en favor de **CASTAÑEDA RODRÍGUEZ INGENIERÍA & ARQUITECTURA LTDA.** por la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por parte de esta persona jurídica.

De igual forma, la Superintendencia archivó la investigación en favor de **DANIEL ALEJANDRO CASTAÑEDA RODRÍGUEZ** y **LUIS ALBERTO FULA CASTIBLANCO** por la infracción al numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las respectivas sanciones pecuniarias a las personas naturales mencionadas.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 3150 de 2019, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 y el artículo 76 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante "CPACA"), **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ², JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO³, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ⁴** y **LORENZO OROZCO PABÓN⁵** interpusieron recurso de reposición dentro del término legal establecido.

Por su parte, **SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA⁶** presentó recurso de reposición fuera del término, por lo cual no será tomado en cuenta.

Al respecto, sobre las garantías del debido proceso el numeral 1 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, dispone que "(...) las actuaciones administrativas se adelantarán de conformidad con las normas de procedimiento y competencia establecidas en la Constitución y la ley, con plena garantía

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

² Folios 1444 al 1454 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 14-92358

³ Folios 1527 al 1532 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁴ Folios 1492 al 1496 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁵ Folios 1534 al 1535 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

⁶ Folios 1552 al 1559 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de los derechos de representación, defensa y contradicción". (Subrayas fuera de texto). Así, el artículo 76 *ibídem* establece que "[l]os recursos de reposición y apelación deberán interponerse por escrito en la diligencia de notificación personal, o dentro de los diez (10) días siguientes a ella, o a la notificación por aviso, o al vencimiento del término de publicación, según el caso."

En armonía con lo anterior, el numeral 1 del artículo 77 de la Ley 1437 de 2011 señala que "(...) Los recursos deberán reunir, además, los siguientes requisitos: 1. Interponerse dentro del plazo legal, por el interesado o su representante o apoderado debidamente constituido. (...)". (Subrayas fuera de texto).

Bajo ese contexto, de acuerdo a la información que obra en el Expediente, la Resolución 3150 de 2019 fue notificada a **SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA** el día 14 de febrero de 2019 por notificación electrónica⁷. Por lo anterior, este investigado tenía plazo legal hasta el día 28 de febrero de 2019 para presentar su recurso de reposición. Sin embargo, dicha acción fue radicada solo hasta el 2 de abril de 2019.

Así las cosas, corresponde a este Despacho, en virtud del artículo 78 de la Ley 1437 de 2011, disponer el rechazo del recurso de reposición presentado por **SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA**, por haber sido interpuesto fuera del plazo legal establecido en el artículo 76 *ibídem*.

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

2.1. Argumentos planteados por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**

- En el presente caso se están valorando las pruebas de manera arbitraria, violando las reglas de la sana crítica y los criterios de interpretación de los testimonios;
- Las explicaciones dadas por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** han sido descartadas de manera subjetiva y en virtud de apreciaciones personales de la Autoridad;
- **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** ha reconocido que todos los documentos presentados en los procesos de selección objeto de investigación fueron elaborados por parte de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**. Sin embargo, también ha manifestado de manera reiterativa que no tenía conocimiento de este hecho, y que la firma que registra en los documentos presentados no corresponde a la que utiliza en el giro ordinario de sus negocios;
- La Superintendencia no cuenta con pruebas que permitan desmentir el hecho que **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** haya sido quien elaboró las propuestas económicas presentadas;
- En el presente caso, y a pesar de afirmarse lo contrario, se está sancionando el hecho de que los investigados hubieran tenido relaciones comerciales anteriores. Adicionalmente, no existen pruebas que demuestren que dichas relaciones derivaron en una práctica anticompetitiva;
- El Despacho le ha otorgado un valor muy alto al testimonio de **HILLER FRANCISCO GARCÍA MEDINA**, funcionario de **SEGUROS LA EQUIDAD**;
- Los investigados se conocen en virtud de que la ciudad de Santa Marta es una "plaza pequeña", lo cual no ha sido tenido en cuenta por la Autoridad. Sin embargo, no hay prueba respecto a la existencia de un actuar colusorio;
- **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** efectivamente conocía con anterioridad a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**. No obstante, no habían tenido contacto desde la culminación de un proceso en el año 2008. Por lo anterior, no hay elementos que permitan demostrar que se hubieran puesto de acuerdo para la presentación de ofertas económicas en los casos objeto de investigación;
- El hecho que otros investigados le hubieran otorgado el aval a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** para participar en futuros procesos de selección, no implica que **EFRAÍN**

⁷ Folio 1542 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

CUCUNUBÁ BERMÚDEZ también lo hubiera hecho. Incluso este último presentó una denuncia penal ante la Fiscalía 18 seccional de Santa Marta, bajo el Radicado No. 4700016001019201604668;

- **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** trabajó en el pasado para **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**. Sin embargo, no puede hablarse de una conducta colusoria por el hecho que en el pasado se hubieran compartido documentos;
- La Superintendencia no tiene en cuenta que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** ha puesto en conocimiento de las autoridades penales algunos procesos anteriores en los que supuestamente participó con **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**;
- A la hora de analizar el presente caso no se tuvieron en cuenta los argumentos respecto a una falsedad en las firmas de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, incluso habiendo obtenido la confesión por parte de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**;
- La Superintendencia utiliza el argumento de que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** registró el contrato resultante del proceso de selección en su Registro Único de Proponentes (RUP), sin embargo no tiene en cuenta que dicho registro se hizo en fecha posterior a la apertura de la presente investigación;
- **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** obtiene información por primera vez del contrato adjudicado como resultado del proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE** por parte de su contador, una vez este último recibió registro de la DIAN. Al no tener conocimiento de dicho proceso, procede a presentar la denuncia penal correspondiente;
- No tiene explicación que la Superintendencia no haya solicitado de oficio el practicar un examen grafológico sobre las firmas de los documentos presentados, teniendo en cuenta la manifestación de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** de haber sido víctima de falsificación de su firma;
- En el presente caso se hace alusión al artículo 244 del Código General del Proceso (CGP) para argumentar la presunción de legalidad de los documentos existentes en el Expediente. Sin embargo, no se tiene en cuenta que el inciso final de dicha norma establece que quien aporta un documento reconoce su autenticidad, a menos que alegue su falsedad;
- No hay prueba en el Expediente respecto a que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** tenía conocimiento de la conducta alegada, por lo cual no hay lugar a alegar su negligencia. **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** tenía posesión de los documentos de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** por procesos anteriores, y lo que hizo fue abusar de la confianza de este último;
- La conducta alegada no cumplió con el requisito de significatividad exigido en la Ley de Competencia, por tratarse de un contrato de mínima cuantía de tan solo **SESENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$66.000.000.00)**;
- En el presente caso no existió una vulneración a la participación de las empresas en el mercado, ni al bienestar de los consumidores ni a la eficiencia económica;
- No se realizaron notificaciones personales al investigado, a pesar de que la Superintendencia contaba con su dirección de domicilio debido a que había participado en anteriores procedimientos ante la Entidad;
- La Superintendencia violó la presunción de inocencia de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** en virtud de que siempre partió de la falsedad de las afirmaciones de este último;
- La Autoridad no tenía ningún interés en conocer la verdad de los hechos objeto del presente proceso, razón por la cual no aceptó reprogramar el interrogatorio de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2.2. Argumentos presentados por JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO

- **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** reconoció haber sido quien preparó y presentó los documentos correspondientes a las ofertas económicas de los consorcios investigados;
- El hecho que las personas sancionadas en el presente proceso tuvieran relaciones comerciales anteriores no quiere decir que hubieran orquestado una práctica anticompetitiva;
- El hecho que **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** hubiera obtenido los documentos de los demás investigados con anterioridad no desmiente la afirmación respecto a que actuó de manera independiente, defraudando la confianza de los demás involucrados;
- En el presente caso no existió ningún tipo de estrategia colectiva;
- Si bien es cierto que los demás investigados le otorgaron en el pasado sus documentos a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** para la presentación de propuestas económicas en diferentes procesos de selección, lo habían hecho con el fin de que se hiciera en un escenario de legalidad;
- No es posible establecer que por el hecho de que le hubieran otorgado los documentos de identidad necesarios para preparar las propuestas económicas, los demás investigados le hubieran dado un "aval" a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** para actuar de la manera indicada por la Superintendencia;
- **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** aprovechó los documentos recibidos por parte de los demás investigados para presentar las ofertas económicas, pero siempre de forma autónoma;
- La Superintendencia sobre valora las declaraciones de **HILLER FRANCISCO GARCÍA MEDINA**, funcionario de **SEGUROS LA EQUIDAD**;
- Si bien es cierto que los documentos presentados dentro del proceso están amparados con una presunción de autenticidad, esta última es precisamente una presunción legal, la cual permite ser controvertida, tal y como se hizo con la confesión hecha por parte de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**;
- La Superintendencia de Industria y Comercio tenía la obligación de verificar la autenticidad de los documentos presentados en las ofertas económicas;
- En el presente caso no es clara la existencia de una colusión, toda vez que no puede determinarse cómo y desde cuando se dio. Lo anterior dado que no hay prueba directa del actuar colusorio entre competidores;
- **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** participó como miembro de un consorcio con **EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** para participar en un proceso de selección. Esta conducta de ninguna manera puede configurar una colusión entre las partes;

2.3. Argumentos presentados por FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ

- De las declaraciones rendidas por **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** en el proceso es claro que ningún otro investigado participó en la elaboración de los procesos de selección objeto de investigación;
- **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** manifestó dentro de la investigación que no conocía de los procesos investigados, así como tampoco conocía a la persona que registraba como su socio en el consorcio del que supuestamente hacía parte. Sin embargo, no se tuvo en cuenta la totalidad de su testimonio;
- La Superintendencia sanciona a **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** por no haber controvertido la Resolución No. 52793 del 9 de agosto de 2016 (Resolución de Apertura de Investigación), sin tener en cuenta que la misma no le fue notificada por el medio más expedito. De igual forma, la Superintendencia no tuvo en cuenta las pruebas solicitadas por **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** debido a que se encontraban "extemporáneas", sin tener en cuenta que las mismas

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

podrían llevar a la verdad de los hechos. Por último, la Superintendencia decretó de oficio un número de pruebas que nada tenían que ver con el objeto del proceso;

- **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** reconoció haber hecho todo para favorecerse él mismo;
- La responsabilidad por violación a las normas de libre competencia debe ser en virtud de los verbos rectores colaborar, facilitar, ejecutar y tolerar, lo cual no ocurrió en el presente caso;
- No hay prueba en el Expediente que demuestre una estrategia de colusión. No se entiende cómo, si los investigados efectivamente se coludieron, no suscribieron ellos mismos los documentos correspondientes a las ofertas presentadas;
- La sanción impuesta a **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** es desproporcionada, teniendo en cuenta que no cuenta con ingreso alguno que le permita soportar la sanción.

2.4. Argumentos presentados por **LORENZO OROZCO PABÓN**

- **LORENZO OROZCO PABÓN** no tenía conocimiento alguno respecto a los procesos objeto de investigación;
- La Superintendencia se encuentra imponiendo una sanción por una conducta que no se cometió;
- **LORENZO OROZCO PABÓN** simplemente le prestó sus documentos a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** para la participación de procesos en el año 2013;
- Según la posición de la Superintendencia con la sanción impuesta, no sería posible entregar documentos para asociarse con el objetivo de participar en procesos de selección, dado que este actuar traería una responsabilidad muy grande para los contratistas.

