

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO  
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN 3303 DE 2021

( 02 FEB 2021 )

Radicación No. 17-401804

*"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"***EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 73323 del 18 de noviembre de 2020<sup>1</sup> (en adelante "Resolución No. 73323 de 2020" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso **sanciones** a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ, DVG INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "DVG") y **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** (en adelante "PROTECO") por haber incurrido en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) en los términos expuestos en las partes considerativa y resolutive de la mencionada Resolución.

Así mismo, se impuso **sanción** a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, por colaborar y ejecutar la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de conformidad con los motivos expuestos en la Resolución No. 73323 de 2020.

A su vez, se decidió **archivar** la investigación en favor de **PROTECO** respecto de su responsabilidad en la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 con relación a unos procesos de selección mencionados en la Resolución Sancionatoria, así como en favor de **AVINCO S.A.S.** (en adelante "AVINCO") y **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) respecto de su responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, por las razones expuestas en la parte motiva de la Resolución No. 73323 de 2020.

De acuerdo con lo expuesto, este Despacho encontró probada la existencia de una práctica anticompetitiva que fue implementada en una serie de procesos de selección adelantados por el **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS** (en adelante "INVÍAS") y el **FONDO NACIONAL DEL TURISMO** (en adelante "FONTUR"), en los que los sancionados participaron, aparentando ser competidores independientes y autónomos, cuando en realidad sus actuaciones estuvieron coordinadas en cada una de sus etapas.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a los agentes de mercado y a las personas naturales a ellos vinculadas.

<sup>1</sup> Consecutivo No. 17-401804-163 del cuaderno público electrónico No. 5 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuándo se habla de "Expediente" se hace referencia al radicado No. 17-401804.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Tabla No. 1: Sanciones impuestas mediante Resolución No. 73323 de 2020**

SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO		
Agentes de mercado		
1	PROTECO INGENIERÍA S.A.S.	\$137.443.020
2	DVG INGENIERÍA S.A.S.	\$287.170.455
3	DANIEL VELASCO GONZÁLEZ	\$100.055.670
Personas naturales		
1	EDER ZABALETA ROJAS	\$16.735.290
<b>TÓTAL SANCIONES</b>		<b>\$541.404.435</b>

Fuente: Resolución No. 73323 de 2020.

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución No. 73323 de 2020, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011, los investigados que fueron sancionados en la presente actuación administrativa interpusieron recursos de reposición<sup>2</sup>.

A continuación se presentan los diferentes argumentos planteados por los impugnantes:

**2.1. Argumentos comunes presentados por DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) y PROTECO**

- Con la presente actuación administrativa, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció la implementación del Decreto 342 de 2019, por medio del cual se adoptaron como obligatorios los pliegos tipo en los procesos licitatorios para la ejecución de obras civiles y se estableció el método de ponderación de las ofertas económicas a través de un mecanismo aleatorio, con el fin de proteger los principios de transparencia y libre competencia.
- El factor aleatorio que fue incluido como método de ponderación de las ofertas económicas (Tasa Representativa del Mercado o TRM), el cual incluso fue promovido por esta misma Superintendencia, hace imposible la colusión en el mercado.
- Al haberse desconocido la imposibilidad de colusión en procesos licitatorios como los objeto de investigación, la sanción impuesta se basó exclusivamente en las relaciones de amistad y "colegaje" entre los sancionados.
- La Delegatura para la Protección de la Competencia rechazó un número de pruebas documentales y testimoniales solicitadas dentro de la investigación, manteniendo su posición de juzgar la conducta de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **PROTECO**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio valoró un número de pruebas recaudadas en diligencias de inspección administrativa, en las cuales no se contó con orden judicial previa. Por otro lado, no se valoraron las pruebas documentales que permitían establecer que no era posible que se presentara una colusión en las licitaciones del **INVÍAS**.
- Las pruebas que fueron analizadas por esta Entidad daban cuenta de un cruce de información pública y que se encontraba disponible para cualquier persona en la página electrónica de la entidad convocante como en el **SECOP**.

**2.2. Argumentos comunes presentados por EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) y DVG**

- No es cierto que la etapa de averiguación preliminar no esté sujeta a formalidades, ni que en la misma la Superintendencia de Industria y Comercio pueda usurpar funciones exclusivas de las autoridades judiciales.

<sup>2</sup> Consecutivo No. 17-401804-193, 17-401804-194 y 17-401804-196 del cuaderno público electrónico No. 5 del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- El artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 establece que, en cuanto al procedimiento para determinar si existió o no una infracción al régimen de libre competencia, "*se debe dar aplicación a lo dispuesto el (sic) código contencioso administrativo*". Esto obliga a que la entidad deba interpretar y aplicar la normatividad vigente a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política y la ley 1437 de 2011.
- El debido proceso, establecido en el artículo 29 de la Constitución Política, implica el respeto de las formas y procedimientos propios de cada actuación procesal, por lo cual no se entiende cómo la Superintendencia de Industria y Comercio justificó su conducta arbitraria, por medio de la cual (i) emitió un informe motivado incompleto; (ii) practicó e incorporó nuevas pruebas después de haber precluido la etapa de investigación; (iii) no garantizó el derecho a la defensa y contradicción; y (iv) recolectó pruebas de manera ilegal, aludiendo a su competencia funcional de inspección y vigilancia.
- El informe motivado debe brindar información respecto a la totalidad de los elementos probatorios para determinar no solo la imposición de una sanción, sino la tasación de la misma, pues no le corresponde al Superintendente de Industria y Comercio determinar los hechos y/o practicar las pruebas requeridas para imponer y tasar la sanción.
- En el presente caso, el Informe Motivado no incluyó las pruebas o conclusiones respecto a los elementos listados en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, los cuales deben tenerse en cuenta para tasar la sanción a imponer.
- El Superintendente de Industria y Comercio se encontraba imposibilitado de ejercer sus competencias y realizar la tasación de la multa, pues no se mencionaron en el Informe Motivado los elementos de prueba que le hubieran permitido valorar los criterios establecidos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.
- Se presentó una violación al debido proceso, pues los sancionados no tuvieron la posibilidad de conocer, ni siquiera parcialmente, los elementos de prueba que darían origen a las multas impuestas y sus montos.
- Las sanciones impuestas son pobres en justificación y carecen de contenido fáctico y jurídico, pues se omitió hacer una discriminación del valor dado a cada elemento de prueba utilizado para su imposición. La Resolución Sancionatoria se limitó "*caprichosamente*" a imponer un porcentaje aproximado con respecto a los ingresos y patrimonio líquido de las empresas sancionadas y terminó imponiendo una sanción "*equivalente a la multa máxima potencialmente aplicable*", sin justificar el cálculo realizado para llegar a dicho valor.
- Las pruebas que soportaron las multas impuestas en el presente caso solo evidencian la estrategia corporativa entre empresas para la optimización eficiente de los recursos.
- No le es dado a la Superintendencia de Industria y Comercio ordenar el pago de multas sin realizar una estimación razonada en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso (en adelante "**CGP**"), máxime si los investigados no tuvieron la oportunidad procesal para controvertir dichas sanciones.
- Según el principio de legalidad contemplado en el artículo 6 de la Constitución Política, y al no tener el Superintendente de Industria y Comercio facultades de instruir ni practicar pruebas, se encontraba imposibilitado de tomar una decisión en el presente caso, al no contar con la totalidad de elementos fácticos y probatorios para imponer las multas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no estaba facultada de realizar diligencias sometidas a reserva judicial ni de practicar pruebas que no guardaran conexidad con las funciones de la Entidad.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

