

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN **9809** DE 2019

(25 ABR 2019)

Radicación: 14-92358

"Por la cual se resuelve un recurso de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIOEn 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 a favor de **CASTAÑEDA RODRÍGUEZ INGENIERÍA & ARQUITECTURA LTDA.** por no encontrar pruebas contundentes sobre la supuesta 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 a favor de **DANIEL ALEJANDRO CASTAÑEDA RODRÍGUEZ y LUIS ALBERTO FULA CASTIBLANCO** por no encontrar pruebas contundentes sobre la supuesta 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 BERMÚDEZ**, interpuso recurso de reposición.

TERCERO: Que mediante Resolución No. 6176 del 19 de marzo de 2019 (en adelante "Resolución No. 6176 de 2019"), la Superintendencia de Industria y Comercio rechazó las solicitudes probatorias realizadas en el recurso de reposición interpuesto por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** contra la Resolución No. 3150 de 2019, toda vez que las mismas no establecían la finalidad de cada una de ellas como tampoco el tema o hecho que se pretendía probar o controvertir.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución No. 6176 de 2019 y dentro del término legal, **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** interpuso recurso de reposición con el fin de que se revoque la decisión de no decretar las pruebas solicitadas en el recurso de reposición² interpuesto contra la Resolución Sancionatoria.

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

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

² Folios 1444 a 1453 del Cuaderno Público No. 7 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4.1. Argumentos planteados por EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ

4.1.1. Argumentos respecto a la solicitud de declaración del supervisor del contrato adjudicado al CONSORCIO PIJAO 2014:

- Afirma **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** que la declaración de quien ostenta la calidad de supervisor del contrato adjudicado al **CONSORCIO PIJAO 2014** en el marco del proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE**, el señor **JHON JAIRO QUINTERO**, cumple con todos los requisitos del artículo 165 y ss. del Código General del Proceso (en adelante el "CGP");
- El objeto de la prueba es establecer la ausencia de conocimiento de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** sobre el mencionado proceso de selección y sobre la adjudicación del contrato resultante del mismo;
- Las declaraciones de **JHON JAIRO QUINTERO** son conducentes para demostrar la ausencia de conocimiento de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** teniendo en cuenta que las mismas buscan aclarar los hechos de la ejecución del contrato adjudicado, como por ejemplo, quién era el contratista, si conocía a **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, si tuvo en algún momento contacto con este último durante la obra en cuestión, entre otros aspectos;
- Las declaraciones solicitadas como prueba son además pertinentes, toda vez que permitirían establecer si dentro de la ejecución del contrato hay otra persona diferente a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** y si es cierta o no la participación de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** en dicho contrato;
- Este medio de prueba es además útil para probar que la participación de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** en el proceso licitatorio y/o en la ejecución del contrato resultante nunca tuvo lugar.

4.1.2. Argumentos respecto a la solicitud de testimonio del contador de EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ entre el 2010 y 2017

- Una certificación expedida por un contador es un medio con reconocido valor probatorio en el ordenamiento nacional para establecer el manejo económico y/o financiero de una empresa;
- Así, el testimonio solicitado es conducente en la medida que el señor **BLADIMIR ANTONIO VILLA BRITO** llevaba la contabilidad de los gastos de operación en los procesos de selección en los que participó **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** entre el 2010 y el 2017, así como la contabilidad de la ejecución de los contratos resultantes de dichos procesos;
- De esta forma, el testimonio del contador de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** mostraría que no se tenía conocimiento de la participación en el proceso de selección objeto de investigación;
- La certificación del contador es prueba pertinente para sustentar la defensa de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, estableciendo el desconocimiento de este último de la participación en el proceso de selección objeto de la investigación en cuanto a gastos, declaraciones de IVA, relación de trabajo anterior con **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, retenciones y reporte a la DIAN de los contratos activos;
- Por lo anterior, la prueba solicitada es útil para determinar la injerencia o no de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** en los procesos de selección objeto de investigación.