TERCERO: Que de conformidad con el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), esta Superintendencia, por medio de la Resolución No. 6176 del 19 de marzo de 2019⁸, rechazó unas pruebas solicitadas por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**. De igual forma, por medio de la Resolución No. 9809 de 2019, la Superintendencia rechazó el recurso de reposición interpuesto por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** respecto al rechazo de pruebas.

Así, surtido el periodo probatorio establecido por el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo – CPACA), este Despacho procederá a resolver de plano los recursos de reposición presentados dentro del término legal establecido, 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 del 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, 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.

⁸ Folios 1498 a 1501 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 competencia⁹.

De acuerdo con la OCDE¹⁰:

"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"¹¹.

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

⁹ 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.

¹⁰ OCDE corresponde a la sigla en español para *Organisation for Economic Cooperation and Development* (Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos).

¹¹ 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"

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 compradores que no adquieren para uso personal o privado sino para incorporar el producto o servicio en su cadena de producción"¹².

¹² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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"¹³. (Negritas y subrayas 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 señalado¹⁴:

"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."¹⁵

¹³ Corte Constitucional. Sentencia C-172 de 2014. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

¹⁵ 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 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."

"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 oportunidades¹⁶, 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 Penal¹⁷.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso dio cuenta de la existencia de una conducta colusoria entre **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ y LORENZO OROZCO PABÓN**, quienes en virtud de relaciones personales y comerciales pre-existentes entre ellos perfeccionaron un sistema de colaboración con el fin de estructurar consorcios o uniones temporales para participar en diferentes procesos de selección futuros. Dicho sistema fue puesto en marcha en los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del FONADE.

Así, durante la investigación administrativa adelantada por esta Superintendencia, se evidenciaron pruebas que dieron cuenta que entre los miembros de los consorcios investigados no solo existían relaciones comerciales de vieja data, sino que además, en virtud de las mismas, se compartían información y documentos con los cuales estructuraban consorcios o uniones temporales, por medio de los cuales participaban en diferentes procesos de selección, de manera coordinada y anticompetitiva, aumentando su probabilidad de éxito, afectando los intereses de las entidades contratantes y demás competidores.

Por lo anterior, no hubo duda que la actuación de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ y LORENZO OROZCO PABÓN**

¹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

¹⁷ "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 los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del **FONADE** correspondió a una conducta colusoria, violatoria del régimen de libre competencia en Colombia, específicamente lo establecido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y el artículo 1 de la ley 155 de 1959.

Teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados, el Despacho procede a resolver cada uno de los recursos de reposición interpuestos dentro del término legal, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.2. Argumentos relacionados con el conocimiento de EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, LORENZO OROZCO PABÓN y FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ respecto al comportamiento de JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO

EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, LORENZO OROZCO PABÓN y FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ manifestaron en sus respectivos recursos de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una valoración subjetiva y arbitraria de las pruebas y los hechos en el presente caso, sin haberse tenido en cuenta la totalidad de las explicaciones dadas por los sancionados respecto a su total desconocimiento del actuar de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** en los procesos de selección objeto de investigación.

De igual forma, manifestaron que la Superintendencia no acreditó prueba alguna que soportara su supuesto conocimiento de la conducta anticompetitiva ni de un actuar colusorio conjunto entre los sancionados, además de no tener en cuenta la confesión hecha por **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** de haber actuado de manera autónoma en la presentación de las propuestas económicas en los procesos de selección objeto de investigación.

A su vez, argumentaron que este Despacho decidió imponer una sanción basado exclusivamente en la existencia de relaciones comerciales pasadas entre los recurrentes, sin tener en cuenta que, si bien entonces se compartieron documentos e información privada, nunca se "orquestó" entre ellos una práctica anticompetitiva.

Por último, los recurrentes reiteran que esta Superintendencia dio un valor muy alto a las afirmaciones hechas por **HILLER FRANCISCO GARCÍA MEDINA**, funcionario de **SEGUROS LA EQUIDAD**, respecto a la supuesta existencia de un grupo de trabajo entre los sancionados en el presente proceso.

Frente a estos argumentos, en primer lugar debe reiterarse que si bien en el presente caso no se cuenta con prueba directa (correos electrónicos, mensajes, reuniones, etc.) que hubiera permitido demostrar en un primer momento la existencia de conocimiento y de un actuar coordinado entre los sancionados, si existen diferentes elementos indiciarios, que analizados en conjunto y bajo la sana crítica, permitieron a esta Superintendencia llegar a la conclusión respecto a la existencia de una conducta que debió ser sancionada por ser violatoria al régimen de libre competencia en Colombia.

Al respecto, es importante reiterar que, como se ha entendido en el ámbito local e internacional, para determinar la existencia de acuerdos restrictivos de la libre competencia en los términos del Decreto 2153 de 1992, no es necesario contar con prueba directa que dé cuenta de un acuerdo formal, escrito y suscrito por las partes investigadas.

Por el contrario, se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de acuerdos contrarios a la libre competencia con pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar prácticas comerciales restrictivas de la competencia¹⁸.

En efecto, se ha entendido que, precisamente, en los casos de colusión en licitaciones públicas, la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial juega un papel fundamental. Esto debido a que en buena parte de los casos de este tipo no se encuentra rastros directos de las conductas realizadas, como lo podrían ser acuerdos escritos entre las partes. Es así como, por ejemplo, el Tribunal de Defensa de la Competencia de España ha señalado:

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"...Tribunal de Defensa de la Competencia ha declarado en sentencia de 6 de marzo de 2000, que "el derecho de la presunción de inocencia no se opone a que la convicción judicial pueda formarse sobre la base de una prueba indiciaria; pero para que esta prueba pueda desvirtuar dicha presunción debe satisfacer las siguientes exigencias constitucionales: los indicios han de estar plenamente probados –no puede tratarse de meras sospechas- y se debe explicar el razonamiento en virtud del cual, partiendo de los indicios probados, ha llegado a la conclusión de que el imputado realizó la conducta infractora; ...hay que resaltar –continúa la sentencia indicada- que estas tienen una mayor operatividad en el campo de defensa de la competencia, pues difícilmente los autores de actos colusorios dejarán huella documental de su conducta restrictiva o prohibida, que únicamente podrá extraerse de indicios o presunciones. El negar validez a estas pruebas indirectas conduciría casi a la absoluta impunidad de actos derivados de acuerdos o conciertos para restringir el libre funcionamiento de la oferta y la demanda". Los criterios expresados son igualmente recogidos en la STS de 26 de abril de 2005, también relativa a una resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia"¹⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En igual sentido, en el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile se ha afirmado sobre la prueba indiciaria lo siguiente:

"(...) La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia"²⁰.

Por su parte, en Estados Unidos las diferentes Cortes han entendido que la prueba directa no es un requisito *sine qua non*, y que por el contrario, la evidencia circunstancial permite establecer la existencia de acuerdos anticompetitivos²¹. Como señala el profesor William Kovacic "en casos de derecho de la competencia, las cortes permiten que la existencia de un acuerdo sea establecida por evidencia circunstancial"²², lo cual es manifestado de igual forma por el juez Richard Posner, quien señaló que "la mayoría de los casos son construidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial"²³.

Finalmente, según la OCDE, cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia²⁴, por lo que la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

¹⁹ RESOLUCION (Expediente 612/06, Aceites 2). En Madrid, a 21 de junio de 2007. En: www.tdcompetencia.es

²⁰ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, *FNE contra Isapre ING S.A. y otros*, Sentencia N°57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5° del voto de minoría.

²¹ Corte de Apelaciones del Séptimo Circuito. Caso: *In re Text Messaging Antitrust Litigation*. Decisión del 29 de diciembre de 2010. ("Direct evidence of conspiracy is not a sine qua non (...) Circumstantial evidence can establish an antitrust conspiracy").

²² Kovacic, William E. y Marshall, Robert C. y Marx, Leslie M. y White, Halbert L., "Plus Factors and Agreement in Antitrust Law". Diciembre 1 de 2011. Michigan Law Review, Vol. 110, No. 3, p. 393-436, 2011; GWU Legal Studies Research Paper No. 2012-1; GWU Law School Public Law Research Paper No. 2012-1.

²³ *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) ("...most of cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence..."). Esto también se encuentra evidente en el caso *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998): "Solo en casos raros el demandante puede establecer la existencia de una conspiración mostrando explícitamente un acuerdo; la mayoría de conspiraciones se infieren del comportamiento de los investigados [...] y de otra evidencia circunstancial [...] ("[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behaviour of the alleged conspirators [...] and from other circumstantial evidence [...]").

²⁴ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). "SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION". 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&doclanguage=en)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, en el ámbito local, esta Superintendencia se ha referido en diferentes ocasiones al respecto²⁵, afirmando que:

"(...) en la mayoría de investigaciones que adelantan las autoridades de competencia sobre este tipo de conductas resulta necesario buscar patrones extraños o irregulares en la presentación de las ofertas. En otras palabras, las colusiones en licitaciones, tanto en Colombia como en otras jurisdicciones, normalmente se prueban a través de indicios que, en su conjunto, y considerando el peso de cada uno de ellos, forman el convencimiento del juzgador respecto de la comisión de la conducta. Tan es cierto lo anterior que la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico OCDE ha diseñado guías para combatir la colusión en licitaciones, en las cuales establece los indicios que llevan a demostrar la existencia de este tipo de conductas anticompetitivas.

Más aún, (...), internacionalmente se reconoce que los indicios juegan un papel fundamental en la identificación de acuerdos anticompetitivos, en la medida en que la mayoría de investigaciones por la supuesta comisión de acuerdos no existe un documento en que el conste el contrato o el cartel, pero sí numerosas piezas procesales a partir de las cuales el juez o la administración pueden concluir, con certeza absoluta, que existió una conducta ilegal"²⁶.

Incluso, el mismo Consejo de Estado ha avalado el uso de los indicios o pruebas indirectas como medios idóneos y necesarios para detectar la existencia de acuerdos anticompetitivos. De esta forma, en decisión del 21 de junio de 2018 este Tribunal manifestó lo siguiente:

"Y si bien en la práctica es sencillo determinar la ilegalidad de un acuerdo expreso, en la mayoría de los casos las autoridades no cuentan con una prueba directa que les permita demostrar de manera plena el presunto acuerdo anticompetitivo.

En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia"²⁷. (Subraya y negrilla fuera de texto).

En virtud de lo anterior, no es posible desestimar de manera alguna la utilidad, y en especial la necesidad, de la prueba indiciaria en procesos en los que busca establecerse la existencia de acuerdos violatorios del régimen de libre competencia.

Ahora bien, en el presente caso, la Superintendencia hizo precisamente uso de un número de pruebas indiciarias, las cuales analizadas en conjunto permitieron determinar la existencia de un actuar anticompetitivo entre los sancionados. A continuación se presentarán dichos elementos.

En primer lugar se identificaron algunos procesos de selección pasados que dieron cuenta de la existencia de una relación comercial entre los sancionados, que en ocasiones se remontaba al año 2009.