- La Corte Constitucional manifestó que las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia son mecanismos leves o intermedios de control, y sus facultades probatorias deben ser ejercidas a la luz del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante “CPACA”) y del CGP. Igualmente, que esta Entidad no estaba facultada para realizar interceptaciones o registros, lo cual se encuentra bajo reserva judicial. Por este motivo, las pruebas en que se basan las sanciones impuestas son nulas y carecen de legalidad.
- Se vulneraron los derechos de los sancionados al afirmarse que, habiéndose resuelto en anterior oportunidad sobre la solicitud de nulidad de las pruebas recolectadas, el Superintendente de Industria y Comercio no debía volverse a pronunciar sobre las mismas en la Resolución Sancionatoria.
- La información que se obtuvo de computadores, correos electrónicos y teléfonos celulares de los sancionados, no podía ser vinculada al proceso dado que se recolectó de manera ilegal. Esto, toda vez que si bien dichos equipos contaban con información relacionada con su actividad económica, en realidad se trataba de sus equipos personales.
- La Delegatura para la Protección de la Competencia realizó amenazas disfrazadas de advertencia, con el fin de acceder a los equipos personales de los sancionados. Esto evidencia la forma arbitraria e intimidante con que actuó la Entidad, lo cual invalida las pruebas recaudadas y el procedimiento adelantado por esta Superintendencia.
- La Resolución Sancionatoria afirmó que la conducta de los sancionados era idónea para afectar la libre competencia, basándose en que los mismos mostraron conocimientos sobre la existencia de los mismos diez (10) posibles proponentes en cada proceso de ejecución de obras fluviales y el comportamiento de estos. Sin embargo, no se tiene en cuenta que se trata de información apenas natural entre los participantes en dichos procesos, y no es información exclusiva de los sancionados.
- Existe una carencia de elementos probatorios que esta Superintendencia buscó ocultar por medio de interpretaciones y presunciones fabricadas a partir de prejuicios respecto a la conducta de los sancionados.
- Las relaciones entre **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), **PROTECO** y **DVG** son ciertas pero irrelevantes para justificar la sanción de unas conductas que se encuentran justificadas y ajustadas a la ley, como son las relaciones entre las empresas de colaboradores y aliados en unos procesos, y de competidores en otros; las relaciones comerciales que permitían el apalancamiento mutuo financiero; entre otras.
- La supuesta capacidad de influenciar las decisiones de **DVG** por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** no existió ni fue probada. Si bien **EDER ZABALETA ROJAS** afirmó que consultaba con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre determinado proyecto futuro, no se encontró prueba de que esto hubiera ocurrido en el marco de un proceso en el que iban a ser competidores, ni en el marco de una conducta coordinada para afectar la transparencia del mercado.
- Es reprochable que la Superintendencia de Industria y Comercio basó su sanción en un criterio “*peligrosista*” y “*auto inventado*” de que la conducta anticompetitiva se dio por la “*posibilidad de influir, aún fuera del ámbito societario*”. Se sancionó “*por lo que pudo ser y no por lo que efectivamente se probó ocurrió*”.
- No existió prueba sobre la afirmación de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** decidía sobre los procesos de selección en los que se presentarían **DVG** y **PROTECO**. La única prueba mencionada en la Resolución Sancionatoria fue la existencia de un intercambio de información genérica y pública sobre procesos venideros.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- Sobre el supuesto poder disciplinario de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre los empleados de **DVG**, se explicó a lo largo de la actuación que esto ocurría en virtud a la calidad de director de obra que el primero ocupaba en ciertas oportunidades.
- Las afirmaciones de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** disponía unilateralmente de los recursos de **DVG** y conservaba una oficina permanente en las instalaciones de esta última, fueron debatidas integralmente en los testimonios.
- Dijo la Resolución Sancionatoria que **DVG** y **PROTECO** compartían personal de trabajo. Esto se dio en circunstancias aisladas y justificadas en el giro ordinario de los negocios de las empresas. Igualmente, no es cierto que funcionarios de ambas compañías hicieran seguimiento conjunto a los procesos de selección, lo cual no estuvo plenamente probado. Finalmente, el apalancamiento financiero entre los agentes sancionados también ocurrían de manera circunstancial y aislada, además de siempre contar con justificación técnica y/o económica, sin poderse probar una coordinación anticompetitiva.
- La Superintendencia de Industria y Comercio enumeró algunas circunstancias que, en su criterio, facilitaron una coordinación anticompetitiva, sin probar que esta última efectivamente ocurrió.
- No es cierto que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) hubiera gestionado los trámites para la conformación de consorcios. Su gestión se limitó a referenciar potenciales aliados en casos puntuales y aislados, que no tuvo como finalidad que **PROTECO** se presentara en apariencia de competencia con **DVG**. Su gestión era "*meramente de intermediación de confianza*".
- La Superintendencia de Industria y Comercio concluyó la existencia de una conducta para falsear la libre competencia, cuando no existió prueba siquiera indiciaria de esto. Solo existió, si acaso, una posibilidad de haberse cometido una conducta anticompetitiva, "*tal como existe posibilidad de cualquier conducta ilegítima cuando existen lazos personales o comerciales entre las personas*".
- En ningún momento se ha desconocido la existencia de pruebas indiciarias en el ordenamiento nacional. Sin embargo, en el presente caso estas no tuvieron lugar, sino que se presentó fue una serie de conjeturas por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. La prueba indiciaria es una carga para la autoridad administrativa, la cual debe realizarse a la luz de los derechos de las personas y la observancia del principio de supremacía constitucional.
- Al usar indicios como elementos de prueba de la conducta anticompetitiva, la Superintendencia de Industria y Comercio debía mostrar que las mismas probaran lo pretendido.
- El artículo 50 del **CPACA** establece para las autoridades administrativas un deber de ponderación de la sanción a imponer, lo que implica acudir a un razonable y proporcionado ejercicio de argumentación en el acto administrativo sancionatorio. Entre otras, la Entidad debió evaluar la conducta seguida por el sujeto pasivo de la facultad sancionatoria.
- Respecto a la cuantificación de la sanción impuesta a **EDER ZABALETA ROJAS**: (i) la Resolución Sancionatoria hizo mención a los criterios establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, pero no detalló la forma en que cada uno de dichos elementos afectó positiva o negativamente la cuantificación final de la sanción; y (ii) no era posible considerar su conducta procesal como neutra, cuando en realidad fue de colaboración durante la totalidad de la actuación administrativa, sin incurrir en medidas dilatorias, recursos innecesarios o improcedentes, sin contaminar el proceso con pruebas inútiles, inconducentes y/o improcedentes. Incluso se ofrecieron garantías para el cierre anticipado del proceso.
- Respecto a la cuantificación de la sanción impuesta a **DVG**: (i) la Resolución Sancionatoria hizo mención a los criterios establecidos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, pero no detalló la forma en que cada uno de dichos elementos afectó positiva o negativamente la cuantificación final de la sanción; (ii) no era posible considerar su conducta procesal como neutra,

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

cuando en realidad fue de total colaboración durante la totalidad de la actuación administrativa, sin incurrir en medidas dilatorias, recursos innecesarios o improcedentes, sin contaminar el proceso con pruebas inútiles, inconducentes y/o improcedentes; incluso se ofrecieron garantías para el cierre anticipado del proceso y (iii) no se valoró el supuesto beneficio económico que la conducta representó respecto a la sanción impuesta.

**TERCERO:** Que en virtud a que los impugnantes no presentaron ni solicitaron pruebas junto a sus recursos de reposición en los términos establecidos por el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo o CPACA), de conformidad con el artículo 80 del mismo código, este Despacho procederá a resolver los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

### 3.1. Consideraciones preliminares

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria es importante recordar que el ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente. En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

*"**Artículo 88.** La ley regulará las acciones populares para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con el patrimonio, el espacio, la seguridad y la salubridad pública, la moral administrativa, el ambiente, la libre competencia económica y otros de similar naturaleza que se definen en ella.*

(...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

*"**Artículo 333.** La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común. Para su ejercicio, nadie podrá exigir permisos previos ni requisitos, sin autorización de la ley.*

**La libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades.**

*La empresa, como base del desarrollo, tiene una función social que implica obligaciones. El Estado fortalecerá las organizaciones solidarias y estimulará el desarrollo empresarial.*

**El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.**

*La ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación" (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De la lectura de las normas antes citadas, es claro que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo<sup>3</sup>. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos<sup>4</sup>.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009 al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica<sup>5</sup>. En relación con la eficiencia económica obtenida en un marco de competencia real, existe evidencia empírica que ilustra cómo en países con importantes niveles de competencia, las tasas de crecimiento en su ingreso *per cápita* son más altas respecto de países con niveles de competencia bajos<sup>6</sup>.

En efecto, la sana rivalidad y competencia entre empresas deriva 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. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren<sup>7</sup>. Un estudio que analizó el periodo comprendido entre 1990 y 2007 confirmó dicho postulado, al establecer que los consumidores latinoamericanos pagaron al menos US\$35 billones de dólares extra debido a los acuerdos de precios surgidos de carteles internacionales, cifra que pudo haber sido mayor si el impacto creado por carteles domésticos hubiera también sido calculado<sup>8</sup>.

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido<sup>9</sup>. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo<sup>10</sup>.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, **en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia**, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades<sup>11</sup>, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden 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; y
- (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irreparable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Ahora bien, la Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: **(i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada**

<sup>5</sup> El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

<sup>6</sup> Consejo Privado de Competitividad: 'Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia'. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, 'Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?' (2008) 4.

<sup>7</sup> Frederic Jenny, 'Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence' (2006) 29 World Competition, 109.

<sup>8</sup> John Connor, 'Latin American Cartel Control' (2008) <http://ssrn.com/abstract=1156401>.

<sup>9</sup> OCDE, 'Lineamientos Para Combatir La Colusión Entre Oferentes en Licitaciones Públicas' (2009) 1 <[www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf)> consultada 20 febrero 2019, Despina Pachnou, 'Detecting and Preventing Bid Rigging: Views From The OECD' (2018) 6 <<https://transparency.hu/wp-content/uploads/2018/10/Despina-Pachnou-DETECTING-AND-PREVENTING.pdf>> consultada 5 marzo 2019.

<sup>10</sup> *Ibidem*.

<sup>11</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**oferente**<sup>12</sup>; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo<sup>13</sup>; y (vi) **presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad las mismas hacen parte de una conducta coordinada entre los proponentes, encaminada a falsear la libre competencia dentro del proceso de selección.** En este último esquema, por lo general, hay dos o más ofertas que, a pesar de ser presentadas por oferentes que se hacen pasar por competidores autónomos e independientes, en realidad no compiten entre ellas, pues su elaboración y presentación obedecen a una táctica acordada y coordinada previamente, la cual resulta favorecida, en muchas ocasiones, por la existencia de un mismo grupo de interés económico, existencia de situaciones de subordinación entre los oferentes o la existencia de vínculos familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente.

Bajo este contexto, vale la pena insistir que este Despacho dio cuenta, luego de un detallado estudio del material probatorio recaudado, que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, toda vez que implementaron una práctica anticompetitiva en una serie de procesos de selección adelantados por el **INVÍAS** y **FONTUR**, en los que participaron aparentando ser competidores independientes y autónomos, cuando en realidad sus actuaciones estuvieron coordinadas en cada una de sus etapas.

En este orden de ideas, se encontró acreditado que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), **DVG** y **PROTECO** realizaban de manera conjunta las gestiones para obtener los documentos necesarios para la presentación de ofertas en procesos en dónde participarían como competidores, discutían y acordaban el valor económico de las mismas y coordinaban su comportamiento dentro del proceso.

Adicionalmente, se encontraron una serie de conductas que si bien no fueron reprochadas en sí mismas, sí facilitaron la coordinación por parte de los agentes de mercado, tales como la presencia de relaciones de amistad previas, la existencia de una situación de control competitivo común, entre otras.

Para la Superintendencia de Industria y Comercio, el comportamiento encaminado a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco de procesos de contratación, cuando en realidad lo que existe es un comportamiento coordinado entre los proponentes, resulta idóneo para falsear los principios protegidos por el régimen de libre competencia en Colombia.

Precisado lo anterior, y teniendo claras las razones por las que algunos de los investigados en la presente actuación administrativa resultaron sancionados, a continuación se resolverán los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a cada uno de los argumentos presentados por los recurrentes.

A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición presentados por los recurrentes, así:

### **3.2. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta imposibilidad de coludirse en los procesos de selección objeto de investigación**

Para **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **PROTECO**, la Superintendencia de Industria y Comercio desconoció la implementación del Decreto 342 de 2019, por medio del cual se adoptaron como obligatorios los pliegos tipo en los procesos licitatorios para la ejecución de obras civiles y se estableció el método de ponderación de las ofertas económicas a través de un mecanismo aleatorio, con el fin de proteger los principios de transparencia y libre competencia.