4.1.3. Argumentos respecto a la solicitud de prueba grafológica

- Con este medio de prueba se puede establecer con "*absoluta claridad*" que los documentos presentados por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** en el proceso de selección objeto de investigación no fueron expedidos por él, y que las firmas y huella que reposan en el **FONADE**, en la entidad bancaria **COLPATRIA** y la empresa aseguradora no son de él.
- Esta prueba es pertinente para demostrar que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** no conocía del proceso de licitación objeto de investigación y que contra él se cometieron diferentes tipos penales, como la falsificación y abuso de confianza;
- Esta prueba es útil para "*cambiar la postura de la Superintendencia sobre los hechos que constituyen la participación individual del señor Javier Ayola en la comisión de una conducta anticompetitiva, además de ser responsable penal por falsedad en documento y abuso de confianza*".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

4.1.4. Argumentos respecto a la ilicitud de negar las pruebas solicitadas

- La decisión de la Superintendencia de negar las pruebas solicitadas es una *"violación flagrante de las garantías procesales consagradas en la Constitución del debido proceso y el derecho de defensa y contradicción"*;
- El presente proceso no está orientado a establecer la verdad de los hechos, pues la Superintendencia solo se encuentra valorando los aspectos de los cuales se podría derivar una conclusión incriminatoria y no en aquellos argumentos que pudieran derivar en una ausencia de responsabilidad por parte de los investigados;
- Se ha desconocido de manera *"flagrante y arbitraria"* la obligación de evaluar no solo lo desfavorable sino también lo favorable al investigado;
- Las pruebas rechazadas buscan demostrar que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** es totalmente ajeno al proceso de selección como a la ejecución del contrato resultante, y de su naturaleza se desprende su evidente conducencia, pertinencia y utilidad procesal;
- Los medios de prueba que sirven de apoyo a la acusación no han podido ser controvertidos por los acusados, por lo cual la investigación se ha llevado a cabo contrariando el debido proceso y vulnerando el derecho a la defensa y acceso a la justicia;
- El rechazar las pruebas solicitadas sería ilegal por contrariar las normas generales de procedimiento y las establecidas en la ley especial del procedimiento administrativo, específicamente el principio de celeridad *"donde establece que es obligación de las autoridades considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados"*.

QUINTO: Que este Despacho procederá a resolver el recurso de reposición interpuesto, dando respuesta a los argumentos presentados por el impugnante en los siguientes términos.

5.1. Requisitos para el decreto de pruebas en las actuaciones administrativas

El artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 establece que, si al interponerse recurso de reposición o de apelación contra acto administrativo se hubieren solicitado pruebas, el funcionario que ha de resolverlo debe pronunciarse frente a ellas. En ese sentido y en aplicación del artículo 306 de la misma norma, y con el fin de verificar las solicitudes probatorias realizadas por los recurrentes, es necesario remitirse al régimen probatorio regulado por la Ley 1564 de 2012 –CGP–.

El artículo 165 del CGP es claro en señalar que *"son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez"*, medios que para ser decretados, practicados y valorados dentro del proceso deben cumplir con los requisitos de (i) pertinencia, (ii) conducencia y (iii) utilidad. Por tal motivo, si la prueba solicitada no reúne estos requisitos la consecuencia legal será el rechazo de la misma, conforme lo dispone el artículo 168 del CGP³.

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

*"Hay lugar a inadmitir de plano, por parte del Juez, tanto las pruebas inconducentes como las legalmente prohibidas o ineficaces; las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las superfluas. Lo anterior impone al Juez la obligación de analizar las solicitudes de pruebas que eleven las partes y de considerar si las pruebas correspondientes cumplirán, o no, con los requisitos de legalidad, conducencia y pertinencia, respecto de los hechos objeto del proceso, para proceder así a su decreto o, por el contrario, denegar su práctica"*⁴.

Teniendo esto claro, se pasará a explicar cada uno de los requisitos de la prueba.

³ Artículo 168. Rechazo de plano. El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles. Debe dejarse la salvedad, que en armonía con lo establecido en el artículo 20 de la Ley 1340 de 2009, establece que contra el acto administrativo que niegue pruebas procede el recurso de reposición frente a las pruebas negadas.

⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, Auto del 28 de mayo de 2013, Rad. 38455, CP: Mauricio Fajardo Gómez.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

5.1.1. La pertinencia como requisito de la prueba

La pertinencia se refiere a que la prueba debe estar referida al objeto mismo del proceso y que recaiga sobre los hechos que se encuentran en debate⁵. Frente a este requisito, el Consejo de Estado ha señalado lo siguiente:

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

Bajo la misma línea argumental el profesor Hernán Fabio López Blanco, sostiene que la prueba impertinente es aquella que nada aporta a la Litis, pues busca probar un hecho inocuo para los fines perseguidos dentro del proceso"⁶.