Así, en la Resolución Sancionatoria se presentaron los siguientes ejemplos de procesos de selección, en los cuales pudo identificarse la participación conjunta de los sancionados:

- a) Proceso LP 020-2009²⁸ adelantado por el FONADE, cuyo objeto fue la construcción de una "INFRAESTRUCTURA EDUCATIVA TIPO A DENOMINADA "20 DE JULIO" EN EL DISTRITO DE BARRANQUILLA". El esquema presentado para este proceso fue el siguiente:

²⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

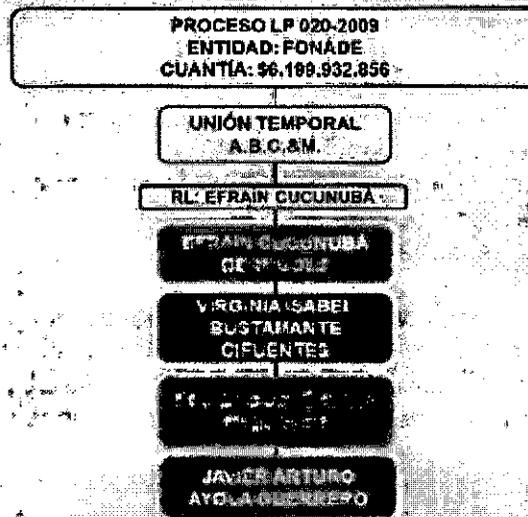
²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68967 de 2013.

²⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Quinta. Decisión del 21 de junio de 2018, Rad. No. 25000-23-24-000-2010-00305-02.

²⁸ En: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=09-1-42616>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

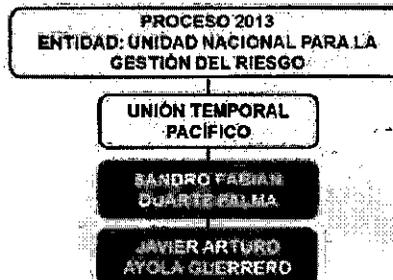
Gráfico No. 1. Esquema de presentación al proceso LP 020-2009



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de la información pública del proceso disponible en SECOP.

- b) Proceso adelantado por el **FONDO NACIONAL DE GESTIÓN DE DESASTRES** (hoy **UNIDAD NACIONAL PARA LA GESTIÓN DEL RIESGO DE DESASTRES**). El esquema presentado para este proceso fue el siguiente:

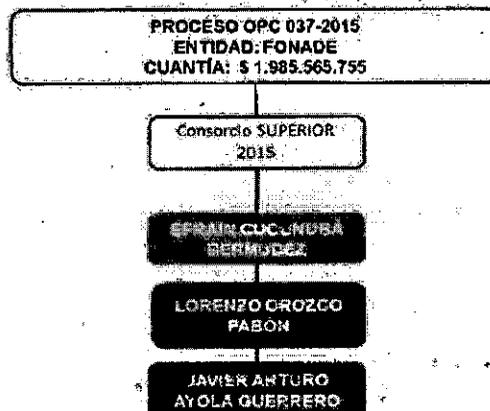
Gráfico No. 2. Esquema de presentación al proceso



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de información obrante en el folio 755 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente y 777 del cuaderno reservado No. 3.

- c) Proceso OPC 037-2015²⁹ adelantado por el **FONADE** cuyo objeto era la "**CONSTRUCCIÓN DE LA FASE II DEL PARQUE CONMEMORATIVO OMAIRA SÁNCHEZ EN EL MUNICIPIO DE ARMERO-GUAYABAL (TOLIMA)**". El esquema presentado para este proceso fue el siguiente:

Gráfico No. 3. Esquema de presentación al proceso OPC 037-2015



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio de la información pública del proceso disponible en SECOP.

²⁹ En: <http://www.fonade.gov.co/Contratos/Public/ViewContract.aspx?IdContract=4701>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De esta forma, para este Despacho no solo se probó que los sancionados se conocían entre sí de tiempo atrás, sino que además habían participado de manera conjunta en diferentes procesos de selección.

Ahora bien, y contrario a lo manifestado por los recurrentes, este no fue el único elemento utilizado por la Superintendencia para llegar a su conclusión. Por el contrario, el hecho que los sancionados en el presente caso tuvieran una relación comercial previa fue un elemento indiciario al que se le dio valor probatorio, en la medida en que fue analizado en conjunto y de acuerdo a la sana crítica con una variedad de elementos adicionales.

Así, fue posible determinar que dicha relación comercial pasada entre los investigados derivó en una relación de confianza máxima entre los mismos, a raíz de la cual incluso accedieron a entregar diferentes documentos privados a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** para que éste se presentara en nombre propio y de los demás sancionados en procesos de selección futuros.

Lo anterior fue puesto en evidencia por el mismo **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, quien afirmó ante esta Entidad que, precisamente en virtud de la relación de confianza que había desarrollado con los demás sancionados en el presente proceso, y haciendo uso de los documentos que estos últimos le habían otorgado, se encargó de buscar propuestas para participar a nombre propio y de los demás sancionados. Así, **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** manifestó:

*"DELEGATURA: ¿Esa relación que ustedes tenían, por la confianza que usted nos cuenta, consistía en que usted se encargaba de mirar a ver en que propuestas participaba, incluso a nombre de **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ, EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ Y los otros tres?**"*

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Sí, sí, como ya le decía, ya para este año yo estaba haciendo labores como independiente³⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** manifestó que entre él y los demás investigados se había puesto en marcha una estrategia consistente en que el primero recolectaba un número de documentos privados de los demás participantes, con el fin de hacer uso de los mismos para la elaboración y presentación de propuestas económicas en futuros procesos de selección.

Ahora bien, dicho comportamiento, contrario a lo manifestado por los recurrentes, era de conocimiento de todos los demás sancionados, quienes dieron su consentimiento y, por tanto, le otorgaron sus respectivos documentos a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**.

A continuación se transcribe lo mencionado por **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** al respecto:

"DELEGATURA: Usted nos podría explicar el paso a paso. ¿Cómo hizo usted las propuestas? ¿Cómo hizo usted para reunir los documentos? ¿Cómo hizo para elaborar las propuestas y presentarlas? Hablemos primero del proceso MCO 006, el de PIJAO.

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Sí, como le había comentado antes, yo ya había trabajado con ellos, ya le expliqué de qué forma los conocí, y ellos en determinado momento me facilitaron pues toda la documentación. Y de esa forma cuando yo revisé en el portal, vi la posibilidad de presentarme en el proceso de FONADE y pues lo hice, ya teniendo los documentos ya con anterioridad³¹.

(...)

"DELEGATURA: Le pregunto, entonces cuando usted les pidió sus documentos, en nuestro lenguaje de esta audiencia, les pidió ese aval, ¿para ellos quedó claro que ese aval era para usarse? En su concepto por supuesto.

³⁰ Folio 795 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta 1492358-080817 (minuto 43:40)

³¹ Folio 795 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta 1492358-080817p2 (minuto 3:40)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Si claro, era para usarse. Lo que yo no les informé antes o después de este proceso es que iba a participar con **FONADE**³². (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así, el Despacho encuentra que la verdadera importancia de la relación comercial existente entre los sancionados es que, analizado en conjunto con otros elementos de prueba que obran en el Expediente, pudo evidenciarse que la misma derivó en una confianza máxima entre los investigados, que permitió que se estructurara una práctica por medio de la cual se compartían documentos privados y aceptaban que **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, receptor de los mismos, los utilizara para estructurar y presentar ofertas económicas en procesos de selección futuros.

En segundo lugar, este Despacho tuvo en cuenta lo manifestado por **HILLER FRANCISCO GARCÍA MEDINA**, funcionario de **SEGUROS LA EQUIDAD**, respecto a la relación existente entre los sancionados en la presente actuación administrativa, que se muestra a continuación:

DELEGATURA: El despacho deja constancia dentro de la grabación que se pone de presente las pólizas en físico al señor **HILLER**.

HILLER GARCÍA: El A&C si lógicamente EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ y JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO son conocidos aquí (...)³³

(...)

HILLER GARCÍA: De igual manera, en la del consorcio **VISA** están **VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES** y **SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA**. **SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA** pues sé que trabaja mucho con **JAVIER** y con **JULIO** (...)

DELEGATURA: Cuando hace referencia a **JAVIER** y **JULIO**, ¿**JAVIER** y **JULIO** qué?

HILLER GARCÍA: AYOLA. Es **JAVIER** y **JULIO AYOLA**. Ellos son hermanos y entiendo que uno es ingeniero y el otro es arquitecto. Y en el de consorcio **CONDOTO** está **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**, que **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** también pertenece, hemos hecho varios contratos entre **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**, **JAVIER**, entonces también es del mismo, **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** que trabaja muy de la mano de ellos y con **LORENZO OROZCO PABÓN** también. No son los únicos contratos que hemos hecho por lo menos a nombre de ellos, hemos hecho varios, varias licitaciones, en unas les ha ido bien en otras no han ganado, no han terminado los proyectos lógicamente porque no han salido favorecidos ¿no? pero por lo que veo es como el mismo grupo. El mismo grupo de trabajo y de los que se encargan de ese grupo de trabajo de hacer la póliza ya sea **JAVIER**, **JULIO** y **ALEXIS** que también es ingeniero³⁴.

(...)

HILLER GARCÍA: Los únicos con los que trabajo en ese grupo, como que directamente, vuelvo y te digo, si **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** lo conozco, **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** lo conozco, a **VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES** la conozco, con **LORENZO OROZCO PABÓN** muy poquito pero también, todos son conocidos.

DELEGATURA: Señor **HILLER**, ¿tiene dirección alguna de ubicación de los integrantes de estos consorcios?

HILLER GARCÍA: Dirección puntual, como estaba diciendo no. Sé llegar, sé que tienen su centro de operación en los olivos el grupo ese. Pues lógicamente **EFRAÍN** es un contratista por otro lado, **LORENZO OROZCO PABÓN** me imagino que tiene una dirección aparte, **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** para mucho con **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** y para con ellos, pero sé que ellos sí tienen oficina y es una oficina como de ellos, de su grupo de trabajo. Pero, específicamente una dirección de verdad que no³⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto).

³² Folio 795 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta 1492358-080817p2 (minuto 7:17)

³³ Folio 225 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente (minuto 7:30)

³⁴ Folio 225 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente (minuto 8:40)

³⁵ Folio 225 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente (minuto 13:10)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, este Despacho debe manifestar que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, las declaraciones dadas por el funcionario del intermediario de seguros que expidió las pólizas correspondientes de los consorcios **A&C, VISA y CONDOTO** en el proceso de selección MCO 004-2014 y los consorcios **PIJAO 2014, CONSTRUMURO y F&L** en el proceso MCO 006-2014, **HILLER FRANCISCO GARCÍA MEDINA**, sí tienen una gran importancia que no puede ser demeritada.

Lo anterior, en primer lugar, dado que se hace evidente que la coordinación entre los recurrentes era tal, que terceras personas con las cuales debían relacionarse para la obtención de los documentos necesarios para estructurar y presentar las ofertas económicas, los identificaban como **un grupo de trabajo**. Así, **HILLER FRANCISCO GARCÍA MEDINA** manifestó explícitamente durante su declaración conocer a todos los investigados que formaban parte de los consorcios investigados y participantes de los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del **FONADE**, identificándolos como una unidad y afirmando haberles prestado sus servicios en varias ocasiones..