<sup>12</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, confirmada mediante Resolución No. 20639 del 27 de abril de 2015.

<sup>13</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 del 28 de junio de 2012, confirmada mediante Resolución No. 53979 del 14 de septiembre de 2012.



“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Según dichos recurrentes, el factor aleatorio que fue incluido como método de ponderación de las ofertas económicas en procesos de selección como los objeto de investigación (Tasa Representativa del Mercado o **TRM**), hace imposible la colusión en los mismos.

En este orden de ideas, manifestaron que fueron sancionados por haber infringido el régimen de libre competencia en procesos licitatorios convocados por el **INVÍAS**, cuándo esto era imposible, pues la Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta la existencia de normas especiales que regulan el procedimiento de los procesos licitatorios para la contratación de obras de infraestructura que garantizan la libre competencia, como lo es el Decreto 342 de 2019.

Para este Despacho, los anteriores argumentos no son procedentes, pues como quedó demostrado en la Resolución Sancionatoria, incluso aun a pesar de existir una regulación vigente que busca disminuir el riesgo de colusión en procesos de selección como los objeto de investigación, se encontró probado que los sancionados adelantaron una serie de conductas que se consideran idóneas para afectar la libre competencia en los procesos de selección, y que por tanto tienen la potencialidad de vulnerar dicho principio, a pesar de la existencia de normas legales que buscan su protección, que no los disuadieron de infringirlas.

En este sentido, debe reiterarse que en el presente caso se encontró probado que los sancionados vulneraron el régimen de libre competencia económica, al presentar sus ofertas en los respectivos procesos de selección de manera coordinada y previamente acordada, beneficiándose así en desmedro de sus competidores y de las respectivas entidades Estatales.

Tal y como fue descrito en la Resolución Sancionatoria, se encontraron diferentes elementos de prueba que dieron cuenta de la existencia de relaciones previas entre los recurrentes y la presencia de una situación de subordinación desde el punto de vista competitivo, entre otras situaciones, que facilitaron la coordinación previa entre los sancionados para la presentación de ofertas económicas en los respectivos procesos de selección. Adicionalmente, se pusieron de presente múltiples elementos probatorios que mostraron que la participación de los sancionados en los procesos de selección objeto de investigación no respondió a una participación independiente y autónoma, propia de verdaderos competidores, sino a una estrategia previamente coordinada y acordada, violatoria del régimen de libre competencia económica.

Quedó demostrado que la coordinación entre los sancionados tuvo lugar en todas las etapas relevantes de los procesos de selección analizados. Es decir, la misma se concretó desde las gestiones previas para la elección de los procesos a los que se presentarían, determinar la forma de participación, conformar estructuras plurales que les permitieran presentarse en los procesos como aparentes competidores y la gestión común de requisitos habilitantes, hasta la elaboración conjunta de las ofertas económicas, la subsanación de ofertas de manera conjunta y la ejecución coordinada de los contratos adjudicados.

Ahora, si bien este Despacho reconoce la existencia de algunos factores, como el criterio final de evaluación, que no podían ser conocidos por los proponentes con certeza al momento de realizar sus ofertas económicas, lo cierto es que se evidenció la presencia de situaciones que permitieron la conducta reprochada, según la cual, independientemente de dicha incertidumbre, desplegaron una estrategia coordinada desde un inicio que tenía la potencialidad de causar un daño en el mercado, lo cual es suficiente para establecer la violación al régimen de libre competencia.

Sin perjuicio de lo anterior, en el presente caso se encontró probado que la conducta sancionada sí alteró la probabilidad de que los agentes involucrados obtuvieran la adjudicación de los contratos estatales objeto de licitación, sobre todo en comparación con las probabilidades de éxito de sus competidores que actuaron de manera independiente. Esto toda vez que se mostró que los sancionados, previo a la presentación de sus ofertas económicas, pudieron efectivamente anticipar condiciones de competencia, fundamentales en los procesos de selección, lo que les permitió materializar su actuación coordinada y anticompetitiva. Debe recordarse que no conocer con certeza la forma de evaluación de las propuestas económicas no implica que los agentes no puedan alterar de forma artificial sus probabilidades de resultar adjudicatarios, como efectivamente sucedió en el presente caso. Lo que esto significa es que incluso en presencia de dicha incertidumbre, los infractores

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

incrementaron su posibilidad de resultar adjudicatarios mientras que la probabilidad de éxito de sus competidores disminuyó, también de manera artificial.

Lo anterior en la medida en que pese a la existencia de elementos de incertidumbre, los cuales bien son señalados por los recurrentes en sus respectivos recursos y que son consecuencia de la implementación de diferentes normas que regulan los procesos de selección ante entidades estatales, los sancionados contaron con ciertos elementos de juicio que les permitieron aproximarse a la dinámica de competencia de los procesos de selección en los que participaron. Así, tenían la capacidad de recrear posibles escenarios con el fin de establecer las ofertas más favorables para sus intereses.

En primer lugar, los mismos recurrentes indicaron a esta Superintendencia que en aquellos procesos de contratación relacionados con la ejecución de obras fluviales, como los analizados en el presente caso, podía anticiparse quiénes eran los proponentes porque, en palabras de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), "*casi todos nos presentamos los mismos (...) son digamos, son más o menos unos 10, unos 10 oferentes que siempre, algunos cumplen en todo, otros no, pero siempre estamos los mismos*"<sup>14</sup>. Del anterior testimonio puede destacarse, como lo confirmó **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), que la experiencia jugaba un papel relevante. Este último afirmó que "*como resulta que la experiencia es bastante específica, ¿sí?, somos los mismos, se los puedo hasta nombrar, somos los mismos 10 de siempre. (...) Es más, de hecho entre ellos, entre nosotros, inclusive entre nosotros nos presentamos en consorcios a veces para fortalecernos*"<sup>15</sup>.

En este sentido, se concluyó la existencia de dos elementos fundamentales: (i) la existencia de diez (10) posibles proponentes en procesos de ejecución de obras fluviales, y (ii) el conocimiento de la experiencia de cada uno de los posibles proponentes que tienen sus competidores. De estos dos elementos, más los requisitos habilitantes establecidos en cada uno de los procesos de selección, era posible establecer, con alto grado de confiabilidad, quiénes serían los competidores para cada uno de dichos procesos. Un ejemplo de lo anterior lo constituyó el mensaje enviado por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**), en el marco del proceso de contratación No. **LP-DO-SMF-027-2018**, en el que determinó quiénes serían los competidores de **DGV** y **PROTECO** "*por la complejidad de la experiencia*".

Un segundo elemento relevante lo constituyó la similitud en los procesos de contratación que fueron objeto de análisis en la presente actuación administrativa. Que los diferentes procesos de contratación tuvieran como factor de evaluación de las propuestas los mismos métodos estadísticos, a saber, media aritmética, media aritmética alta, media geométrica con presupuesto oficial y menor valor, permitió a los investigados adquirir conocimiento y experiencia sobre cómo presentar las ofertas más favorables posibles a sus intereses, sin necesidad de conocer de manera específica el método que sería escogido.

En particular, tal y como se estableció en la Resolución Sancionatoria, las ofertas de los sancionados, que fueron complementarias entre sí, resultaban más propensas a ganar al menos en 3 de los 4 métodos posibles de calificación de las mismas (aquellos relacionados con valores medios, es decir, el único que no se alteraba con sus ofertas era el de menor valor). Así, fue evidente que el comportamiento de los agentes sancionados impidió el desarrollo de los procesos bajo principios de igualdad de oportunidades y selección objetiva.

Por último, también fue posible establecer que los infractores podían aproximarse a cómo sería el comportamiento de sus competidores en cada uno de los procesos. Lo anterior toda vez que, en palabras de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), podían observar los comportamientos desplegados en procesos anteriores y similares y el resultado de los mismos, así como las tendencias dependiendo del factor de evaluación que había sido usado<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 181030\_1335 Min. 26:18.

<sup>15</sup> Folio 658 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 13:10 y 43:49.

<sup>16</sup> Folio 666 del cuaderno público 3 del Expediente. Min. 13:00.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

En conclusión, este Despacho no encuentra razón en los argumentos encaminados a presentar como imposible el comportamiento colusorio de los sancionados en los procesos de selección objeto de investigación, toda vez que, como fue ampliamente expuesto en la Resolución Sancionatoria, el simple hecho que dos o más proponentes en un determinado proceso de selección participen en el mismo aparentando ser competidores, cuando en realidad su comportamiento responde a una estrategia de coordinación previamente acordada, debe considerarse como una conducta anticompetitiva por objeto, es decir, idónea y con la potencialidad de afectar la libre competencia.

Como lo ha manifestado reiteradamente esta Entidad en anteriores oportunidades, las conductas consideradas anticompetitivas por su objeto no obligan a analizar sus efectos en el mercado. 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**"<sup>17</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De esta forma, en el supuesto de una práctica anticompetitiva **por objeto**, como la evidenciada en el presente caso, solo será necesario probar la efectiva existencia de la misma para que la conducta pueda ser reprochable bajo el régimen de libre competencia en Colombia<sup>18</sup>.

Sin embargo, es de advertir que en el caso concreto, este Despacho evidenció que los sancionados, además, contaron con diferentes elementos adicionales que les permitieron efectivamente materializar su comportamiento coordinado y aumentar su probabilidad de éxito de manera anticompetitiva, en desmedro de la entidad contratante y de los demás competidores.

Por lo anterior, no serán de recibo los argumentos de los recurrentes expuestos en el presente acápite.

### **3.3. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta inexistencia de una conducta anticompetitiva**

**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **PROTECO** afirmaron en sus recursos de reposición que no existió una conducta anticompetitiva y que la sanción impuesta se basó exclusivamente en las relaciones de amistad y "colegaje" entre los sancionados. Por otro lado, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** afirmaron que las relaciones previas resaltadas en la Resolución Sancionatoria son ciertas pero irrelevantes para justificar la sanción de unas conductas que, manifestaron, se encuentran justificadas y ajustadas a la ley.

Además, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **PROTECO** manifestaron que las pruebas que fueron analizadas por esta Entidad daban cuenta de un cruce de información pública y que se encontraba disponible para cualquier persona tanto en la página electrónica de la entidad convocante como en el **SECOP**. Sobre este punto, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** afirmaron igualmente que no se tuvo en cuenta que las pruebas utilizadas por este Despacho hacían referencia a información apenas natural entre los participantes en procesos de selección como los investigados.