En este sentido será impertinente para el proceso la prueba que no tenga nada que ver con los hechos objeto de debate; situación que debe ser verificada por el director del proceso.

5.1.2. La conducencia como requisito de la prueba

La conducencia de la prueba se refiere a que el medio de prueba sea el idóneo o apto para demostrar el hecho que quiere establecerse⁷. La Corte Suprema de Justicia ha indicado que este elemento tiene que ver de manera directa con una cuestión de derecho, siendo sus principales expresiones:

"(i) la obligación legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba; (ii) la prohibición legal de probar un hecho con un determinado medio de prueba, y (iii) la prohibición de probar ciertos hechos, aunque en principio puedan ser catalogados como objeto de prueba. Por ello, quien alega falta de conducencia debe indicar cuál es la norma jurídica que regula la obligación de usar un medio de prueba determinado u otra de las situaciones que acaban de mencionarse"⁸.

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

"La conducencia de la prueba (...) apunta a determinar si el medio probatorio solicitado resulta apto jurídicamente para acreditar determinado hecho"⁹.

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

5.1.3. La utilidad como requisito de la prueba

Respecto del requisito de utilidad, será útil la prueba que aporte al director del proceso certeza sobre los hechos objeto de debate¹⁰. Para la Corte Suprema de Justicia:

⁵ López, Hernán Fabio. 2017. Código General del Proceso –Pruebas. Objeto, tema, conducencia, pertinencia, utilidad y fin de la prueba. P. 110.

⁶ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Quinta. Sentencia del 5 de marzo de 2015, Rad. 11001-03-28-000-2014-00111-00(S), CP: Alberto Yepes Barreiro (e).

⁷ López, Hernán Fabio. 2017. Código General del Proceso –Pruebas. Objeto, tema, conducencia, pertinencia, utilidad y fin de la prueba. P. 108.

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2018, Rad. 51882, MP: Patricia Salazar Cuéllar.

⁹ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2018, rad. 58657, CP: Stella Conto Díaz Del Castillo (e).

¹⁰ López, Hernán Fabio. 2017. Código General del Proceso –Pruebas. Objeto, tema, conducencia, pertinencia, utilidad y fin de la prueba. P. 112.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...) la utilidad de la prueba se refiere a su aporte concreto en punto del objeto de la investigación, en oposición a lo superfluo e intrascendente"¹¹.

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

"(...) que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra"¹². (Subraya fuera de texto).

Así mismo,

"(...) la utilidad o eficacia de la prueba lo constituye el efecto directo dentro del juicio que informa al juez sobre los hechos o circunstancias pertinentes y que, de alguna manera, le imprimen convicción al fallado"¹³.

Vistas las anteriores consideraciones generales, pasará el Despacho a pronunciarse sobre cada uno de los argumentos presentados por el recurrente.

5.2. Argumentos relacionados con la conducencia, pertinencia y utilidad de los testimonios del supervisor del contrato adjudicado al CONSORCIO PIJAO 2014 y al contador de EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ

El recurrente reiteró su solicitud de decretar como prueba dentro del Expediente los testimonios del supervisor del contrato adjudicado al **CONSORCIO PIJAO 2014**, como resultante del proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE**, y del contador de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, sobre la base de que dichos testimonios son medios conducentes, pertinentes, útiles y legales para demostrar el desconocimiento por parte de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** del proceso de selección mencionado.

En este sentido, y en primer lugar, este Despacho debe recordar que la finalidad de la prueba, dentro de un proceso administrativo como el que nos ocupa en este caso, no es otro que el de llevar al juez, en este caso el Superintendente de Industria y Comercio, a la certeza o conocimiento de los hechos y su objetivo es soportar las pretensiones o las razones de la defensa.

Con este fin, la ley establece una serie de medios de prueba, dentro de los cuales el legislador estableció el de la "declaración de terceros"¹⁴, o más conocido como testimonios.

Ahora bien, y pese a la utilidad que pueden tener los testimonios dentro de un proceso, y contrario a lo manifestado por el recurrente, el decreto de los mismos y su práctica no debe ser automática¹⁵, toda vez que previo a tomar cualquier decisión, el juez, o en este caso el Superintendente, tendrá la obligación de analizar las mismas y determinar su conducencia, pertinencia y utilidad dentro del proceso.