En segundo lugar, las afirmaciones hechas por **HILLER FRANCISCO GARCÍA MEDINA** cobran mayor relevancia al ser analizadas de manera conjunta con los demás elementos de prueba que obran en el Expediente, toda vez que de esa forma puede inferirse con mayor fuerza un actuar conjunto y coordinado entre los sancionados

En este orden de ideas, debe mencionarse que, aunque los recurrentes han insistido en que la Superintendencia le ha dado un valor muy alto a dichas declaraciones, la realidad es que los sancionados no aportaron ninguna prueba ni ninguna explicación razonable de por qué dichas declaraciones no deben ser tenidas en cuenta. Por el contrario, el análisis conjunto de todos los elementos de prueba que ha venido haciendo esta Superintendencia, sumado a las declaraciones de **HILLER FRANCISCO GARCÍA MEDINA**, ha permitido evidenciar que: (i) entre los sancionados existía una relación comercial de tiempo atrás; (ii) que en virtud de dicha relación se desarrolló una confianza tal que los sancionados se compartían documentos privados para estructurar y presentar ofertas económicas en procesos de selección futuros; y (iii) que dicho actuar se llevó a cabo en tantas ocasiones, que terceras personas los identificaban como un mismo grupo y una misma unidad de trabajo.

Finalmente, en tercer lugar, debe ponerse de presente que existen ciertos elementos de prueba adicionales que permiten evidenciar que el actuar conjunto de los sancionados fue puesto en marcha en los procesos de selección objeto de la presente investigación, y que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, era de conocimiento de todos los investigados y contó con su participación activa.

Así, se evidencia de los documentos que conformaban las propuestas económicas presentadas por los consorcios **A&C, VISA y CONDOTO** en el proceso de selección MCO 004-2014 y los consorcios **PIJAO 2014, CONSTRUMURO y F&L** en el proceso MCO 006-2014, que en todas se incluyeron documentos de identidad de los sancionados, muchos de los cuales no podían ser obtenidos sino por sus titulares ante las respectivas autoridades. Es el caso, por ejemplo, del Registro Único Tributario (RUT), el cual solo puede ser obtenido ante la DIAN personalmente o por medio de una contraseña o código personal.

Lo anterior demuestra que los recurrentes tuvieron un actuar activo en la consecución y entrega de sus documentos personales para la elaboración y presentación de las ofertas económicas en los procesos de selección objeto de la presente actuación administrativa.

No obstante, de igual forma existen diferentes elementos probatorios que de manera razonable permitieron a este Despacho concluir que, contrario a lo manifestado por los recurrentes, estos últimos no solo tenían conocimiento, sino que efectivamente participaron activamente en la elaboración de las propuestas.

Así, se cuenta con la certificación bancaria que se presenta a continuación, emitida por el Banco Colpatria respecto a la cuenta corriente del consorcio **PIJAO 2014**, conformado por **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** y **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** en el proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 1. Certificado banco Colpatría cuenta bancaria consorcio PIJAO 2014



Nº: 860.034.394-1

Bogotá, 04 de agosto de 2017.

BANCO COLPATRIA
MULTIBANCA COLPATRIA S.A.
NIT. 860.034.394-1

INFORMA:

Confiadamente informamos que nuestro cliente **CONSORCIO PIJAO 2014** identificado con NIT 900.727.635-2, se encuentra vinculado a nuestra entidad con la cuenta corriente No. ****01961, la cual se encuentra inscrita, abierta el 06 de mayo del 2014 con las siguientes condiciones de manejo:

FIRMA
Efraín Cucunubá Bermúdez
Javier Ayola Guerrero
CONDICIONES DE MANEJO: FIRMAS CONJUNTAS

Damos esta información con la acostumbrada reserva bancaria y sin que ello signifique garantía ni responsabilidad de nuestra parte.

Atentamente,

Efraín Delgado Comargo
Directora de Servicio Pyme y Microcrédito
Gerencia Relaciones con Clientes
Jcm

Fuente: Cuaderno Reservado No. 3 del Expediente.

Como ya fue manifestado por esta Entidad en la Resolución Sancionatoria, puede evidenciarse que los miembros del consorcio **PIJAO 2014** tenían firmas conjuntas en la cuenta corriente del mencionado consorcio en el Banco Colpatría. Esto implicaba dos cosas: (i) que cualquier disposición de recursos existentes en dicha cuenta bancaria iba a requerir obligatoriamente la firma conjunta de los miembros registrados. Esta afirmación está plenamente soportada por los conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia, que ha manifestado que:

*"Con este nombre [se refiere a la cuentas conjuntas] se conocen todos los depósitos en cuenta corriente a nombre de dos o más personas, las cuales han de actuar conjuntamente para hacer válidamente disposiciones sobre los saldos existentes. En consecuencia, tratándose sobre este tipo especial de cuentas colectivas, los fondos depositados únicamente podrían ser retirados, total o parcialmente, con la concurrencia de todos los depositantes o, cuando menos, de un número plural de ellos autorizados de antemano para girar contra los saldos"*³⁶.

Y (ii) que como consecuencia de lo anterior, las dos o más personas que registran sus firmas para el manejo conjunto de la cuenta están obligadas a acudir a la institución bancaria al momento de la apertura de la cuenta para registrar su firma y su huella digital. De otra forma, no habría manera que la entidad bancaria pudiera registrar las firmas necesarias para el movimiento de la cuenta.

En este orden de ideas, este Despacho se mantiene en su posición respecto a que no encuentra razonable creer que una sucursal bancaria de una entidad como el Banco Colpatría, haya aceptado la apertura de la cuenta corriente con firmas conjuntas con la sola presencia de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, y que adicionalmente, no haya presentado ninguna oposición por la abierta suplantación de la que iba a ser objeto **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, de quien se iba a falsificar la firma y la huella. Por esta razón, y haciendo un análisis razonable de la situación, este Despacho no encuentra creíble la afirmación del recurrente respecto a su total desconocimiento de lo referente al consorcio **PIJAO 2014**.

³⁶ Superintendencia Financiera de Colombia. Concepto 2009036212-001 de 2009.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De igual forma, existe un segundo elemento en el Expediente que permite concluir, bajo un análisis razonable de los diferentes elementos probatorios, que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** suscribió los documentos correspondientes al proceso de selección objeto de investigación.

Dicho elemento consiste en que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** inscribió en su propio Registro Único de Proponentes (RUP) el contrato ejecutado a través del consorcio **PIJAO 2014**, el cual corresponde al contrato resultante del proceso de selección MCO 006-2014 con el **FONADE**, con el fin de acreditar experiencia con el mismo.

Imagen No. 2. Registro Único de Proponentes (RUP) EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ

CAMARA DE COMERCIO DE SANTA MARTA PARA EL MAGDALENA
CERTIFICADO EMITIDO A TRAVÉS DEL PORTAL DE SERVICIOS VIRTUALES (SM)
CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN Y CLASIFICACIÓN EN EL REGISTRO DE PROponentES
EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ

Código de Verificación: hZr7hbp3fq

EXPERIENCIA

QUE EN RELACION A LOS CONTRATOS EJECUTADOS EL PROponentE REPORTA

NUMERO CONSECUTIVO DEL REPORTE DEL CONTRATO EJECUTADO: 0111
CONTRATO CELEBRADO POR: CONSORCIO, UNION TEMPORAL O SOCIEDAD EN LAS
CUALES EL PROponentE TENGA O HAYA TENIDO PARTICIPACION.
NOMBRE DEL CONTRATISTA: **CONSORCIO PIJAO 2014**
NOMBRE DEL CONTRATANTE: FONADE
VALOR DEL CONTRATO EJECUTADO EXPRESADO EN CÉDULAS: 99.84
PORCENTAJE DE PARTICIPACION EN EL VALOR EJECUTADO EN CASO DE
CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES: 60.00

SG FM CL PR DESCRIPCION

72121400 : SERVICIOS DE CONSTRUCCION DE EDIFICIOS PUBLICOS ESPECIALIZADOS
81101500 : INGENIERIA CIVIL
95122300 : EDIFICIOS Y ESTRUCTURAS DE SALUD Y DEPORTIVAS
39121900 : DISPOSITIVOS Y ACCESORIOS DE SEGURIDAD ELECTRICA
95121500 : EDIFICIOS Y ESTRUCTURAS COMERCIALES Y DE ENTRETENIMIENTO
77101600 : AUDITORIA AMBIENTAL
70101900 : ACUICULTURA
70101800 : RECURSOS PESQUEROS

Fuente: Folio 355 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

En este sentido, no se encuentra explicación alguna en cómo, si una persona alega no haber suscrito los documentos, ni tener conocimiento alguno, de un proceso de selección, y por el contrario manifiesta haber sido víctima de falsificación de sus firmas y abuso de su confianza para participar en el mismo, decide registrar dicho proceso, y el contrato resultante del mismo, en su Registro Único de Proponentes (RUP) con el objetivo de acreditar experiencia. Lo anterior resulta abiertamente contradictorio para este Despacho.

Así las cosas, debe considerarse que, analizados en conjunto y de acuerdo a la sana crítica, los diferentes elementos indiciarios expuestos hasta este punto dan cuenta de lo siguiente:

(i) Que entre los recurrentes, y demás sancionados en el presente proceso, existía una relación comercial de vieja data, en virtud de la cual participaron de manera conjunta en diferentes procesos de selección; (ii) que dicha relación comercial evolucionó en una relación de confianza entre los mismos, por medio de la cual accedieron a compartirse documentos privados, con el objetivo claro y conocido por todos de participar en procesos de selección futuros; (iii) que dicha práctica era tan común, y fue puesta en marcha en tantas ocasiones, que terceras personas, como funcionarios de empresas aseguradoras, identificaban a los sancionados en el presente proceso como un grupo de trabajo; y (iv) que los sancionados actuaron activamente y aceptaron su participación en los diferentes consorcios investigados.

En este orden de ideas, el análisis integral hecho por esta Superintendencia de los diferentes medios de prueba que obran en el Expediente, el cual, como quedó en evidencia, está lejos de ser una valoración subjetiva por parte de esta Entidad, muestra que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, **LORENZO OROZCO PABÓN** y **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**, al igual que el resto de los sancionados, tenían pleno conocimiento del comportamiento y de las conductas realizadas por **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, el cual estuvo enmarcado siempre en la conducta coordinada entre los sancionados encaminada a participar de manera conjunta y anticompetitiva en los diferentes procesos de selección.

De esta forma, para el Despacho no resultan de recibo los argumentos de los recurrentes respecto a este punto.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.3. Argumentos relacionados con la falsificación de la firma de **EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, LORENZO OROZCO PABÓN y FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** por parte de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**

Los impugnantes **EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, LORENZO OROZCO PABÓN y FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** reiteraron lo manifestado por todos los sancionados a lo largo de la presente actuación administrativa respecto a que las firmas que registran en los documentos presentados en los procesos de selección objeto de investigación no corresponden a las utilizadas por ellos en el giro ordinario de sus negocios.

Así, los recurrentes afirmaron que la Superintendencia no tuvo en cuenta que las firmas de **EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ y LORENZO OROZCO PABÓN** habían sido falsificadas por **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, quien incluso confesó haberlo hecho.

De igual forma, los recurrentes manifestaron que la Entidad no cumplió con su carga probatoria en el sentido de demostrar que las firmas en cuestión no eran falsas, toda vez que no adelantó en ningún momento la práctica de una prueba grafológica que diera cuenta de ello.

Por último, los impugnantes argumentaron que no fueron tenidas en cuenta las afirmaciones y los documentos aportados durante el proceso por algunos de los sancionados (específicamente **EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ y SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA**) respecto a las denuncias penales que fueron interpuestas contra **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** por la falsificación de las firmas.

De esta forma, pasará a darse respuesta a los recurrentes sobre estos puntos, exponiendo las razones por las cuales se considera que sus argumentos no deben ser tenidos en cuenta y, por el contrario, deben ser rechazados.