Sobre lo anterior, debe reiterarse que la Resolución Sancionatoria fue enfática en afirmar que la sanción impuesta no correspondió a la existencia de una relación previa entre los sancionados. Por el contrario, se dejó explícitamente mencionado que dichas relaciones no son censurables *per se*. Sin embargo, en el presente caso, y luego de un análisis en conjunto de todos los elementos probatorios que obran en el Expediente, tal y como lo exige el ordenamiento nacional, se concluyó que las mismas fueron elementos facilitadores de la coordinación reprochada por esta Entidad.

Así, en la Resolución Sancionatoria se manifestó que:

<sup>17</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 103652 de 2015.

<sup>18</sup> Ibidem.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

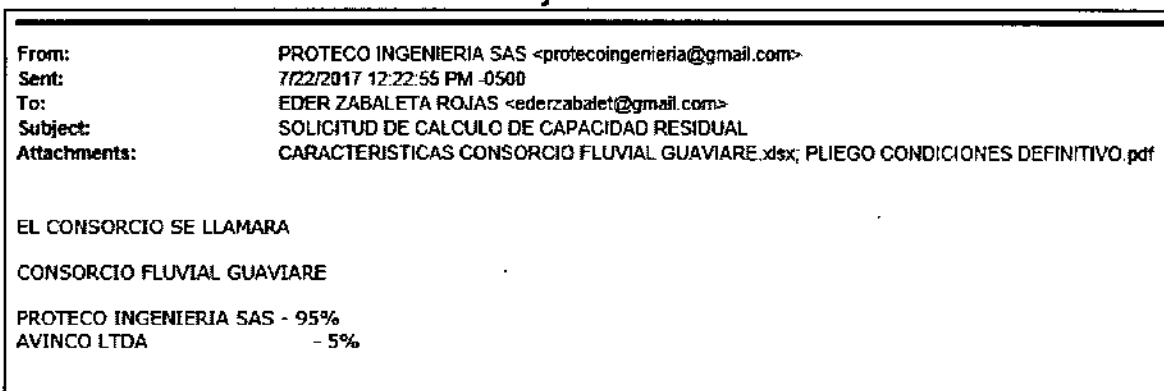
**"Debe aclararse que si bien dichas relaciones previas no son censurables per se en virtud del régimen de libre competencia en Colombia, en el presente caso ostentan una gran relevancia, pues se encontró que las mismas fueron un elemento facilitador y fundamental para la coordinación de los investigados en los diferentes procesos de selección investigados, conducta que sí se advierte violatoria de las normas de libre competencia. Lo anterior, en el entendido que el comportamiento de dos empresas que participan por separado en el marco de un proceso de selección, debe ser el de competidores independientes, que actúan en el mercado en cumplimiento de los principios que promueve el régimen de libre competencia en Colombia<sup>19</sup>"** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este sentido, no puede ser de recibo el argumento de los recurrentes respecto a que la sanción se basó exclusivamente en la existencia de relaciones previas entre los participantes de la conducta anticompetitiva.

Por otro lado, el argumento según el cual la información cruzada entre los sancionados era de naturaleza pública carece de fundamento y quedó desmentido en la Resolución Sancionatoria. De hecho, se pusieron de presente diferentes elementos de prueba que dieron cuenta cómo, entre los sancionados existía un cruce de información reservada de la forma como participarían en los procesos de selección en los que **DVG** y **PROTECO** presentarían ofertas económicas como aparentes competidores. De igual forma, las comunicaciones entre los sancionados evidencian la coordinación que existió en los diferentes procesos.

Ejemplo de lo anterior es el correo electrónico remitido por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** a **EDER ZABALETA ROJAS** el 22 de julio de 2017, en el cual le informaba los porcentajes de participación de las sociedades que integrarían el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**, a saber, **AVINCO** y **PROTECO**, en el proceso de selección No. **SA-MC-DO-SMF-021-2017** adelantado por el **INVÍAS**:

**Imagen No. 1. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 22 de julio de 2017**



**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER\_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEB-EDER\_VELASCO\DATOS/ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Ralz - Buzón/IPM\_SUBTREE/Bandeja de entrada/SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL.

Como se observa, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) compartía información confidencial con **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) de la forma como estaría conformado el consorcio que **PROTECO** constituiría con **AVINCO**, con el objetivo de que colaborara con el cálculo de la capacidad residual necesaria para presentar la oferta. Dado que dicho ejercicio debe ser realizado de manera previa a tomar la decisión de participar en un proceso de selección, no cabe duda que **EDER ZABALETA ROJAS** prestaba una colaboración activa en la estructuración inicial del consorcio y en el análisis de su capacidad para participar en el respectivo proceso de selección, haciendo uso de información reservada y que no debía ser de conocimiento de competidores en un mismo mercado.

<sup>19</sup> Ley 1340 de 2009. Artículo 3.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Valga aclarar que en dicho proceso de selección, **DVG**, empresa cuya cabeza y representante legal era precisamente **EDER ZABALETA ROJAS**, participaría como oferente independiente, tal y como quedó demostrado en la Resolución Sancionatoria:

**Imagen No. 2. Participantes en el proceso de selección abreviada No. SA-MC-DO-SMF-021-2017 adelantada por el INVÍAS**

INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS INVIAS		FECHA: 01 DE AGOSTO DE 2017		PROCESO: SA-MC-DO-SMF-021-2017					
OBJETO: MANTENIMIENTO Y REHABILITACION DE LOS MUELLES DE CARGA Y DE PASAJEROS DE SAN JOSE DEL GUAYARE, DEPARTAMENTO DE GUAYARE									
N°	PROPONEENTE	%	ESTADO	N° SOLICITUD	MONTOS DE OFERTA		MONTOS DE OFERTA A O FAVORABLE	ESTADO DE LA OFERTA	VALOR DE LA OFERTA COMPROMISADA
					RESPUESTA	N°			
6	CONSORCIO FLUVIAL GUAYARE		OK	211	SEGUREXPO	106166	N/A	OK	N/A
	PROTECO INGENIERIA SAS	96%							
	AVIICO LTDA	5%							
7	CONSORCIO RIO SAN JOSE		OK	106	ESTADO	214410125*563	N/A	OK	N/A
	JULIANA HORRILLO AZADO	70%							
	NICOLAS ANDRES GOMEZ CARO	30%							
8	DVG INGENIERIA SAS		OK	77	SEGUREXPO	106176	N/A	OK	N/A
9	CONSORCIO GUAYARE		OK	184	ESTADO	2144101251438	N/A	OK	N/A
	TECRNY SAS	50%							
	HO INGENIERIA Y CONSTRUCCIONES SAS	50%							

DISERVACIONES. EL PROponente N° 4 NO PRESENTA GARANTIA DE SERIEDAD Y PRESENTA PROPUESTA TECNICA SIN FOLIOAR.  
DE LA CARTA DE PRESENTACION DE LA OFERTA SE HARA INFORMACION EN LA BUSQUEDA DE CERRO PORRE SU PRESENTACION Y SUSCRIPCION DE LA OFERTA.

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. *Inspección al SECOPI SA-MC-DO-SMF-021-2017 DA PROCESO\_17-11-6797600\_124002002\_31990539* (recuadros rojos fuera de texto original).

Igualmente, se puso de presente un cruce de información reservada que tuvo lugar entre los sancionados en el marco del proceso de selección abreviada No. **SA-MC-DO-SMF-007-2018** adelantado por el INVÍAS. Así, se dejó en evidencia cómo el 9 de abril de 2018, un día antes del cierre de la convocatoria del proceso de selección mencionado, desde la cuenta de correo electrónico **consorcioviajunin01@gmail.com** se envió un correo electrónico a **HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENDO** (coordinador de licitaciones de **DVG** para la época de los hechos) y a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**). Mediante ese mensaje se solicitó a los funcionarios de **DVG** revisar las propuestas económicas que estaban adjuntas al correo, las cuales según el objeto del mensaje correspondían a las propuestas de **DVG** y **PROTECO**, e indicar si el valor allí establecido debía incrementarse o reducirse.

**Imagen No. 3. Correo enviado desde CONSORCIO VIAL JUNIN a funcionarios de DVG para revisar propuestas económicas de DVG y PROTECO**

From:	CONSORCIO VIAL JUNIN <consorcioviajunin01@gmail.com>
Sent:	4/9/2018 10:57:29 PM -0500
To:	Antonio Zabaleta <heranza@hotmail.com>; EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
Subject:	PRESUPUESTOS DVG INGENIERIA SAS Y PROTECO INGENIERIA SAS
Attachments:	PROPUESTA ECONOMICA PROTECO INGENIERIA SAS.xlsx; PROPUESTA ECONOMICA DVG INGENIERIA SAS.xlsx

AMIGOS POR FAVOR REVISAR Y DECIRME EDER SI SE LE SUBE O SE LE BAJA A LAS PROPUESTAS ECONOMICAS

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADO DVG 1 del Expediente. *03-WEB-EDER\_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG\_INGENIERIA\_SAS\03-WEB-EDER\_VELASCO/DATOS/ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM\_SUBTREE/Bandeja de entrada/PRESUPUESTOS DVG INGENIERIA SAS Y PROTECO INGENIERIA SAS.*

Evidentemente, lo anterior no puede ser entendido de ninguna manera como un cruce de información de carácter público entre los sancionados, disponible, como afirman los impugnantes, para los demás proponentes. Todo lo contrario, el anterior correo electrónico se presenta como una prueba directa de que los sancionados se compartían información tan sensible como las propuestas económicas de cada

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

uno de los futuros competidores en un proceso de selección, reprochable desde todo punto de vista a la luz del régimen de libre competencia económica.

En este orden de ideas, parece incontrovertible que el hecho que se hubieran mandado a los funcionarios de **DVG** las propuestas que serían presentadas por esta compañía y por **PROTECO** en el proceso de selección bajo investigación, es una clara evidencia de que estas dos empresas coordinaban su comportamiento y se compartían información de carácter reservado y sensible, desde las primeras etapas del proceso de selección al que decidían participar.