Lo anterior, dado que, lejos de ser una *"violación flagrante de las garantías procesales consagradas en la Constitución"* como temerariamente lo afirma el recurrente, es un mandato legal, incluido en el artículo 168 del CGP, el cual establece textualmente que *"El juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles"*.

En este sentido, y acogiéndose siempre a sus obligaciones legales, este Despacho pasará a analizar si se deben decretar las pruebas testimoniales solicitadas en este caso.

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 7 de marzo de 2018, Rad. 51882, MP: Patricia Salazar Cuéllar.

¹² Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Cuarta. Sentencia del 11 de junio de 2015, Rad. 20.473,

¹³ Consejo de Estado, Sala Plena Contenciosa, Sección Tercera, Subsección B. Sentencia del 8 de agosto de 2018, rad. 58657.

¹⁴ Capítulo V, Título Único, Sección Tercera del Código General del Proceso.

¹⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta. Sentencia del 5 de marzo de 2015. Rad. 11001-03-28-000-2014-00111-00(S)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Para esto, es necesario remitirse al escrito por el cual se realizaron dichas solicitudes, y a las precisiones hechas en cuanto a su objeto.

Así, respecto al testimonio del supervisor del contrato adjudicado al **CONSORCIO PIJAO 2014**, como resultante del proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE**, se debe mencionar que en la solicitud inicial, tal como fue puesto de presente por medio de la Resolución recurrida, no se detalló de manera alguna el objeto de la prueba.

Por su parte, en el recurso analizado en este momento, **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** manifestó que con dicho testimonio se buscaba corroborar la ausencia de conocimiento sobre el proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE** y su adjudicación al **CONSORCIO PIJAO 2014**. Para el recurrente, dicho testimonio era evidentemente conducente, pertinente y útil para este fin, dado que el señor **JHON JAIRO QUINTERO**, supervisor del contrato en mención, tenía la capacidad de aclarar los hechos de la ejecución del contrato adjudicado y establecer si dentro de la ejecución del mismo existió la participación de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** o persona diferente a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**.

En este orden de ideas, y hecha la valoración de rigor que se exige sobre la solicitud de la prueba mencionada, este Despacho encuentra que la misma no debe ser decretada debido a su impertinencia.

De esta forma, se recuerda que por pertinencia se hace referencia a la relación que pueda existir entre el medio de convicción y el objeto del proceso, de forma que se aporte algo a la Litis que lleve al juez a la claridad sobre los hechos.

No obstante, en el presente caso, se evidencia con toda claridad que con el testimonio de **JHON JAIRO QUINTERO**, supervisor del contrato resultante del proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE**, se pretendía era dar cuenta que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** no había interferido ni participado en la ejecución del contrato adjudicado, más no se hacía referencia alguna respecto a su participación en calidad de miembro del consorcio adjudicatario durante el proceso de selección que derivó en el contrato mencionado.

Se debe recordar, como quedó claramente delimitado desde el inicio de la actuación administrativa, que el objeto del presente proceso corresponde a la existencia de una práctica coordinada y la participación conjunta del recurrente y los demás investigados en la etapa pre contractual de presentación de ofertas económicas en los diferentes procesos de selección, y no en la etapa contractual de la ejecución del contrato resultante y adjudicado por la Entidad Estatal.

Por este motivo, para este Despacho no es claro como el testimonio solicitado del supervisor del contrato adjudicado al **CONSORCIO PIJAO 2014**, el cual solo puede dar cuenta de hechos ocurridos de manera posterior a la conducta colusoria analizada, puede llevar a la certeza de que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** no participó en la conducta sancionada.

Por lo anterior, este Despacho encuentra que el testimonio solicitado es un medio de prueba abiertamente impertinente para los fines del presente proceso, por lo cual no debe ser decretado.

En segundo lugar, respecto al testimonio del contador de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** durante los años 2010 a 2017, este Despacho debe manifestar lo siguiente:

Por un lado, y de manera preliminar, este Despacho concuerda con el recurrente respecto a que los contadores, y las certificaciones expedidas por éstos, son un medio con reconocido valor jurídico para dar fe sobre el manejo económico y/o financiero de una empresa.