Así, este Despacho reitera que, tal y como fue expuesto en el punto anterior de la presente Resolución, obran múltiples elementos de prueba en el Expediente que, analizados de manera conjunta y de acuerdo a la sana crítica, permitieron no solo desmentir la alegación de los recurrentes respecto a la falsificación de sus firmas en los documentos correspondientes a los procesos de selección MCO 006-2014 y MCO 004-2014 del **FONADE**, sino que además permitieron a esta Entidad concluir que los impugnantes habían tenido un actuar activo en la elaboración y la presentación de las propuestas económicas en los procesos de selección objeto de la presente investigación administrativa.

Lo anterior se desprende, por ejemplo, de los certificados bancarios donde registran las firmas de más sancionados aparte de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, el registro de los contratos adjudicados con el fin de acreditar experiencia, y la presencia de documentos privados como el RUT, que solo puede ser obtenido personalmente por su titular, lo cual demuestra que cada sancionado aportó dicho documento.

Por su parte, debe decirse que la declaración hecha por parte de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** durante el desarrollo de su testimonio ante esta Superintendencia, en donde afirmó haber falsificado las firmas de los demás sancionados, y que es utilizada por los mismos para sustentar su defensa, presenta ciertas inconsistencias que ponen aún más en duda la veracidad de dicha afirmación.

Así, se transcribe aparte de dicha declaración, en donde **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** afirma haber sido él quien falsificó las firmas de **EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** para la apertura de una cuenta bancaria.

"DELEGATURA: Para el consorcio **PIJAO** en el proceso 006 de 2014, para ese consorcio **PIJAO** se abrió una cuenta corriente No. 6801001961 del **BANCO COLPATRIA**, eso fue el 6 de mayo de 2014 ¿eso lo hizo usted?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Sí, también lo hice yo

DELEGATURA: Usted nos podría decir ¿cómo lo hizo?

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: ¿Cómo hice para sacar la cuenta? Como representante legal del consorcio, en ese caso PIJAO 2014, para el manejo de la cuenta solo firmaba yo, entonces pues las firmas son mías, yo mismo también hice ese proceso.

DELEGATURA: ¿Usted recuerda cuál era la política de manejo de la cuenta, si para disponer de los recursos se necesitaba la firma de todos?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: La firma del representante, solo la mía.

DELEGATURA: ¿Habría tenido algún sentido, en esa historia que usted nos ha contado que en relación con la política de manejo del dinero de la cuenta usted hubiera pedido que se requirieran las firmas de EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ y la suya?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: No, como ese proceso lo manejé yo, entonces no tenía ningún sentido³⁷.

(...)

"DELEGATURA: (...) La política de manejo de la cuenta que nos interesa acá es de cuenta conjunta. La cuenta conjunta según lo establece la doctrina de la Superintendencia Financiera De Colombia consiste en que hay varios titulares, en este caso **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** y **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, y que la disposición de los recursos de la cuenta corriente solo puede hacerse con las firmas de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** y **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, lo cual según la política que se puede observar en esos documentos por parte del banco Colpatria supone también que para poder abrir la cuenta se requieran las firmas y la huella de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** y **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**. Para este caso, entonces ¿se requirió la firma y huella de EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, cierto?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Sí, pero al momento de disponer los recursos solamente era la firma mía.

DELEGATURA: pero para abrirla, ¿tocaba de ambos?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Sí claro.

DELEGATURA: y ¿cómo le hizo usted para que el banco le abriera a usted la cuenta del consorcio PIJAO, cuya apertura requería la firma y la huella de EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: De igual forma, así como hice la firma en su momento para presentación de la propuesta pues también hice la firma

DELEGATURA: ¿Y cómo hizo con el dedo de EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: No, la huella también se hizo en su momento.

DELEGATURA: ¿Y quién hizo la huella?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Yo mismo.

DELEGATURA: ¿Usted hizo la huella de EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Sí

DELEGATURA: O sea que cuando vaya a venir a declarar EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ yo voy a encontrar supongo una persona con nueve dedos en las manos. ¿Puede ser?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Sí, Sí. En su momento como le digo la huella la hice yo.

DELEGATURA: ¿Usted hizo la huella de EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: Sí

³⁷ Folio 795 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta 1492358-080817p2 (minuto 10:05)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

DELEGATURA: ¿Y cómo hizo?

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: *Tocar el dedo normal como se hace una huella.*

DELEGATURA: *Y, al funcionario no le llamó la atención que usted **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** pusiera la huella para **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** y la huella para **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**?*

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: *No.*

DELEGATURA: *Y así le hizo la cuenta...*

JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO: *No, no. Porque yo esos documentos no los firmé delante de ella*³⁸.

Como puede observarse, se advierten varias inconsistencias en las afirmaciones de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**. Por un lado, nótese que en un principio manifestó que para abrir la cuenta bancaria a nombre del consorcio **PIJAO 2014**, el cual conformaba con **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, solo tuvo que firmar él como representante legal. De igual forma, manifestó que no hubiera tenido sentido la apertura de una cuenta conjunta en el presente caso. No obstante, en el momento en que el funcionario de esta Superintendencia puso en conocimiento del investigado la información obtenida del Banco Colpatria respecto a la política de la cuenta corriente del consorcio **PIJAO 2014**, reconoció que sí había sido necesaria la firma de los dos miembros del consorcio para la apertura de la cuenta bancaria, y que por tanto su firma como representante legal era exclusivamente para disponer de los recursos depositados, lo cual no sobra reiterar que no corresponde a la realidad de una cuenta conjunta según los conceptos de la Superintendencia Financiera de Colombia. Finalmente, **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** termina manifestando que fue él quien firmó por ambos investigados, pero que adicionalmente puso la huella de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** para culminar el proceso.

Lo anterior, para este Despacho, demuestra una seguidilla de imprecisiones difíciles de creer al hacer un análisis razonable y bajo las reglas de la sana crítica, y que por el contrario evidenciarían que los sancionados sí estuvieron involucrados en la elaboración de las propuestas económicas.

Por otro lado, este Despacho encuentra pertinente recordar que el artículo 244 del Código General del Proceso establece lo siguiente:

"Artículo 244. Los documentos públicos y privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falsos o desconocidos, según el caso". (Subraya fuera de texto).

En este orden de ideas, este Despacho reconoce, de acuerdo a la ley, que todos los documentos privados y públicos que fueron aportados, en copia o en original, a este proceso y que reposan en el Expediente, y que contienen la firma de los sancionados, deben presumirse como auténticos y suscritos por ellos, a menos que los mismos hubieren sido tachados de falsos en los términos de los artículos 269 y 272 del Código General del Proceso.

Así las cosas, debe reiterarse que la carga de la prueba respecto a la falsedad de un documento o de las firmas presentes en el mismo, se encuentra en cabeza de la persona a quien se le atribuye el documento, es decir, los sancionados, más no de la Superintendencia.

Al respecto, el artículo 269 del Código General del Proceso establece precisamente que:

"Artículo 269. La parte a quien se atribuya un documento, afirmándose que está suscrito o manuscrito por ella, podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a esta, y en los demás casos, en el curso de la audiencia en que se ordene tenerlo como prueba (...)". (Subraya y negrilla fuera de texto).

³⁸ Folio 795 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente. Carpeta 1492358-080817p2 (minuto 12:06)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En este orden de ideas, para este Despacho es completamente evidente que, según la norma anteriormente transcrita, quien está en la obligación de tachar un documento de falso, con el fin de contradecir la presunción anteriormente establecida, es la parte interesada y no la autoridad.

Adicionalmente, el artículo 270 del CGP establece una serie de formalidades de obligatorio cumplimiento para quien desee tachar de falso un documento.

Así, la norma en cuestión establece lo siguiente:

"Artículo 270. Quien tache el documento deberá expresar en qué consiste la falsedad y pedir las pruebas para su demostración. No se tramitará la tacha que no reúna estos requisitos (...)". (Subraya fuera de texto)

De esta forma, debe resaltarse que en el presente caso no se presentó dentro del término legal, por parte de los recurrentes, una tacha formal de falsedad de los documentos que conformaban las propuestas económicas de los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del FONADE que les fueron atribuidos, razón por la cual no puede entenderse que la presunción establecida en el artículo 269 del CGP haya sido controvertida.

Aprovecha este Despacho la oportunidad para pronunciarse respecto al argumento planteado por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** respecto a que esta Superintendencia no tuvo en cuenta los dos incisos finales del artículo 244 del CGP, los cuales establecen que:

"Artículo 244. (...)

(...)

La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos.

Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones".

Al respecto, debe manifestarse que el argumento presentado por el recurrente es completamente infundado y carece de validez, toda vez que los incisos mencionados no hacen otra cosa que reiterar lo ya manifestado anteriormente, y es que se presume la autenticidad de los documentos aportados al proceso, salvo que los mismos sean tachados de falsos. Lo cual, se reitera, no ocurrió en este caso.

En virtud de lo anterior, este Despacho debe manifestar que, respecto al argumento presentado por los impugnantes sobre la falsedad de sus firmas, los recurrentes no cumplieron con las formalidades ni los tiempos establecidos por la ley para hacer dichas alegaciones. Lo anterior, dado que como quedó establecido, quien desee tachar de falso un documento o su contenido en un proceso, debe realizarlo en la forma y tiempo establecidos por los artículos 269 y 270 del CGP. Valga decir que lo mismo fue establecido en la Resolución Sancionatoria respecto a las afirmaciones hechas por los recurrentes y los demás investigados sobre este punto, quienes no realizaron la tacha de falsedad, en los términos establecidos en la ley, en el momento procesal indicado.

Ahora bien, vuelve a reiterarse que obran en el Expediente múltiples elementos de prueba que permiten inferir, por el contrario, la activa participación de todos los sancionados en la elaboración de las propuestas económicas objeto de la presente investigación.

Lo anterior, adicionalmente, es suficiente para explicar la razón por la cual este Despacho no consideró útil ni pertinente el decretar de oficio una prueba grafológica sobre las firmas de los documentos que conformaban las propuestas económicas de los consorcios conformados por los sancionados en los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del FONADE, ni otorgarle valor probatorio a las afirmaciones de los investigados respecto a la presentación de denuncias penales como prueba de no haber actuado en la conducta anticompetitiva investigada y sancionada, dado que ya existían suficientes elementos probatorios en el Expediente que permitían resolver sobre este aspecto.

Por esta razón, incluso en el hipotético caso que esta Superintendencia aceptara el hecho de que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, LORENZO OROZCO PABÓN y FELIGNO JOSÉ MEJÍA**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

MELÉNDEZ, así como los demás sancionados en el presente caso, hubieran sido víctimas de falsificación de sus firmas por parte de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, la realidad es que la posición de esta Superintendencia no se vería alterada, dado que esta situación no llevaría a la conclusión de que los recurrentes no participaron en la conducta anticompetitiva sancionada.

Lo anterior toda vez que dentro del Expediente existen elementos probatorios que dan cuenta de la existencia de un actuar conjunto entre los investigados de tiempo atrás, el cual tiene sustento en una relación de confianza máxima por medio del cual se compartían documentos e información necesaria para la estructuración y presentación de ofertas económicas en procesos de selección futuros, al punto que terceras personas los identificaban como un solo grupo de trabajo.