De esta forma, este Despacho no encuentra procedente el argumento de los recurrentes respecto a que los cruces de información entre los sancionados se limitaba a información de carácter público, pues, como quedó en evidencia, consistía en información reservada que delataría la estrategia competitiva que seguirían los supuestos competidores en un proceso de selección, conducta que para este Despacho no encuentra explicación razonable diferente a la existencia de una conducta anticompetitiva.

Por otro lado, para **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** la supuesta capacidad de influenciar las decisiones de **DVG** por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) no existió ni fue probada. En este sentido, afirmaron que es reprochable cómo la Superintendencia de Industria y Comercio basó su sanción en un criterio "peligrosista" y "auto inventado" de que la conducta anticompetitiva se da por la "posibilidad de influir, aún fuera del ámbito societario". Sostuvieron que en el presente caso se está sancionando "por lo que pudo ser y no por lo que efectivamente se probó ocurrió".

Para los recurrentes, no existe prueba sobre la afirmación de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) decidía sobre los procesos de selección en los que se presentarían **DVG** y **PROTECO**. A su vez, respecto del poder disciplinario que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) ejercía sobre los empleados de **DVG**, sostuvieron que dicha situación ocurría en virtud a la calidad de director de obra que el primero ocupaba en ciertas oportunidades. Finalmente, en relación con las afirmaciones de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) disponía unilateralmente de los recursos de **DVG** y conservaba una oficina permanente en las instalaciones de esta última, afirmaron que las mismas fueron debatidas integralmente en los testimonios que obran en el Expediente.

Sobre estos argumentos, debe llamarse la atención que en el presente caso no existió ningún criterio "peligrosista" y/o "auto inventado" de parte de esta Superintendencia, con el fin de afirmar que la conducta anticompetitiva se dio por la "posibilidad de influir, aún fuera del ámbito societario", como erróneamente lo afirman los recurrentes. Por el contrario, la Resolución Sancionatoria de manera detallada desarrolló el concepto de control competitivo establecido por la misma ley, la cual dispone en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 lo siguiente:

*"Artículo 45. Definiciones. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo anterior se observarán las siguientes definiciones:*

(...)

*4. Control: La posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.*

(...)" (Subraya fuera de texto original).

De esta forma, es evidente que el concepto de control competitivo no puede considerarse como un criterio "auto inventado" por parte de esta Entidad, sino por el contrario es un desarrollo normativo según el cual dicha figura hace referencia a la posibilidad que tiene un agente económico de influir en las decisiones de otro, que estén relacionadas con la forma en que este último se comporta en el mercado. Ejemplos de lo anterior incluyen, pero no se limitan a, las decisiones que versen sobre: (i) la

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

política empresarial; (ii) la iniciación o terminación de la actividad empresarial; (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa en cuestión; o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Ahora bien, es importante resaltar que los recurrentes caen de nuevo en error al considerar que fue la mera existencia de un control competitivo entre los sancionados lo que dio lugar a las multas impuestas a través de la Resolución Sancionatoria. Por el contrario, se manifestó expresamente que para la Superintendencia de Industria y Comercio el hecho que dos o más agentes económicos que participen en un mismo mercado o proceso de selección estén sujetos a una misma situación de control competitivo, **son situaciones que no son sancionables por sí mismas bajo el régimen de libre competencia**. Para esta Entidad, lo que es reprochable es que dichas empresas, sujetas a una misma situación de control competitivo, participen en el mercado o proceso de selección de manera coordinada, eliminando la competencia entre sí y reemplazándola por una conducta colusoria, afectando los principios de la libre competencia económica.

Así, la Resolución Sancionatoria resaltó que:

*"(...) [N]ótese que no existiría impedimento alguno en que dos empresas sujetas a una misma situación de control competitivo participen simultáneamente en un proceso de selección y presenten ofertas económicas independientes con el objetivo de resultar adjudicatarias de un contrato. Sin embargo, de ser así, su comportamiento deberá ser el de dos competidores, sancionable bajo el régimen de libre competencia en caso de encontrarse que correspondió a una conducta que tenía por objeto o efecto la coordinación o colusión en el marco del proceso de selección.*

*En otras palabras, se espera que cuando dos o más empresas participan por separado en procesos de selección para la adjudicación de un contrato estatal, su comportamiento sea el de dos competidores independientes, pues, se reitera, el hecho que respondan a un mismo controlante, no excluye, per se, la posibilidad y obligación de que actúen con independencia y mantengan confidencialidad en la toma de sus decisiones respecto a su comportamiento en el mercado".*

En este orden de ideas, no debe entenderse que la sanción impuesta en el presente caso obedeció a un criterio "peligrosista" por parte de esta Entidad, ni a la simple existencia de una situación de control entre los sancionados, pues como lo dejó claramente establecido la Resolución Sancionatoria:

*"(...) [L]o reprochable a la luz del régimen de la libre competencia es que dos o más empresas, estén o no sujetas a una misma situación de control, concurren a procesos de selección haciéndose pasar por competidores, cuando en realidad su participación se encuentra **coordinada**".*

Por otro lado, respecto a los argumentos de los recurrentes encaminados a desmentir la existencia de los elementos encontrados por esta Superintendencia que darían cuenta de la existencia de un control competitivo por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **DVG**, este Despacho manifiesta lo siguiente:

Primero, respecto a la supuesta falta de elementos de prueba sobre la capacidad de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** de decidir a qué procesos de selección se presentarían tanto **DVG** como **PROTECO**, este Despacho encontró diferentes elementos de prueba que dejarían sin sustento el argumento de los recurrentes. En efecto, quedó probado que, a pesar de no tener ninguna relación con **DVG** y haber cedido la totalidad de sus acciones en dicha compañía, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** decidía respecto de los procesos de selección a los que esta empresa se presentaría, la estrategia a seguir y la forma como se comportaría.

Prueba de lo anterior fue el correo electrónico en el cual **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** daba instrucciones precisamente a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) con relación al proceso de selección No. **LP-DO-SMF-027-2018**, haciendo énfasis en que **DVG** se presentaría como parte de la estrategia pensada para obtener la adjudicación del contrato. Dicho correo se presenta a continuación:

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Imagen No. 4. Correo electrónico DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) con relación al proceso de selección No. LP-DO-SMF-027-2018**



miércoles 15/08/2018 12:53 a. m.

DANIEL VELASCO GONZALEZ <danielvego@gmail.com>

**PILAS PUES**

Para EDER ZABALETA ROJAS

Seguimiento.

TENEMOS HASTA LAS 9 AM

PRESUPUESTO OFICIAL \$ 862.630.212

VAMOS CON TRES PROPUESTAS

DVG INGENIERIA SAS  
 CONSORCIO FLUVIAL  
 CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS

ESTIMAMOS QUE POR LA COMPLEJIDAD DE LA EXPERIENCIA SE PRESENTEN:

1. CAS
2. PILCO
3. JULIANA CON OTRO
4. PUENTES
5. MEZA
6. HQ INGENIERIA
7. DVG INGENIERIA SAS
8. CONSORCIO FLUVIAL
9. CONSORCIO OBRAS HIDRAULICAS

**URGENTE POR FAVOR**

**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER\_VELASCO.ad1/DATOS:  
 C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEBEDER\_VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost[/root]/Raíz - Buzón/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Destacados/PILAS PUES  
 (recuadros rojos fuera de texto original).

Del anterior medio de prueba debe resaltarse, por un lado, la existencia de expresiones que denotan una clara orden por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**). Así, el asunto del correo electrónico era "*pilas pues*" y finaliza el mismo con la frase "*Urgente Por Favor*". Lo anterior da cuenta de que el correo electrónico en cuestión no se trataba de una sugerencia o propuesta, sino de una clara instrucción al representante legal suplente y accionista de una empresa competidora, lo cual indica la influencia que ostentaba **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre **DVG** aún después de haber cedido la totalidad de sus acciones en la misma.

Igualmente, el cuerpo del correo electrónico no deja lugar a dudas de que se trató de un lineamiento dado por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** de la forma como se presentaría **DVG** en el proceso de selección en cuestión, de manera coordinada con otros proponentes. Así, la afirmación "*Vamos con tres propuestas*" no se puede entender de ninguna otra forma distinta a que ya se había tomado la decisión de que **DVG** presentaría propuesta económica en el proceso de licitación pública, y que dicha decisión había sido tomada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, quien se encontraba simplemente notificando a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**).

Por otro lado, la Resolución Sancionatoria puso en evidencia las declaraciones rendidas por **EDER ZABALETA ROJAS** el 30 de octubre de 2018, en las cuales manifestó que consultaba directamente con **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** los valores de las propuestas económicas que presentaría **DVG** en los procesos de selección. Situación que ratifica el hecho probado en el correo electrónico anteriormente citado, el cual pone de presente que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** mantenía una fuerte influencia sobre la participación de **DVG** en el mercado y las variables que podían afectar su comportamiento en el mismo. A continuación se transcribe lo afirmado por **EDER ZABALETA ROJAS** ante la Delegatura:



"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**"Delegatura:** Cuando usted tiene dudas, en precios de ítems, o en el valor específico en propuesta económica para participar, teniendo en cuenta la experiencia de **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]** y la cercanía que hay con **DVG** ¿Usted directamente consulta con él ese tipo de cosas?

**EDER ZABALETA ROJAS:** Claro que sí. Claro. Absolutamente. Eso es, digamos dentro del marco de la confianza, es decirle hombre yo, él puede...yo le puedo preguntar incluso a él 'venga, tú te vas a presentar' me dijo 'Sí, yo no sé, déjame mirarlo' yo le digo 'no, yo todavía no lo he definido porque los precios no me están dando'. Eso sí....

**Delegatura:** O sea ¿usted sabe cuándo se va a presentar **[DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]**?

**EDER ZABALETA ROJAS:** Sí. Claro, porque yo tengo que preguntarle. O sea, tengo que preguntarle en el sentido es que 'ven, hay este proceso ¿cumplimos? ¿tú cumples sólo?' me dice sí. O yo estoy cumpliendo sólo, o ninguno de los dos está cumpliendo, unámonos porque aquí no estamos cumpliendo, pero vamos"<sup>20</sup>.