No obstante, dado que el objeto del presente proceso no recae de ninguna manera respecto al manejo de las finanzas de ninguna compañía en específico, no se puede tomar de manera irrefutable, como lo pretende el recurrente, la conducencia, pertinencia y utilidad del testimonio solicitado por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** en el presente caso.

Por lo anterior, este Despacho está en la obligación legal de realizar el estudio respecto al cumplimiento de los requisitos de la prueba antes de proceder a la decisión sobre si decretarla o confirmar la decisión de rechazarla.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, lo que se intenta probar es que al ser la persona encargada de llevar la contabilidad tanto de los procesos de selección en los que participaba **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, como de los contratos que le fueran adjudicados, **BLADIMIR ANTONIO VILLA BRITO** podría dar testimonio y fe de que no existieron nunca registros del proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE**, ni del contrato resultante de dicho proceso, lo cual demostraría el desconocimiento de los mismos.

No obstante, se vuelve a reiterar que el objeto de la presente actuación administrativa corresponde a la participación de un acuerdo anticompetitivo, consistente en el otorgamiento por parte de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** y los demás investigados a **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO**, de los documentos necesarios y la autorización de usarlos para la participación futura en procesos de selección, con el fin de participar en los mismos y aumentar su probabilidad de éxito, defraudando los intereses del Estado de contratar con el mejor proponente y por tanto las normas de libre competencia en Colombia.

De esta forma, para este Despacho no es evidente cómo el hecho que el contador de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** no tuviera en sus registros contables el proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE**, o el contrato resultante del mismo, puede demostrar la no participación en el mencionado actuar conjunto entre los investigados.

En la Resolución Sancionatoria quedó establecido que existen diferentes elementos probatorios en el Expediente que dan cuenta que entre **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** y los demás investigados, incluido **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, existía una relación de vieja data, la cual derivó en una situación de confianza, por medio de la cual se otorgó el aval y los documentos necesarios para que **JAVIER ARTURO AYOLA GUERRERO** elaborara propuestas económicas y participara en procesos de selección futuros.

En este sentido este Despacho no encuentra la relación entre el testimonio de una persona dedicada a llevar la contabilidad personal de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** con el hecho que este último hubiera aceptado entregar sus documentos a un tercero para que se estructuraran y presentaran propuestas económicas, en donde resulta irrelevante la futura participación en la ejecución del contrato, pues el objetivo sin lugar a dudas era el de resultar adjudicatarios de los procesos a participar.

Por lo anterior, para este Despacho las declaraciones que pueda rendir el contador personal de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** respecto a los registros contables de este último, son impertinentes, pues en nada se relacionan con la participación o no en una conducta colusoria con las características de la sancionada en el presente caso, y son inútiles o superfluas dado que existen múltiples elementos probatorios que demuestran lo contrario.

Finalmente, este Despacho debe resaltar que, a pesar de haber demostrado la impertinencia e inutilidad de las pruebas testimoniales solicitadas en los términos anteriormente establecidos, las mismas además siguen sin cumplir ciertos de los requisitos formales exigidos por la ley para su decreto. Esto, toda vez que ni en el caso de la solicitud del testimonio del supervisor del contrato adjudicado al **CONSROCIO PIJAO 2014**, ni en el caso de la declaración del contador de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**, el recurrente estableció el domicilio, residencia o lugar donde podrían ser citados dichos testigos, en los términos del artículo 212 del CGP.

De esta forma, y de acuerdo a lo analizado en este punto, este Despacho considera que no existe relación alguna entre las pruebas solicitadas y el objeto del proceso, por lo cual se confirmará la decisión de esta Superintendencia de rechazar las mismas, dado su impertinencia e inutilidad para el proceso.

5.3. Argumentos relacionados con la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba grafológica

El recurrente manifestó la necesidad de decretar dentro del Expediente una prueba grafológica, la cual considera conducente, útil y pertinente para demostrar que los documentos presentados en el proceso de licitación no fueron expedidos por **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**.

Sin embargo, este Despacho pasará a demostrar las razones por las cuales la prueba solicitada no debe ser decretada, debido a la falta de cumplimiento de ciertas formalidades jurídicas, como fue

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

puesto en evidencia en la Resolución recurrida, pero además debido a la falta de utilidad y pertinencia de la misma.