A su vez, se presentaron evidencias que dan cuenta como, así no hubieran suscrito los documentos presentados junto a las ofertas económicas en los procesos de selección objeto de esta investigación, los recurrentes aceptaron y no se opusieron a su participación en los mismos, a tal punto que quienes resultaron adjudicatarios registraron dicha experiencia en los registros públicos llevados por las respectivas Cámaras de Comercio.

Como prueba de lo anterior, se presentaron los testimonios de los investigados, declaraciones de terceros, documentos de las entidades Estatales con las que contrataron, entre otros, todos los cuales fueron valorados de manera conjunta y bajo la regla de la sana crítica, como lo exige el ordenamiento nacional.

Por este motivo, aún si se aceptara la tesis de que las firmas que reposan en los documentos físicos presentados por los investigados en los procesos de selección MCO 006-2014 y MCO 004-2014 del **FONADE** fueran falsas, la Superintendencia cuenta con varios medios de prueba adicionales para imponer la sanción por incurrir en la conducta anticompetitiva de colusión en los mencionados procesos de selección por parte de los impugnantes y demás investigados en el presente proceso.

Finalmente, no sobra decir que la posición de esta Superintendencia se encuentra sustentada jurisprudencialmente, toda vez que existe en la jurisprudencia nacional un caso anterior en el cual el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³⁹ validó una actuación de esta Superintendencia en la cual no se valió la prueba que buscaba demostrar la falsedad de ciertos documentos, por contar con diferentes elementos adicionales que le permitían a esta Entidad de todas formas llegar a la conclusión respecto a la existencia de una práctica anticompetitiva.

Por lo anterior, este Despacho debe descartar, por ser infundados e inútiles o superfluos, los argumentos presentados por los recurrentes, y que fueron comunes a todos los demás investigados a lo largo de la actuación administrativa, respecto a que deberían ser eximidos de responsabilidad dada la falsificación de sus firmas en los documentos presentados en el marco de los procesos de selección objeto de la presente investigación, la presentación de denuncias penales contra **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** y la supuesta falta de diligencia de esta Entidad a la hora de probar la autenticidad de sus firmas.

3.4. Argumentos relacionados con la existencia de un actuar negligente por parte de los sancionados al no haberse asegurado que JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO no hubiera utilizado sus documentos para participar en una conducta anticompetitiva

EFRÁIN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ manifestó que no es posible afirmar, como lo hace esta Superintendencia, que existió negligencia por parte de los recurrentes al no asegurarse que **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** no estuviera utilizando los documentos obtenidos de los demás sancionados para adelantar conductas anticompetitivas. Lo anterior, toda vez que la conducta de **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** no fue otra que la de abusar de la confianza de los demás sancionados.

Al respecto, este Despacho debe manifestar lo siguiente:

En primer lugar, debe reiterarse, como se hizo en la Resolución Sancionatoria, que los consorcios (figura asociativa utilizada por los sancionados en los procesos de selección objeto de la presente investigación) son una figura legal por medio de la cual dos o más personas se unen para presentar conjuntamente una propuesta dentro de un proceso de selección con el fin de obtener la

³⁹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera, Subsección "A". Sentencia del 2 de diciembre de 2016. Ref. 250002341000201701171-00

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

adjudicación, y por ende, celebrar y ejecutar un contrato estatal, resultante de dicho proceso de selección.

Ahora bien, se ha manifestado en anteriores ocasiones que los consorcios son una figura asociativa que carece por completo de personería jurídica, razón por la cual sus miembros mantienen su individualidad y responsabilidad solidaria durante todo el respectivo proceso de selección, viéndose directamente afectados por las acciones adelantadas por el consorcio. Así, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

*"La celebración de contrato estatal con un consorcio, está previsto por el Estatuto de Contratación cuando dos o más personas, naturales o jurídicas, (nacionales – públicas o privadas – o extranjeras) en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, **respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato. En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que lo conforman** (art. 7º, Ley 80 de 1993)"⁴⁰.*

Lo anterior se encuentra incluso establecido de manera expresa en la Ley, específicamente en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993, en donde se establece que por medio de los consorcios, dos o más personas en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. Por esta razón, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que conforman el consorcio⁴¹.

En este orden de ideas, este Despacho encuentra igualmente relevante mencionar que precisamente la razón de ser de la figura del consorcio no es otra que la de garantizar y promocionar el principio de especialidad en la contratación pública, el cual hace referencia a que cada miembro del consorcio aportará su experiencia en determinado aspecto, y que será la suma de dichas experiencias las que garantizarán el cumplimiento del contrato estatal de manera eficiente y completa. Lo anterior bajo el entendido que una sola persona rara vez cuenta con las capacidades de cumplir todas las necesidades que se requieren para la ejecución de un contrato con el Estado.

Así fue reconocido en la exposición de motivos de la Ley que culminó en el Régimen de Contratación Estatal, en donde se manifestó lo siguiente:

*"Sin duda, el fenómeno de la especialidad cada día va adquiriendo mayor preponderancia en el mundo de los negocios y del comercio. La mayor eficiencia y la menor ineficacia como condiciones de la implantación dentro del comercio de la llamada ventaja comparativa ha provocado la aludida especialidad. En razón a ello, cada vez se hace más necesaria la unión de dos o más personas con el fin de hacer factible la prestación de un servicio, la ejecución de una obra, etc., brindando cada uno mayor calidad y eficiencia en razón de su especialidad, y evitando así los mayores costos y efectos negativos que puedan derivarse de la realización aislada y particular de actividades respecto de las cuales no se es el más apto. Ahora bien, esa realidad no puede ser desconocida por el ordenamiento jurídico; por el contrario debe reconocérsele. Y es precisamente ello lo que se pretende al conferir capacidad legal para contratar a las uniones temporales y a los consorcios"*⁴².

Así, es claro que la razón de ser de la existencia de figuras como los consorcios no es otra que la de unir fuerzas y especialidades en beneficio de la ejecución de un contrato suscrito con alguna entidad Estatal⁴³.

Lo anterior además ha sido reiterado por el Consejo de Estado, que ha manifestado:

"Como se desprende de la norma recién citada, en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, no hay una participación accionaria o de cuotas de interés social por parte de sus integrantes, pues éstos no configuran un capital social sino que se

⁴⁰ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 enero de 1997.

⁴¹ Ley 80 de 1993. Artículo 7. – De los Consorcios y Uniones Temporales.

⁴² Exposición de Motivos del Proyecto de Ley 63 de 1992.

⁴³ Dávila Vinueza, Luis Guillermo. *Régimen Jurídico de la Contratación Estatal*. Tercera Edición. Legis. 2016. Pág. 102.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

unen, con su capacidad económica y técnica y su experiencia para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad estatal, asumiendo responsabilidad solidara ante ésta.

No hay propiamente aportes de dinero, trabajos o bienes con la finalidad de constituir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, know-how, maquinaria, equipos, dinero, etc. según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo.

El consorcio o la unión temporal no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad⁴⁴.

Así las cosas, este Despacho debe manifestar que, independientemente de la intención, propósito o forma en la que participaron **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ, VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES, SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA, FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ y LORENZO OROZCO PABÓN** en los diferentes consorcios participantes de los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del **FONADE**, al haber entregado sus documentos de identidad, con el fin de que fueran utilizados para conformar diferentes consorcios o Uniones Temporales para la participación en futuros procesos de selección, aceptaron de manera tácita la responsabilidad que conlleva el ser miembro de una de dichas figuras asociativas frente a los demás miembros y, en especial, frente a la entidad contratante.

Por este motivo, para este Despacho no hay duda alguna que los recurrentes como mínimo estaban en la obligación de haber hecho un seguimiento respecto a los procesos de selección en los cuales **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** iba a presentarse haciendo uso de sus documentos de identidad, toda vez que en caso de resultar adjudicatarios, resultarían responsables ante la entidad contratante.

Se debe reiterar que, a los ojos de esta Superintendencia, lo mínimo que debería esperar una entidad Estatal de una persona con la que tiene la posibilidad de suscribir un contrato es que esta última tenga pleno conocimiento del contenido de la propuesta y documentos presentados, habiendo realizado una supervisión detallada al proceso de elaboración de la propuesta económica y demás documentos, evitando cualquier contacto con sus competidores y cumpliendo toda la normatividad que regulan los procesos de selección objeto del presente caso.

Por este motivo, si bien este Despacho reconoce que no le corresponde, y no son sus funciones, sancionar la violación al principio de la buena fe en el proceso de contratación estatal, por el contrario sí está en el deber de manifestar que, a la luz del régimen legal de libre competencia económica, desconocer haber participado en procesos de selección, luego de haber entregado documentos para este fin, evidencia una flagrante negligencia por parte de los recurrentes, la cual bajo ningún pretexto puede eximirlos de su responsabilidad por la violación de las normas de libre competencia.

Por lo anterior, esta Superintendencia encuentra infundadas las afirmaciones hechas por los recurrentes respecto a este punto.

3.5. Argumentos relacionados con la falta de objeto o intención anticompetitiva y de efectos negativos en el mercado de la conducta de los sancionados

EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ manifestó que en el presente caso no existió una vulneración a la participación de las empresas en el mercado, al bienestar de los consumidores ni a la eficiencia económica.

Al respecto, es menester volver a reiterar que la presente actuación administrativa se adelantó por parte de esta Superintendencia debido a la existencia de la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, acuerdos que tengan por su **objeto** la colusión en licitaciones públicas.

⁴⁴ Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Radicación No. 1513.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En virtud de lo anterior, se considera pertinente reiterar lo manifestado en la Resolución Sancionatoria respecto a este tipo de conductas:

"Al respecto, el Despacho encuentra pertinente recordar que el régimen de libre competencia en Colombia establece la sanción a los acuerdos y conductas que tengan como efecto o **por objeto** la afectación a la libre competencia en los mercados nacionales.

En ese orden de ideas, es importante mencionar que esta Superintendencia ha entendido que un acuerdo que tenga por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, es un acuerdo que tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado.

Así, en Resolución 103652 de 2013, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó lo siguiente:

"Sobre este particular, cabe resaltar que el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 contempla dos modalidades en las que se puede presentar una conducta anticompetitiva. Por una parte, están los acuerdos que tengan por objeto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización y, por la otra, aquellos acuerdos que tengan como efecto impedir a terceros el acceso a los mercados o a los canales de comercialización" (resaltado y subrayado fuera del texto original)

"Así, si en la actuación administrativa sancionatoria se demuestra que se estuvo en presencia de un conducta anticompetitiva por objeto, y que ella tiene la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado, la Autoridad de Competencia tiene la obligación de sancionarla por objeto" (Subraya y negrilla fuera de texto)

De lo anterior puede concluirse que al tratarse de una conducta analizada bajo la modalidad de anticompetitiva por objeto, la función de la autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. Así, el análisis recae sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado.

Hay que resaltar que esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia y doctrina internacional experta en la materia. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*, manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en "determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia"⁴⁵, razón por la cual "[...] aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo [por objeto] actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, [...], tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición"⁴⁶.

En el ámbito local, se ha reconocido ampliamente que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

Al respecto, el Consejo de Estado afirmó, en un caso anterior de acuerdo de precios, que la intención de las partes era irrelevante a la hora de analizar la conducta anticompetitiva. Así, el alto Tribunal manifestó que:

"No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto

⁴⁵ Corte de Justicia Europea, Caso C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637. Para. 17.