Dichas declaraciones del accionista y representante legal suplente de **DVG** dan cuenta de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** era consultado constantemente y tenía una gran influencia sobre la decisión de a qué procesos se presentaría dicha compañía, cuál estrategia seguiría dentro del proceso, si se presentaría de manera independiente o en conjunto con otros proponentes a través de figuras como el consorcio o la unión temporal y, finalmente, sobre el valor de la oferta a presentar.

Así, vale la pena recordar que a la luz del régimen de la libre competencia, el simple hecho que las decisiones competitivas de una persona puedan ser influenciadas por otra, determina la existencia de un control competitivo. Incluso, como fue reiterado en la Resolución Sancionatoria, no es necesario que esa influencia se materialice en todas las circunstancias. Por esta razón, incluso si en algunos procesos de selección **DVG** no consultó a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre los precios o la forma de participación, de ninguna manera se desmentiría la existencia de un control por parte de este último.

Segundo, sobre el poder disciplinario de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** sobre los empleados de **DVG**, se encontraron diferentes medios de prueba que dieron cuenta de esta situación. De hecho, pudo observarse de los documentos presentados en la Resolución Sancionatoria que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** emitía órdenes que iban dirigidas a "todo el personal que labora en la empresa", y no solamente a los empleados vinculados a las obras de las cuales fungía como Director de Obra, como erróneamente lo han manifestado los recurrentes.

Como prueba de lo anterior, se presentó una comunicación a través de correo electrónico, que tuvo lugar el 12 de marzo de 2018, en la que **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de **DVG** para la época de los hechos) dio respuesta a una solicitud realizada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) consistente en la elaboración de un memorando interno para hacer un llamado de atención al personal administrativo de **DVG** por incumplimiento del horario laboral. A continuación se presenta el correo electrónico mencionado y el documento adjunto al mismo:

<sup>20</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC\_EDER-VELACO/GRABACION/181030\_1335-mp3. Min.27:20.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Imagen No.5. Correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)**



lunes 12/03/2018 8:55 a. m.

Maryoli Sanchez <marlosaga2@hotmail.com>

MEMORANDO PERSONAL

Para ING EDER ZABALETA ROJAS: Daniel Velasco

Mensaje 001 Horario de Entrada.docx (922 KB)

Ing. Daniel y Eder, buenos días

De acuerdo a solicitud del Ing. Daniel Velasco, adjunto remito borrador de memorando **para el personal administrativo por incumplimiento en el horario de trabajo.**

Quedo atenta a sus observaciones y cambios para pasarlo al personal.

Maryoli

**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER\_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017- 401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEB-EDER\_VELASCO\DATOS/ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM\_SUBTREE/[Imap]/MEMORANDO PERSONAL. (Recuadro rojo fuera del texto original).

**Imagen No. 6. Documento adjunto al correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO)**



Bogotá D.C., 12 de marzo de 2018

MEMORANDO ADMINISTRATIVO No. 1

PARA : PERSONAL ADMINISTRATIVO  
DE : EDER ZABALETA ROJAS – Representante Legal  
ASUNTO : LLAMADO DE ATENCION

Me dirijo a ustedes con el fin de efectuar un recordatorio en el cumplimiento del horario de trabajo de acuerdo a lo establecido con las directrices de la empresa, el cual es:

Entrada: 08:00 a.m.

Salida: 6 p.m.

**Hora de Almuerzo: Una (1) hora entre 12 a y 2 p.m.**

El acatamiento de dicha disposición constituye un deber de todo del personal que labora para la empresa, es una obligación fundamental e inexcusable del trabajador de cumplir el horario de trabajo, en caso de incumplimiento del mismo, se aplicarán las sanciones previstas en el Código sustantivo de trabajo.

Cabe destacar que el suscrito, con vista a sus atribuciones legales y administrativas, notifica una vez más a cada uno, la responsabilidad que tienen en velar por el cabal y efectivo cumplimiento del horario de trabajo y su puntualidad.

Agradeciendo el cumplimiento inmediato de esta disposición.

Atentamente,

**EDER ZABALETA ROJAS**  
Representante Legal

**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER\_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017- 401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEB-EDER\_VELASCO\DATOS/ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM\_SUBTREE/[Imap]/MEMORANDO PERSONAL. (Recuadro rojo fuera del texto original).

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Esta situación deja en evidencia que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) tenía una fuerte influencia en el manejo administrativo de la compañía de la cual no era accionista ni administrador desde un tiempo atrás, pues nótese que dicha instrucción fue dada en el 2018, es decir, 2 años después a la cesión de las acciones de **DVG** en favor de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**).

Un segundo elemento de prueba que fue resaltado por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria corresponde a un correo electrónico del 13 de marzo de 2018 en el cuál **MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN** (secretaria administrativa de **DVG**) solicitó a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y a **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) permiso para ausentarse de su trabajo. A continuación se presenta el mencionado correo:

**Imagen No. 7. Correo electrónico enviado por MARYOLI LORENA SÁNCHEZ GARZÓN (secretaria administrativa de DVG para la época de los hechos) a DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) solicitando autorización**



martes 13/03/2018 3:42 p. m.

Maryoli Sanchez <marosaga2@hotmail.com>

SOLICITUD DE PERMISO

Para: DVG EDER ZABALETA ROJAS; Daniel Velasco

Ing Daniel y Eder, buenas tardes

Atentamente me permito solicitar para el día de mañana un permiso para presentarme en la oficina sobre las 10:30 am; lo anterior debido que tengo citación el día de mañana en el colegio de mi hijo menor Christopher Lopez de 6:30 a 9:30 a.m.

Quedo atenta a su respuesta.

Maryoli Sanchez

**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEBEDER\_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEB-EDER\_VELASCO\DATOS/ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM\_SUBTREE/[imap]/SOLICITUD DE PERMISO.

Nótese que 2 años después de que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** dejara de ser accionista de **DVG**, los empleados de esta compañía seguían informándole y solicitándole autorizaciones para ausentarse temporalmente de su puesto de trabajo. Por este motivo, no se encuentra razón en el argumento planteado por los recurrentes respecto a que dicho poder disciplinario era ejercido únicamente sobre contados empleados de las obras en las cuales **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** fungía como Director.

Tercero, sobre el argumento de los recurrentes según el cual, en su criterio, el hecho que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** disponía unilateralmente de los recursos de **DVG** y conservaba una oficina permanente en las instalaciones de esta última, hubieran quedado debatidas integralmente en los testimonios que obran en el Expediente, este Despacho debe manifestar que no le encuentra mérito por las razones que pasa a exponer.

Por un lado, no se encontró en el Expediente justificación razonable respecto a que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, a pesar de no ser accionista, administrador, ni tener ningún tipo de relación laboral con **DVG**, hacía uso de los recursos de dicha compañía, ejerciendo influencia directa en la disponibilidad de unos de los elementos cruciales para el desempeño competitivo de la compañía en el mercado. De hecho, esta irregularidad no solo llamó altamente la atención de la Superintendencia de Industria y Comercio, sino también, como quedó expuesto en la Resolución Sancionatoria, fue uno de los puntos que resaltó **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos) en el marco de un ejercicio de auditoría realizado en **DVG** como una irregularidad.

Como prueba de lo anterior, se expuso la declaración rendida ante esta Entidad por **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos) el 30 de octubre de 2018, en la cual manifestó que en el marco de un ejercicio de auditoría realizado a **DVG**, evidenció

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

ciertas **irregularidades** respecto a la legalización de gastos que esta empresa hacía en favor de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**. En palabras de la declarante:

*"Delegatura: Doctora a mi si me gustaría que, digamos, dentro de la revisión que usted ha hecho, correspondiente al año 2018, con el tema de las legalizaciones pues nos diera como un ejemplo puntual de los gastos que a usted de pronto no le han parecido dentro de la legalización normal.*

**MARISOL CORTÉS ROZO:** *¿De [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]? ¿O en general?*

*Delegatura: De [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]...en general, o sea algo que usted diga esto no...*

**MARISOL CORTÉS ROZO:** *En general, lo que se está diciendo ahorita. Mercados. Mercados grandes dónde, digamos, a mí, pues, por lógica digo por más buena que sea la empresa no me va a dar para pagar desodorantes, shampoos, bueno...una cantidad de cosas que yo digo 'No'. Me dan mi comida, puede que sí, me den mi comida acá, pero ya mis cosas personales no me van a decir 'sí claro, llévate...' y pues obviamente uno mira los valores y dice 'No, no me digas eso, no me digas eso, que tú les vas realmente a dar un shampoo de treinta mil pesos' porque eso no cabe dentro de la lógica. Entonces por ejemplo eso. Ese es ese tema de la lista, yo le llamo la lista del mercado, porque de verdad es una lista de mercado. Entonces digo, no debería ser prudente. Eh...digamos que están los muchos almuerzos y muchas cenas que yo digo 'pero a todo momento cenas y almuerzos no'. Puede que yo tenga uno, sí, porque yo puedo reunirme con el regional, con alguien de la comunidad y es algo normal, el problemas es que si yo veo seguido, seguido, seguido, ya...*

*Delegatura: Y, digamos, esos almuerzos que son especiales pues deben tener una autorización especial, digamos, voy a tener una cena especial porque es con x persona pues....*

**MARISOL CORTÉS ROZO:** *Sí, por ejemplo que la gerencia dijera 'Sí, yo lo firmo y yo digo que sí, que eso es una verdad'.*

*Delegatura: Pero esos no...*

**MARISOL CORTÉS ROZO:** *No los he visto los vistos buenos, digamos, como tal. Entonces, digamos, ya uno ve y dice 'uy' pues son restaurantes...porque si uno ve la tirilla a veces uno dice 'sí, pues es el almuerzo normal', o es que le cobraron el almuerzo de la semana todos los 7 días, y eso sí, bien, es un restaurante pequeñito de pueblito, es verdad. Pero cuando uno ve de repente una factura de cosas que uno dice cómo no, esto es un restaurante ya de categoría. Entonces un dice no, pero si se ve seguido eso, uno dice no y les digo eso no es descontable. Eso no se lo van a asumir nunca. Entonces por ejemplo como ese tema. O como por ejemplo el tema de lo que les decía de pronto detalles de cosas como decir 'me compré un par de zapatos de 500 mil pesos' y yo digo que pena. Yo no le voy a dar dotación de 500 pesos a una persona. Con 500 pesos le compro dotación por le menos a 10 personas....*