Así, en primer lugar, es preciso señalar que del texto de la solicitud de la prueba, así como del recurso de reposición analizado en este caso, este Despacho encuentra que el recurrente no delimitó de manera precisa el alcance de la prueba grafológica solicitada.

Al respecto, se reitera lo manifestado por el Consejo de Estado, quien afirmó que:

"El dictamen o prueba pericial se rige por las normas procesales civiles, de manera que para que sea decretado y valorado como prueba debe cumplir todos y cada uno de los requisitos contenidos en ellas, entre otros, su práctica en legal forma y que se le dé a la parte contraria la posibilidad de contradecirlo, en aras de garantizar el derecho de defensa. Además, la parte que solicita el dictamen pericial debe concretar los puntos sobre los cuales debe conceptuar el perito, además de los que el juez considere, de oficio, que deben ser respondidos por este. (...) De la solicitud transcrita se observa que la sociedad demandante, pidió el decreto de la prueba pericial, sobre "[...] la información contenida en ese disco duro [...]" sin individualizarlo o identificarlo de forma alguna. Además, la finalidad de la práctica de la prueba es confusa, pues se dirige a establecer si la mencionada información "pertenece" o no al contribuyente, lo cual no deja claro cuál es el tema de la prueba o qué hecho pretendía la demandante probar o controvertir"¹⁶

En este sentido, y teniendo en cuenta que la prueba grafológica se debe entender como una prueba pericial, es necesario que quien la solicita la individualice e identifique detalladamente con el fin de poder realizar un análisis correcto respecto a su conducencia, pertinencia y utilidad.

Sin embargo, en el caso concreto, salta a la vista que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** no estableció en ningún momento de manera precisa los documentos sobre los cuales deseaba que recayera la prueba solicitada, sin individualizarlos ni identificarlos en los términos exigidos por el Consejo de Estado. En este sentido, la Superintendencia podría rechazar la prueba solicitada por este motivo, sin entrar a ahondar en un análisis más de fondo sobre el contenido de la prueba.

Ahora bien, en segundo lugar, aún si se aceptara que la prueba solicitada fue debidamente delimitada por el recurrente, la misma debe ser rechazada por no cumplir con el requisito de utilidad.

Lo anterior, dado que existen múltiples elementos probatorios en el Expediente que analizados de manera conjunta y con base en las reglas de la sana crítica, permiten establecer, de manera razonable, que la firma existente en los documentos presentados en el proceso de selección MCO 006-214 del FONADE respecto al consorcio **PIJAO 2014** sí corresponde a la de **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ**.

Así, por un lado 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.

ESPACIO EN BLANCO

¹⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Auto del 13 de octubre de 2016, Rad. 18840, CP: Martha Teresa Briceño de Valencia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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



Nº. 850.034.594-1

Bogotá, 04 de agosto de 2017.

BANCO COLPATRIA
MULTIBANCO COLPATRIA S.A.
NIT. 850.034.594-1

INFORMA:

Cordialmente informamos que nuestro cliente **CONSORCIO PIJAO 2014** identificado con NIT 980.727.635-2, se encuentra vinculado a nuestra entidad con la cuenta corriente No. 00000001963, la cual se encuentra inactiva, abierta el 05 de mayo del 2014 con las siguientes condiciones de manejo:

FIRMA
Efraín Cucunubá Bermúdez
Javier Ayala 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 Cernargo
Directora de Servicio Pyme y Microcrédito
Gerente Relaciones con Clientes
Jcm

Fuente: Carpeta Reservada del Expediente

Como ya fue manifestado por esta Entidad en la Resolución Sancionatoria, se puede evidenciar 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"¹⁷

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 la falsificación de su firma.

¹⁷ 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 obran en el Expediente, 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 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 EXPEDIDO A TRAVÉS DEL PORTAL DE SERVICIOS VIRTUALES ISM
CERTIFICADO DE INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE PROPONENTES
EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ

Código de Verificación: tZr7hbp3fq

EXPERIENCIA

QUE EN RELACION A LOS CONTRATOS EJECUTADOS EL PROPONENTE REPORTE

NUMERO CONSECUTIVO DEL REPORTE DEL CONTRATO EJECUTADO: 111
CONTRATO CELEBRADO POR: CONSORCIO, UNION TEMPORAL O SOCIEDAD EN LAS
CUALES EL PROPONENTE TENGA O HAYA TENIDO PARTICIPACION.
NOMBRE DEL CONTRATISTA: **CONSORCIO PIAJO 2014**
NOMBRE DEL CONTRATANTE: **FONADE**
VALOR DEL CONTRATO EJECUTADO EXPRESADO EN CSDA: 99.84
PORCENTAJE DE PARTICIPACION EN EL VALOR EJECUTADO EN CASO DE
CONSORCIOS Y UNIONES TEMPORALES: 60.00

SG PM CL PR DESCRIPCION

72121400 : SERVICIOS DE CONSTRUCCION DE EDIFICIOS PUBLICOS ESPECIAL
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
77101800 : 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 de un proceso de selección, y por el contrario manifiesta haber sido víctima de falsificación de sus firmas 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.

Así, este Despacho considera que, a la fecha, existen diferentes elementos de prueba que, analizados de manera conjunta y bajo la máxima de la sana crítica, permiten desmentir la alegación del recurrente respecto a la falsificación de su firma en los documentos correspondientes al proceso de selección MCO 006-2014 del **FONADE**, del cual además resultó adjudicatario.

Lo anterior permitiría a este Despacho confirmar el rechazo de la prueba grafológica solicitada por el recurrente dada la falta de utilidad de la misma dentro del proceso.

Finalmente, y en tercero lugar, se debe mencionar que incluso si hipotéticamente se aceptara el hecho de que **EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ** hubiera sido víctima de falsificación de sus firmas, y no hubiera sido él quien suscribió los documentos aportados para participar en los procesos de selección objeto de investigación, la posición de esta Superintendencia no se vería alterada, dado que esta situación no llevaría a la conclusión de que el recurrente no participó en la conducta anticompetitiva sancionada.

Lo anterior teniendo en cuenta que dentro del Expediente, existen suficientes elementos probatorios que dan cuenta de la existencia de un actuar conjunto entre los investigados, por medio del cual se compartían documentos e información necesaria para la estructuración y presentación de ofertas económicas en procesos de selección futuros, con el objetivo de participar en los mismos y aumentar su probabilidad de éxito de manera anticompetitiva.

Como prueba de lo anterior existen diferentes elementos como los testimonios de los investigados, declaraciones de terceros, documentos de las entidades Estatales con las que contrataron, entre

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

otros, todos los cuales fueron valorados de manera conjunta y bajo las reglas de la sana crítica, como lo exige el ordenamiento nacional.

Por este motivo, y sin lugar a dudas, aún si se aceptara la tesis de que las firmas que reposan en los documentos físicos presentados por los investigados en el proceso de selección MCO 006-2014 del FONADE fueran falsas, lo anterior no desmentiría ni controvertiría los múltiples elementos de prueba adicionales que llevaron a este Despacho a tomar la decisión establecida en la Resolución Sancionatoria.

Por este motivo, se encuentra que la prueba grafológica solicitada, en este hipotético escenario, sería impertinente, toda vez que aún si demostrara la efectiva falsificación de las firmas del recurrente, no sería un medio de prueba que tuviera relación directa con el objeto del proceso.

De esta forma, y teniendo en cuenta todos los argumentos acá establecidos, este Despacho confirmará su decisión de rechazar la prueba grafológica solicitada.

5.4. Argumentos relacionados con la ilegalidad de rechazar las pruebas solicitadas por EFRAÍN CUCUNUBÁ BERMÚDEZ

Finalmente, el recurrente manifiesta que el no decretar las pruebas solicitadas, implicaría por parte de la Superintendencia una violación a la ley, al debido proceso y al derecho de defensa de los investigados.

Al respecto, este Despacho debe manifestar que, tal y como fue mencionado anteriormente en la presente Resolución, el juez, y en este caso la Superintendencia, no está en la obligación de decretar todas las pruebas que sean solicitadas por los investigados en un proceso. Por el contrario, de acuerdo al artículo 168 del CGP, se requiere una valoración previa con el fin de establecer la conducencia, pertinencia y utilidad de la prueba, antes de que la misma sea decretada, y en caso dado, practicada por la Autoridad.