⁴⁶ *Ibidem*. Para. 21.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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"⁴⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así, queda en evidencia que en Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

De igual forma, es preciso anotar en este punto que, el hecho de que este tipo de conductas sean reprochables "por objeto", quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso 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. En otras palabras, la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual no es cierto que la Autoridad deba entrar a verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

Lo anterior también tiene sustento en la doctrina internacional especializada, la cual ha reconocido que si una conducta tiene, por su objeto, la potencialidad, idoneidad y capacidad de afectar la libre competencia, no hay necesidad que la autoridad de competencia se desgaste haciendo un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta"⁴⁸.

De igual forma, en el ámbito local, esta Entidad ha establecido en varias ocasiones que sobre las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no es necesario entrar a analizar sus efectos. Así, en la Resolución No. 103652 de 2015 la Superintendencia de Industria y Comercio estableció que:

"Es importante advertir, que incluso, se sostiene en otros países o incluso en el ámbito doméstico por algunos expertos, que "Cuando se haya demostrado que un acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia, no es necesario examinar sus efectos reales o posibles en el mercado"⁴⁹.

(...)"

Por lo anteriormente expuesto, este Despacho mantiene su posición respecto a que no era necesario entrar a analizar las intenciones subjetivas de los investigados ni los efectos reales de la conducta en el mercado, toda vez que del análisis hecho por la Entidad quedó en evidencia la idoneidad y potencialidad de la conducta anticompetitiva acá investigada.

Por lo anterior, se desestiman los argumentos de los recurrentes respecto a este punto.

3.6. Argumentos relacionados con la falta de significatividad de la conducta

EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ manifestó en su recurso de reposición que no se cumplió con el requisito de significatividad exigido en la ley de libre competencia, toda vez que el contrato resultante del proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE** era un contrato de mínima cuantía "de tan solo SESENTA Y SEIS MILLONES DE PESOS (\$66.000.000.00)".

Al respecto, este Despacho debe manifestar que, tal y como lo ha reiterado esta Entidad en diferentes ocasiones⁵⁰, 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.

⁴⁷ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010.

⁴⁸ Bailey, David. Common Market Law Review, *Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600, 2012. UK. Pp. 566-567.

⁴⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

⁵⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 41412 de 2018.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Lo anterior, teniendo en cuenta que el párrafo 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 **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** respecto a este punto.

3.7. Argumentos relacionados con la adecuación de la conducta a los verbos rectores establecidos en la ley

FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ estableció en su respectivo recurso de reposición que la Superintendencia no debía establecer la existencia de una conducta anticompetitiva, toda vez que para determinar la responsabilidad por estos hechos debe adecuarse la conducta a los verbos rectores establecidos en la ley, a saber, colaborar, facilitar, ejecutar y tolerar una conducta anticompetitiva.

A este respecto, este Despacho da respuesta en los siguientes términos:

De los argumentos presentados por el recurrente, se hace evidente la confusión que presenta el mismo respecto a la existencia de dos tipos de sujetos que pueden ser sancionados por la Autoridad de Libre Competencia en Colombia.

Así, por un lado, de acuerdo al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y al artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio está en la obligación de sancionar, con multas de hasta **CIENTO MIL (100.000)** salarios mínimos mensuales legales vigentes, o, si resulta ser mayor, hasta por el **CIENTO CINCUENTA POR CIENTO (150%)** de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor, a todas las personas (naturales o jurídicas) que participen en un acuerdo que tenga por objeto la colusión en licitaciones públicas.

En este sentido, el agente de mercado que se vea involucrado activamente en la comisión de dicha conducta, será sancionado por esta Entidad en los términos anteriormente mencionados.

Ahora bien, la confusión que presenta el recurrente deviene del hecho que el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, norma que modifica el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, también faculta a esta Entidad a sancionar a las personas, naturales o jurídicas, que sin ser agentes de un determinado mercado (sin ser participantes en el mismo), con su actuar colaboran, facilitan, autorizan, ejecutan o toleran la comisión de una conducta anticompetitiva por parte de diferentes agentes del mercado.

Sin embargo, la situación de estos últimos, denominados facilitadores, no corresponde a la misma situación de los agentes que participan activamente en un acuerdo anticompetitivo, razón por la cual la misma ley establece situaciones de hecho y sanciones diferentes para cada uno.

Ahora bien, tal y como quedó explícito desde la Resolución de Apertura de Investigación, la presente investigación contra **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** y los demás sancionados se inició por su carácter de agentes de mercado, lo cual fue ratificado posteriormente en el Informe Motivado presentado por la Delegatura y en la Resolución Sancionatoria. Lo anterior bajo el entendido que **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** y los demás sancionados, sin importar su carácter de personas naturales, acudieron al mercado de contratación pública, específicamente a los procesos de selección MCO 004-2014 y MCO 006-2014 del FONADE, con el fin de competir por la obtención del contrato resultante de dichos procesos.

En este sentido, se recuerda que según el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, se entiende como agente de mercado, sujeto a las leyes de libre competencia en Colombia, todo aquel que desarrolle una actividad económica que tenga efectos o pueda tener efectos total o parcialmente en los mercados nacionales.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por este motivo, este Despacho reitera la calidad de agentes de mercado de **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** y los demás sancionados, razón por la cual no correspondía adelantar un análisis respecto a los verbos rectores colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar, toda vez que los mismos solo deben ser estudiados para quienes actúan aparentemente como facilitadores de la conducta.

Por lo anterior, este Despacho encuentra completamente infundada la posición de **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** respecto a este punto, por lo cual será descartada de plano y no será tenida en cuenta por esta Superintendencia.

3.8. Argumentos relacionados con la notificación de los actos administrativos a los sancionados en el presente proceso

FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ manifestó que la sanción que le fue impuesta en el presente caso se debió al hecho de no haber controvertido la Resolución de Apertura de Investigación, sin tener en cuenta que la misma no le fue notificada por el medio más expedito.

De igual forma, **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** manifestó que no fue notificado personalmente de los actos administrativos resultantes de este proceso, a pesar de que la Superintendencia tenía certeza de su dirección. De igual forma, argumentó que los términos de las notificaciones por aviso fueron contabilizados desde el momento en que la Entidad envió la notificación.

En este orden de ideas, este Despacho pasará a dar respuesta a cada uno de los recurrentes:

Así, en primer lugar, respecto al argumento de **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** de haber sido sancionado por no haber controvertido la Resolución de Apertura de Investigación, debe aclararse que la sanción que le fue impuesta a dicho recurrente correspondió a su participación como agente de mercado en una conducta anticompetitiva, más no por una conducta meramente procesal como lo manifiesta el recurrente.

En este sentido, si bien este Despacho hizo alusión en la Resolución Sancionatoria al hecho que **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** no hubiera controvertido la Resolución de Apertura de Investigación, lo anterior tuvo lugar toda vez que no deja de resultar llamativo que una persona, habiendo sido notificada de una investigación administrativa en su contra, no se pronuncie sobre la misma. No obstante, la realidad, como está plenamente soportado en la Resolución Sancionatoria y en esta misma Resolución, es que la sanción impuesta a **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** se debe exclusivamente a su participación activa en la conducta anticompetitiva analizada, como lo demuestran los múltiples elementos probatorios que han sido ampliamente analizados.

Ahora bien, respecto a su mención a la falta de notificación de la Resolución de Apertura de Investigación por el medio más expedito, debe mencionarse que, tal y como obra en el Expediente, la Resolución de Apertura de Investigación le fue notificada por aviso el día 25 de agosto de 2016 en la siguiente dirección: Manzana 20 Casa 17 Barrio Ciudadela 20 de Julio, en la ciudad de Santa Marta⁵¹.

Llama la atención que el recurrente manifieste a estas alturas del proceso que la dirección física a la cual fue notificado por aviso de la Resolución de Apertura de Investigación le presentaba problemas de inmediatez para su efectiva notificación, teniendo en cuenta que **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**, a pesar de haber sido notificado de múltiples actuaciones a la dirección anteriormente mencionada, nunca aclaró o solicitó ser notificado a otra dirección física o electrónica sino hasta el día 4 de noviembre de 2017, fecha en la cual, por medio de memorando con radicado número 14-092358-185⁵² solicitó ser notificado a la dirección Calle 3ª # 21 C 40, barrio San Fernando, en la ciudad de Santa Marta.

A su vez, en el mencionado memorando allegado a esta Superintendencia, **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** manifestó que la dirección a la que le fue notificada la Resolución de Apertura de Investigación correspondía precisamente a su domicilio, por lo cual no se encuentra medio más

⁵¹ Folios 586, 603 y 604 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

⁵² Folio 900 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

efectivo para notificar a una persona de un acto de apertura como lo fue la Resolución No. 52793 del 9 de agosto de 2016.

Por lo anterior, este Despacho no tendrá en cuenta los argumentos presentados por **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** a este respecto.

En segundo lugar, respecto al argumento de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, consistente en no haber sido notificado personalmente de los actos administrativos resultantes de este proceso, este Despacho debe manifestar que, tal y como obra en el Expediente, las notificaciones hechas a este investigado se han realizado a la dirección de notificación otorgada por su entonces apoderado judicial dentro del proceso de la referencia, **ERNESTO PAVEL SANTOS VELEZ**, quien aportó poder debidamente suscrito por medio del radicado No. 14-092358-159⁵³, y a quien se le reconoció personería jurídica por medio de la Resolución No. 67412 del 24 de octubre de 2017⁵⁴.

Así, como obra en el Expediente⁵⁵, esta Superintendencia remitió a la dirección de notificación otorgada por el mismo investigado todas las citaciones para notificación personal de los diferentes actos administrativos, sin que nunca se hubiera acercado a realizarla a la Entidad. De igual forma, en todas las Resoluciones emitidas por esta Entidad, en las cuales se otorgó plazo para presentar recursos, se dijo explícitamente que dicho plazo comenzaba a contar a partir de la notificación del acto, y no del envío del mismo, como erróneamente lo manifiesta el recurrente⁵⁶.

En virtud de lo anterior, este Despacho encuentra infundados los argumentos del recurrente, razón por la cual deben desestimarse.

3.9. Argumentos sobre la no valoración de algunos medios probatorios por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio

FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ manifestó en su recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria que la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta algunos medios de prueba solicitados por este investigado, bajo el argumento de haberse presentado de manera extemporánea, y sin tener en cuenta que los mismos permitirían a la Entidad llegar a la verdad del asunto.

De igual forma, consideró que la Superintendencia decretó de oficio un número de elementos probatorios que nada tenían que ver con el objeto del proceso.

Por su parte, **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** manifestó que se hacía evidente la falta de interés de la Superintendencia de conocer la verdad de los hechos objeto del presente proceso, al no haber aceptado reprogramar el interrogatorio de dicho investigado.

Al respecto, este Despacho manifiesta lo siguiente:

En primer lugar, respecto a lo establecido por **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**, es importante recordar que de acuerdo al ordenamiento nacional colombiano, los procesos judiciales, de cualquier naturaleza, están delimitados por ciertos términos procesales que deberán observarse con diligencia y cumplimiento⁵⁷, dado que se trata de términos de carácter perentorio y de estricto cumplimiento tanto por las autoridades como por los particulares que acuden al sistema.

Así lo ha reconocido la misma Corte Constitucional, quien manifestó en anterior ocasión lo siguiente:

"Los términos procesales "constituyen en general el momento o la oportunidad que la ley, o el juez, a falta de señalamiento legal, establecen para la ejecución de las etapas o actividades que deben cumplirse dentro del proceso por aquél, las partes, los terceros

⁵³ Folio 834 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁵⁴ Folios 836 a 839 del Cuaderno Público No. 5 del Expediente.