*Delegatura: Y en el caso puntual. Ejemplo...por ejemplo ¿quién? ¿En dónde ha visto eso? ¿Con legalización de qué gastos?*

**MARISOL CORTÉS ROZO:** *Con la legalización, por ejemplo, de [DANIEL VELASCO GONZÁLEZ]. Digamos que es donde más se ve, así, ese tipo de cosas. En el caso de los otros ingenieros, lo que uno ve es eso, que a veces digo bueno, pero digamos que están dentro de lo..."<sup>21</sup>.*

Adicionalmente, se encontró que lo manifestado por la declarante quedó expresamente establecido en el informe de auditoría que presentó a **DVG**, el cual obra en el Expediente y del que se transcribe a continuación el extracto relevante relacionado con los hallazgos por conceptos de legalizaciones:

<sup>21</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 02-DEC\_MARISOL\_CORTES Min. 41:03.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Imagen No. 8. Informe de auditoría financiera DVG en febrero de 2018 por parte de MARISOL CORTÉS ROZO (contadora de PROTECO y DVG para la época de los hechos)**

INFORME AUDITORIA FINANCIERA DVG INGENIERIA S.A.S

HALLAZGOS CUENTAS VARIAS POR CONCEPTO DE LEGALIZACIONES

1. Se efectúan legalizaciones de salidas de dinero con gastos personales de los directivos de la Empresa y que no tienen nada que ver con el objeto social de la misma. Ejemplo de ellos son las tirillas de mercado, pago de predial, ropa y restaurantes entre otros.
2. Muchas legalizaciones corresponden a salidas de dinero que en su momento no tenían soporte y/o nombre del beneficiario (puede no ser el destinatario final si no el que retiró el dinero y lo distribuyó en varios conceptos). Es decir solo cambian de tercero.
3. Existe legalización de anticipo por compra de dotación; no existe evidencia en el folder de personal la evidencia de dicha entrega; es decir se afecta la parte laboral al no dejar registro del cumplimiento de la norma.
4. Existen legalizaciones con factura de compra de licor; estos gastos ante la DIAN no son reconocidos como gasto. No tiene relación con el objeto de la Empresa.
5. Se efectúan legalizaciones, distribuyendo el valor de la salida de dinero a préstamos a empleados, anticipos a terceros, entre otros y no queda firma de ese tercero final beneficiario del dinero, para dado el caso descontar de una liquidación en personal de nómina o en factura de proveedores.
6. Faltan consecutivos; se pierde el control de los registros.
7. Se legalizan salidas de dinero con facturas a nombre de Proteco Ingeniería SAS. Llevando al gasto mantenimientos de vehículos que no existen en los activos de DVG Ingeniería SAS.
8. Se legalizan salidas de dinero que en su momento no le efectuaron comprobante de egreso; es decir esto no es legalización.
9. Se legalizan salidas de dinero a nombre de un empleado de la Empresa, registrando reembolsos de caja menor con préstamos de cantidades relevantes a otros empleados, convirtiendo la caja menor en una cuenta sin cuantía determinada y de varios propósitos.
10. No existen visados de elaboración, revisión y registro de las legalizaciones.

**Fuente:** Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. CD IND Y CIO/AUDITORIA DVG2017/Informe de Auditoría Independiente 2018.P3.

En este orden de ideas, no resulta cierta la afirmación de los recurrentes respecto a que en el Expediente existiera justificación de los gastos de **DVG** a nombre de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, pues de hecho lo que se encuentra es todo lo contrario, ya que de las declaraciones y documentos que obran en el Expediente se desprende que dichas legalizaciones llamaron la atención incluso de la misma contadora de la empresa.

Por otro lado, respecto a la existencia de una oficina por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** en las instalaciones de **DVG** con posterioridad a la cesión de sus acciones en dicha compañía, este Despacho reitera que esta situación no puede ser analizada de manera aislada como pretenden los recurrentes, sino de manera conjunta con los demás elementos probatorios, convirtiéndose en una evidencia más para confirmar que **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** mantenía un influencia directa sobre **DVG**, pues a pesar de no ser accionista ni administrador de dicha compañía, no solo tomaba decisiones respecto a los procesos de selección en los que la misma iba a participar, tenía poder disciplinario sobre sus empleados, hacía usos de sus recursos unilateralmente, sino que además, contaba con una oficina permanente en sus instalaciones.

Por lo anterior, no son de recibo los argumentos de los recurrentes sobre este aspecto.

Ahora bien, los sancionados también buscaron controvertir la existencia de los elementos adicionales que fueron resaltados por esta Superintendencia y que facilitaron la coordinación entre ellos. De esta forma, para los impugnantes, la afirmación de la Resolución Sancionatoria respecto a que **DVG** y **PROTECO** compartían personal de trabajo no tuvo en cuenta que dicha situación se dio en circunstancias aisladas y justificadas en el giro ordinario de los negocios de las empresas. Igualmente, afirmaron que no es cierto que funcionarios de ambas compañías hicieran seguimiento conjunto a los procesos de selección, lo cual, en su criterio, no estuvo plenamente probado. Y, en tercer lugar, manifestaron que el apalancamiento financiero entre los agentes sancionados también ocurrió de

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

---

manera circunstancial y aislada, además de siempre haber contado con justificación técnica y/o económica.

Sobre estos argumentos, este Despacho debe iniciar mencionando que dichas conductas, que fueron evidenciadas a lo largo de la investigación administrativa, independientemente de si ocurrían recurrentemente o de manera circunstancial, como lo afirman los recurrentes, la realidad es que, analizadas de manera conjunta con los demás elementos probatorios obrantes en el Expediente, se presentan como circunstancias facilitadoras de la coordinación entre los investigados en el marco de los diferentes procesos de selección.

Por ejemplo, en el caso del personal de trabajo que compartían las empresas sancionadas, este Despacho evidenció que se trataba de personas que los asistían en labores operativas, financieras, contables y administrativas, que tenían alta injerencia en el desarrollo de las actividades tanto en **DVG** como en **PROTECO**, lo cual, facilitaba la coordinación entre los mismos. A continuación se presenta la lista de las personas que prestaban servicios en ambas empresas.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Tabla No. 2. Lista de personas que prestan servicios a DVG y PROTECO

Empleado	Cargo/función desempeñada en DVG	Cargo/función desempeñada en PROTECO
<b>Adalberto Javier Gámez Vera</b>	Ejecución de obras como "Residente de Obra" <sup>22</sup> .	Ingeniero encargado de la ejecución de obras en el Contrato No. 976 del 24 de julio de 2018 del INVÍAS <sup>23</sup> .
<b>Carlos Hernando Oramas Leudo</b>	Consultor especialista naval <sup>24</sup> .	Consultor especialista naval <sup>25</sup> .
<b>Aldrín Arias Rodríguez</b>	Revisor Fiscal de enero de 2016 a octubre de 2018 <sup>26</sup> .	Presta su colaboración en la elaboración de Estados Financieros para renovación de registro mercantil en Cámara de Comercio <sup>27</sup> .
<b>Diego César Balanta Riascos</b>	Contador público para los años 2014 a 2017 <sup>28</sup> .	Contador público 2017 <sup>29</sup> .
<b>Marisol Cortés Rozo</b>	Contadora pública en la actualidad <sup>30</sup> .	Contadora pública en la actualidad <sup>31</sup> .
<b>Heriberto Antonio Zabaleta Menco</b>	Coordinador de licitaciones <sup>32</sup> .	Colabora en trámites administrativo, como la suscripción y presentación de documentos para la renovación de matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio <sup>33</sup> .
<b>Eliana Marcela Hurtado Sánchez</b>	Empleada de la compañía <sup>34</sup> .	Colabora en ocasiones con la presentación de las ofertas económicas. Presentó la propuesta del <b>CONSORCIO FLUVIAL</b> , integrado por <b>PROTECO</b> y <b>AVINCO</b> en la licitación pública No. <b>LP-DO-SNF-028-2017</b> adelantada por el <b>INVÍAS</b> <sup>35</sup> .

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Como puede evidenciarse, existe un considerable número de personas que prestaban sus servicios de manera conjunta tanto a **PROTECO** como a **DVG** en lo relacionado con la elaboración y presentación de las propuestas económicas, la ejecución de los contratos, e, incluso, en aspectos

<sup>22</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC\_EDER-VELASCO/GRABACION/181030\_1153.mp3. Min. 7:03.

<sup>23</sup> Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 01-PC\_MARISOL-CORTES.ad1/Usuario: C:\Users\Usuario\Downloads\CONTRATOS VIGENTES 2018 (1).xlsx.

<sup>24</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC\_EDER-VELASCO/GRABACION/181030\_1335.mp3. Min. 43:15.

<sup>25</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC\_EDER-VELASCO/GRABACION/181030\_1335.mp3. Min. 43:15.

<sup>26</sup> Folio 192 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente.

<sup>27</sup> Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEBEDER-VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEB-EDER-VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM\_SUBTREE/[imap]/ESTADOS FINANCIEROS DEFINITIVOS PROTECO - REPORTADO PARA RENOVACION CAMARA DE COMERCIO 20018.

<sup>28</sup> Folios 135, 136, 142, 152, 153, 154, 161 y 162 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

<sup>29</sup> Folios 329 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

<sup>30</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC\_EDER-VELASCO/GRABACION/181030\_1153.mp3. Min. 35:36.

<sup>31</sup> Folio 680 del cuaderno público No. 3 del Expediente. 17-401804-091219. Min. 37:42.

<sup>32</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC\_EDER-VELASCO/GRABACION/181030\_1153.mp3. Min. 15:38.

<sup>33</sup> Folio 327 del cuaderno público No. 2 del Expediente.

<sup>34</sup> Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 2017-401804/DATOS/REQUERIM SD/auxiliares/ExportExcel2017.xlsx.

<sup>35</sup> Folio 341 del cuaderno público No. 2 del Expediente. Inspección al SECOP/LP-DO-SMF-028-2017/DA\_PROCESO\_17-1-171760\_124002002\_28790430.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

netamente administrativos de ambas empresas. Dada la naturaleza de las actividades desarrolladas por las personas anteriormente mencionadas, las cuales, se repite, están relacionadas con la elaboración de las propuestas y ejecución de los contratos adjudicados, es posible concluir que se trataba de uno de los elementos principales que facilitaron la coordinación entre los investigados en su desarrollo competitivo en los diferentes mercados.