Lo anterior además ha sido reiterado en múltiples oportunidades por el Consejo de Estado, quien ha manifestado que:

"Para la admisión de las pruebas, la práctica y los criterios de valoración deben observarse las normas fijadas por los artículos 211 a 222 del CPACA y en lo no previsto, en las normas del Código General del Proceso², aplicable por remisión expresa del artículo 2113 de CPACA, y algunas otras reglas propias del proceso en el que se decreten.

Las disposiciones del Código General del Proceso, en relación con el régimen probatorio, indican que las pruebas deben referirse al asunto materia del proceso y que "el juez rechazará mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles".

Lo anterior significa que para determinar si procede el decreto de las pruebas propuestas por las partes, el juez debe analizar si estas cumplen los requisitos de conducencia, pertinencia, utilidad y legalidad. La conducencia consiste en que el medio probatorio propuesto sea adecuado para demostrar el hecho. La pertinencia, por su parte, se fundamenta en que el hecho a demostrar tenga relación con el litigio. La utilidad, a su turno, radica en que el hecho que se pretende demostrar con la prueba no esté suficientemente acreditado con otra.

Finalmente, las pruebas, además de tener las características mencionadas, deben estar permitidas por la ley¹⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto).

De esta forma, no es de recibo, por ser absolutamente infundada, la afirmación del recurrente respecto a que el no decreto de las pruebas solicitadas implicaría una violación de la ley, y una vulneración del derecho de defensa, toda vez que dicha decisión corresponde al resultado de un análisis ajustado a la ley, respecto a la pertinencia, conducencia y utilidad de las pruebas solicitadas.

¹⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta. Sentencia del 20 de mayo de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por el contrario, esta Superintendencia manifiesta que se han dado múltiples oportunidades, todas ajustadas al procedimiento legalmente establecido, para que los investigados, incluyendo el recurrente, se pronuncien sobre las pruebas existentes dentro del Expediente, las controvertan y aporten nuevas, por lo cual no encuentra sustento en el argumento del recurrente según el cual existió una flagrante violación al Debido Proceso y al derecho a la defensa de los investigados.

Finalmente, respecto al argumento establecido por el recurrente respecto a que de acuerdo al principio de celeridad establecido en el artículo 3 del CPACA, la Superintendencia está obligada a considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados, debe mencionarse que dicha afirmación no se encuentra establecida en el mencionado principio. Así, se procede a transcribir de manera textual el numeral 13 del artículo 3 del CPACA, el cual establece lo siguiente:

*"13. **En virtud del principio de celeridad**, las autoridades impulsarán oficiosamente los procedimientos, e incentivarán el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, a efectos de que los procedimientos se adelanten con diligencia, dentro de los términos legales y sin dilaciones injustificadas". (Subraya y negrilla fuera de texto).*

De esta forma, no se encuentra el cómo se desprende de la anterior norma la obligación, que temerariamente busca evidenciar el recurrente, de la Autoridad de considerar todos los argumentos y pruebas de los interesados.

De esta forma, este Despacho encuentra abiertamente infundada y contraria a la normatividad vigente la posición del recurrente respecto a este punto, por lo cual no la considera de recibo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

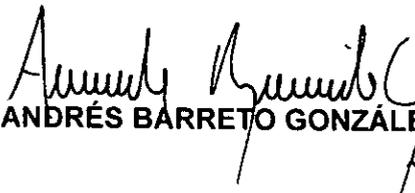
ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR la totalidad de la Resolución No 6176 del 19 de marzo de 2019, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: COMUNICAR 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, **VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES**, identificada con C.C. 57.433.833, **SANDRO FABIÁN DUARTE PALMA**, identificado con C.C. 85.458.004, **FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**, identificado con C.C. 12.542.389, **LORENZO OROZCO PABÓN**, identificado con C.C. 72.095.544, **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.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **25 ABR 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"

COMUNICAR:**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**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 Consejo Superior de la Judicatura

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

E-mail: franksogu@gmail.com**VIRGINIA ISABEL BUSTAMANTE CIFUENTES**

C.C. No. 57.433.833

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

C.C. No. 85.458.004

E-mail: sandroduarte00@gmail.com**FELIGNO JOSÉ MEJÍA MELÉNDEZ**

C.C. No. 12.542.389

Carrera 3ª #21C-40, Barrio San Fernando, Santa Marta

E-mail: fejomeme@gmail.com**LORENZO OROZCO PABÓN**

C.C. No. 72.095.544

lorenop0251@hotmail.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