⁵⁵ Folio 1248 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

⁵⁶ Folios 447 a 462 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente; Folios 698 a 701 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente; Folios 1162 a 12000 del Cuaderno Público No. 6 del Expediente.

⁵⁷ Artículo 228 de la Constitución Política de Colombia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

intervenientes y los auxiliares de la justicia". Por regla general, los términos son perentorios, esto es, improrrogables y su transcurso extingue la facultad jurídica que se gozaba mientras estaban aún vigentes.

Tanto las partes procesales como las autoridades judiciales están obligadas a cumplir en forma exacta y diligente los plazos que la ley consagra para la ejecución de las distintas actuaciones y diligencias en las diversas fases del proceso. Así pues, las partes tienen la carga de presentar la demanda, pedir pruebas, controvertir las allegadas al proceso, interponer y sustentar los recursos y, en fin, participar de cualquier otra forma en el proceso dentro de las etapas y términos establecidos en la ley, así como el juez y auxiliares de justicia tienen el deber correlativo de velar por el acatamiento de los términos procesales⁵⁸.

En este orden de ideas, y tal como obra en el Expediente, específicamente en el artículo **SÉPTIMO** de la Resolución 41232 de 2017⁵⁹, el escrito de descargos y la solicitud de pruebas realizada por **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** se realizó de manera extemporánea, razón por la cual, por mandato legal, le estaba vetado a esta Superintendencia el decretar dichas pruebas.

Como fue mencionado anteriormente, los términos procesales son de carácter perentorio, y su cumplimiento implica una responsabilidad para quien no los acate. En este sentido, no se trata del capricho de esta Superintendencia de no querer encontrar la verdad o de negarse a valorar los documentos aportados por los investigados, sino que, por el contrario, se trata del acatamiento del ordenamiento nacional y del cumplimiento de los términos procesales establecidos en la ley.

Por otro lado, en respuesta a **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, este Despacho se limita a transcribir lo establecido en la Resolución Sancionatoria al respecto de la solicitud de dicho sancionado para reprogramar su interrogatorio, toda vez que entonces se dejaron establecidas de manera precisa las razones por las cuales dicha solicitud no fue aceptada:

*"(...) por medio del literal **B** del numeral **3.2.3** de la Resolución No. 41232 de 2017 se decretó la declaración del investigado **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**. Sin embargo, el investigado no asistió a la audiencia correspondiente, allegando una solicitud de aplazamiento de la diligencia⁶⁰, debido a que su apoderado ese mismo día tenía programada otra diligencia. Dicha excusa no podía justificar el aplazamiento de la audiencia, teniendo en cuenta que según las normas del Código General del Proceso⁶¹, son los investigados personalmente quienes deben absolver el interrogatorio, no sus apoderados. Por este motivo, el aplazamiento de la audiencia solo puede justificarse en caso que el declarante acredite justa causa para no comparecer⁶², y no cuando es el apoderado quien no puede asistir a la diligencia.*

*Adicionalmente, en el expediente reposa⁶³ el poder conferido por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** a su abogado, en el cual estaba expresamente establecida la facultad de sustituir dicho poder, lo cual hubiera podido hacer, y debió haber hecho, el mencionado abogado para la fecha en que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** estaba convocado para rendir declaraciones. Sin embargo, y a pesar haber sido notificado de la audiencia con 25 días calendario de anticipación, el apoderado de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** presentó su solicitud de aplazamiento el día anterior a la fecha en la que estaba programada la diligencia, 50 minutos antes de que finalizara la jornada laboral.*

*Por lo anterior, y acogiéndose siempre a la normas existentes y vigentes en el ordenamiento nacional, fue que la Delegatura no pudo practicar la declaración del investigado y se vio obligada a prescindir de dicha prueba, y de la oportunidad de que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** pudiera ser oído dentro de la investigación".*

⁵⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-012/02.

⁵⁹ Folios 736 a 739 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁶⁰ Folios 792 al 793 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

⁶¹ Artículo 198, inciso 2, del Código General del Proceso.

⁶² Artículo 204 del Código General del Proceso.

⁶³ Folios 648 al 649 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En virtud de lo anterior, este Despacho considera que los argumentos presentados por los recurrentes son infundados y por tanto no deben ser tenidos en cuenta.

3.10. Argumentos relacionados con la solicitud de amparo de pobreza presentado por FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ

Finalmente, **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** presentó, por medio de radicado No. 14-092358-332-2 una solicitud para que le fuera conferida "la *garantía constitucional de Amparo de Pobreza*".

En este sentido, y argumentando una situación económica precaria y difícil, el sancionado solicitó acogerse al beneficio de amparo de pobreza y que por tanto se le exonerara de pagar la sanción impuesta por esta Superintendencia a través de la Resolución Sancionatoria.

Como sustento de lo anterior, **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** aportó los siguientes documentos: (i) copia de registro para la localización y caracterización de personas con discapacidad, expedida por la Alcaldía Distrital de Santa Marta; (ii) Registro de operación bancaria de Bancolombia de retiro de aportes al sistema de pensiones; (iii) registro de operación bancaria de consignación en BBVA de consignación de aportes a pensiones; (iv) Certificado de Libertad y Tradición de inmueble con Matricula Inmobiliaria No. 080-33860 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicas de Santa Marta.

En virtud de lo anterior, pasa el Despacho a manifestarse respecto a la anterior solicitud.

Debe mencionarse que, en primer lugar, el amparo de pobreza es una figura que está encaminada a garantizar a quien la alegue que no será obligado a prestar cauciones procesales ni a pagar expensas, honorarios de auxiliares de la justicia u otros gastos de la actuación, y no será condenado en costas.

Sin embargo, dicha figura no está encaminada a eximir de responsabilidad y del pago total de las sanciones impuestas en el marco de una actuación administrativa a quien haya sido encontrado como participante de un acuerdo anticompetitivo.

No obstante, esta Superintendencia, con el objetivo de salvaguardar los derechos y la integridad de los investigados, analizó los documentos aportados por **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**, así como su solicitud de ser eximido del pago de la sanción impuesta por esta Superintendencia, debido a que el recurrente manifestó no estar en situación económica de realizar dichos pagos.

Ahora bien, y validando la información obrante en el Expediente, como lo son las declaraciones de renta de los años 2014 y 2015 de **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**⁶⁴, documentos que fueron utilizados para calcular el monto de la sanción a pagar por este impugnante, se evidencia que los documentos aportados para sustentar la supuesta situación económica precaria del recurrente no son suficientes para que este Despacho pueda llegar a la conclusión de eximirlo del pago de la sanción impuesta por esta Entidad.

Al respecto, debe mencionarse que de acuerdo a la información financiera que obra en el Expediente, **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** para el año 2014 tenía ingresos operacionales de un valor superior a los [REDACTED], activos fijos cercanos a los [REDACTED], y Cuentas por Cobrar de más de [REDACTED].

Por su parte, en la solicitud de "Amparo de Pobreza", **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** no aportó documento que evidenciara su situación económica real, lo cual hubiera sido necesario para que este Despacho efectivamente pudiera tomar la decisión de reducir el monto de la sanción impuesta por la violación a las normas de libre competencia.

Este Despacho ha reiterado en varias oportunidades a lo largo de este proceso la potencialidad de la conducta cometida por los sancionados para generar un gran impacto en los mercados relevantes analizados, razón por la cual, el eximir de responsabilidad a uno de sus participantes requiere de una carga probatoria de un nivel significativo, que en opinión de este Despacho, no cumplió **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**.

⁶⁴ Folios 767 y 768 del Cuaderno Reservado No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sin perjuicio de lo anterior, el Despacho pone de presente a **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** que cuenta con las facilidades necesarias, las cuales serán otorgadas por la Entidad, para poder acordar un plan de pagos con esta Superintendencia, de forma que pueda cancelar el valor correspondiente a su multa en su totalidad sin ver afectado su mínimo vital en ningún momento.

Sin embargo, se procede a denegar la solicitud de "Amparo de Pobreza" de **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** y por tanto mantener el monto de la sanción impuesta a este sancionado en los términos de la Resolución Sancionatoria.

En mérito de lo expuesto, y en virtud de lo establecido en el artículo 80 del CPACA, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: RECONOCER personería jurídica a **WILFREDO MEJÍA MELÉNDEZ**, mayor de edad, identificado con C.C. No. 12.561.371 y portador de la Tarjeta Profesional No. 71.888 del Consejo Superior de la Judicatura, para actuar en nombre y representación de **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ** en la presente actuación administrativa, en los términos y para los efectos del poder sustituido.

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR el contenido de la presente Resolución a **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, identificado con C.C. No. 12.556.358, **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, identificado con C.C. 84.453.900, **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**, identificado con C.C. 12.542.389 y **LORENZO OROZCO PABÓN**, identificado con C.C. 72.095.544, entregándoles copia de la decisión, e informándoles que en su contra no proceden recursos.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a **VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES**, identificada con C.C. 57.433.833, **SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA**, identificado con C.C. 85.458.004, **CASTAÑEDA RODRÍGUEZ INGENIERÍA & ARQUITECTURA LTDA.**, identificada con Nit. 900.143.060-0, **LUIS ALBERTO FULA CASTIBLANCO**, identificado con C.C. 19.229.116 y **DANIEL ALEJANDRO CASTAÑEDA RODRÍGUEZ**, identificado con C.C. 80.216.343, entregándoles copia de la decisión, e informándoles que en su contra no proceden recursos.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **09 MAY 2019**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Proyectó: T. Posada
Revisó: A. Pérez
Aprobó: A. Barreto

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

NOTIFICAR:**EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**

C.C. No. 12.556.358

Apoderado

Doctora

LIGIA MILENA CUCUNUBÁ TOLOZA

C.C. No. 1.082.972.006

T.P. No. 277.430 del C.S. de la J.

Calle 28 No. 5-106, Barrio Los Angeles

E-mail: ligia.cucunuba@hotmail.com o ligia.cucunuba@gmail.com**JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**

C.C. No. 84.453.900

Apoderado**FRANKLIM JOSÉ SOLANO GUTIÉRREZ**

C.C. No. 85.468.589

T.P. No. 87.272 del C. S. de la J.

Calle 7B # 19B-58, Barrio Los Almendros, Santa Marta

E-mail: franksoqu@gmail.com**FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**

C.C. No. 12.542.389

Apoderado**WILFREDO MEJÍA MELÉNDEZ**

C.C. 12.561.371

T.P. 71.888 del C.S. de la J.

Calle 116 No. 12-76, Santa Marta

LORENZO OROZCO PABÓN

C.C. No. 72.095.544

Calle 48 C No. 15 Sur-18, Barrio Ciudadela 20 de julio Etapa 4, Barranquilla

E-mail: lorenop0251@hotmail.com**COMUNICAR:****VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES**

C.C. No. 57.433.833

E-mail: vbcarq@hotmail.com**SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA**

C.C. No. 85.458.004

E-mail: sandroduarte00@gmail.com**CASTAÑEDA RODRÍGUEZ INGENIERÍA & ARQUITECTURA LTDA.**

Nit. No. 900.143.060-0

E-mail: cyrconstruccionesltda@gmail.com**DANIEL ALEJANDRO CASTAÑEDA RODRÍGUEZ**

C.C. No. 80.216.343

E-mail: cyrconstruccionesltda@gmail.com**LUIS ALBERTO FULA CASTIBLANCO**

C.C. No. 19.229.116

Calle 12B Bis # 1-39, Barrio La Concordia, Bogotá