Adicionalmente, es importante resaltar lo mencionado en la Resolución Sancionatoria respecto a que se encontró probado que, incluso los mismos altos dirigentes de las compañías sancionadas prestaban labores para ambas empresas. Así, se encontraron correos electrónicos que dan cuenta de ocasiones en las que altos funcionarios de **DVG** solicitaban la expedición de pólizas de seriedad de la oferta para la participación de **PROTECO** y de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** en procesos de contratación en los que **DVG** participaría igualmente como proponente. A modo de ejemplo, a continuación se presenta un correo electrónico del 4 de abril de 2017, en el cual **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) remite documentación de **PROTECO** para la obtención de la póliza:

**Imagen No. 9. Correo electrónico 4 de abril de 2017 en el que EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) solicita la expedición de pólizas de seriedad de la oferta en favor de PROTECO**



miércoles 04/04/2017 4:42 p. m.  
DVG INGENIERÍA S.A.S <dvgingenieriasas@gmail.com>  
SOLICITUD POLIZA DE SERIEDAD

Para: Mirth González, Asepe; Conserjal Javier Paz Guzmán

Este mensaje se ha respondido o reenviado.

Mensaje 03. C.C. PL PROTECO.pdf (487 KB) 07. ERL PROTECO 31-03-2017.pdf (2 MB) 15. RUT PROTECO.pdf (608 KB) PLEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO.pdf (2 MB)

Buenas tardes Maria Eugenia.

Adjunto documentación para que por favor nos colabore con la siguiente póliza de seriedad.

DVG INGENIERIA S.A.S.

**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG1 del Expediente. 02-WEBEDER\_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\02-WEBEDER\_VELASCO\DATOS/dvgingenieriasas@gmail.com.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/SOLICITUD POLIZA DE SERIEDAD.

El anterior correo electrónico evidencia que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), a pesar de haber afirmado a lo largo de la actuación administrativa no tener ningún vínculo laboral con **PROTECO**, adelantaba conductas que propiciaban la coordinación con dicha empresa en la obtención de los documentos que esta última requería para su participación en los procesos de selección.

Por su parte, respecto al seguimiento conjunto que empleados de **DVG** y **PROTECO** hacían a los procesos de selección en los que resultaban adjudicatarios, no es cierto que no se haya presentado prueba alguna en la Resolución Sancionatoria. Por el contrario, se presentó la información recaudada en el marco de la actuación administrativa del computador de **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos), la cual dio cuenta del seguimiento conjunto que dicha funcionaria realizaba sobre los contratos vigentes suscritos por **DVG** y **PROTECO**.



"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

## Imagen No. 10. Cuadro de seguimiento contratos vigentes DVG y PROTECO

	A	B	C	D	E	F	G	H	I	J	K
1	DVG INGENIERIA SAS										
2	PROTECO INGENIERIA SAS										
3	PROYECTOS PROPIOS Y CON PARTICIPACION 2018										
4											
5	CONTRATO	OBJETO	CLIENTE	FECHA	VALOR TOTAL	SIN IVA	IVA	PLAZO	COSTO PROPUESTA	DESARROLLA	
6	895	MANTENIMIENTO VIA LA JOYA PUTUMAYO, PEÑALGOZA- LA PLAYA, ORITO-YARUMO, PUERTO LEGUIZAMON- LA TAGUA, PUERTO ASIS	DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO	25 DICIEMBRE DE 2017	436.389.803	436.389.803		2 MESES Y 4 MAS PARA SIGUIENDACION	JOYA-QUEBRADONIA \$ 92.250.425 , PEÑALGOZA-LA PLAYA \$ 88.955.100, ORITO-YARUMO \$ 92.034.865, PUERTO LEGUIZAMO-LATAGUA \$ 88.805.634, PUERTO ASIS \$ 74.683.799	CONSORCIO DVG	
7	838	REVISIÓN, ACTUALIZACIÓN Y ESTUDIOS Y DISEÑOS MUELLE Y OBRAS COMPLEMENTARIAS EN EL MUNICIPIO LA TOLA EN NARIÑO	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVÍAS	1/04/2018	338.778.720	284.688.000	54.090.720	4 MESES		DVG INGENIERIA SAS	MANEJA 20 % ANTIPO
8	824	CONSTRUCCION MUELLE FLUVIAL DE NIÑUÑA NEGRO-PUTUMAYO	DEPARTAMENTO DE PUTUMAYO	30 DE MAYO DE 2018	620.131.496	615.632.642	4.498.854	3 MESES	\$ 615.632.642 INCLUYE ADMON 20%, IMPREVISTOS 5%, UTILIDAD DEL 5% ES DECIR ALI 30%	PROTECO SAS	MANEJA 20 % ANTIPO
9	876	MANTENIMIENTO MUELLE LA ESMERALDA PTO ASIS PUTUMAYO	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVÍAS	24 DE JULIO DE 2018	50.782.000	42.674.000	8.108.000	4 MESES	COSTO PERSONAL \$ 10.380.000, FACTOR 2,3 \$ 23874000, OTROS COSTOS DIRECTOS \$ 18.200.000.TOTAL PROPUESTA SIN IVA	PROTECO SAS	
10	1.649	MEJORAMIENTO Y MANTENIMIENTO CARRETERA NIQUI NARIÑO	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVÍAS	13 DE AGOSTO DE 2018	4.066.144.227	4.021.447.687	44.696.540	HATA EL 31 DE DIC 2018	COSTO MATERIALES \$ 2.936.417.687 MAS AJUSTES \$85.000.000	CONFORMADO POR ACUVI CONSTRUCCIONES SAS	MANEJA ANTIPO
11	1.692	MANTEENIMIENTO Y VIGILANCIA DE LOS TUNELES DEL CORREDOR DE BUJA- BUENAVENTURA	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVÍAS	2.018	1.796.487.510	1.511.334.042	287.153.468	HATA EL 31 DE DIC 2018	COSTO PERSONAL \$ 551.945.00 (FACTOR 2,36), OTROS COSTOS \$ 639.389.042 Y PROVISION AJUSTES \$ 300.000.000	CONSORCIO MANTENIMIENTO	NO MANEJA ANTIPO
12	1.090	CONSTRUCCION DE OBRAS PROTECCION MUNICIPIO DE SANTA BARBARA EN ISCAJAN NARIÑO	INSTITUTO NACIONAL DE VIAS- INVÍAS	2.018	261.841.979	1.889.579	259.952.400	3 MESES	COSTO BASICO OBRA \$ 259.942.400 ALI 30%	LA PROPUESTA LA GANÓ COO, LA OBRA LA DESARROLLARA DVG SAS.	NO MANEJA ANTIPO
13	TOTALES				7.572.555.795	6.914.053.793	658.502.042				

Fuente: Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 01-PC\_MARISOL-CORTES.ad1/Usuario:C:\Users\Usuario\Downloads/CONTRATOS VIGENTES 2018 (1).xlsx (recuadro rojo fuera de texto original).

Igualmente, se encontró en el informe de auditoría presentado por **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos) y que obra en el Expediente, una relación de los consorcios en los cuales participaba **DVG** con el fin de hacerles seguimiento. No obstante, lo que resultó llamativo es que en el mismo documento se incluyó el seguimiento a la ejecución del **CONSORCIO FLUVIAL**, integrado por **PROTECO** y **AVINCO**, que resultó adjudicatario de la licitación **LP-DO-SMF-028-2017** adelantada por el **INVÍAS**. En el documento se relacionaron los siguientes aspectos del consorcio en cuestión: (i) duración del contrato; (ii) monto inicial de contrato; (iii) amortización del anticipo; (iv) ampliaciones del contrato; (v) entidad financiera utilizada para el manejo del anticipo; (vi) las facturas elaboradas; (vii) participación en el consorcio –en el cual **DVG** no participa y, por el contrario, la participación mayoritaria fue de **PROTECO**–, y (viii) el seguimiento en cuanto a la resolución de facturación. A continuación, una imagen que da cuenta del seguimiento al que se hace alusión.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

### Imagen No. 11. Cuadro de seguimiento de seguimiento CONSORCIO FLUVIAL, integrado por PROTECO y AVINCO

DVG INGENIERIA SAS REVISION CONSORCIOS									
CONSORCIO	FECHA CREACION	DURACION	OBJETO	CLIENTE	VALOR	PARTICIPACION		FACTURAS ELABORADAS	
						CONSORCIADO	%	NUMERO	VALORES
CONSORCIO FLUVIAL	2017	4 MESES	MANTENIMIENTO DEL RIO TRIUNDO-CUENCA DEL RIO ATRATO EN EL MUNICIPIO DE RIOSUCIO DPTO DEL CHOCHO	INVIAS	1.541.044.178	PROTECO	95	1	29.726.500
	AVINCO					5		217.232	
									5.945.300
INFORMACION GENERAL									
EL VALOR LLEVA INCLUIDO IVA									
EL IVA ES DE 19% SOBRE EL 5% UTILIDAD									
AMORTIZACION ANTIPOPO 20%									
SE PIDIÓ VALOR \$ 98.752.520 POR AMPLIACION									
SE PIDIÓ AMPLIACION A FEBRERO DE 2018									
MANEJO ANTIPOPO POR EN FIDUCIA MERCANTIL									
RESOLUCION FACTURA DE LA 1 A LA 50									

Fuente: Folio 239 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente LCD IND Y CIO. AUDITORIA DVG2017. Archivo "AUDITORIA CONTABILIDAD (1)" Hoja en Excel denominada "consorcios".

Como puede observarse, quedó demostrado que **MARISOL CORTÉS ROZO** (contadora de **PROTECO** y **DVG** para la época de los hechos), una de las personas que prestaba sus servicios tanto a **DVG** como a **PROTECO**, hacía seguimiento a la vez, en un mismo documento con el nombre "**DVG INGENIERIA S.A.S. Revisión Consorcios**", a los contratos adjudicados a ambas compañías. De este hecho se advierte la existencia de una conducta facilitadora de la coordinación entre ambas empresas en su comportamiento en el mercado, dejando sin mérito el argumento de los recurrentes respecto a la falta de prueba sobre este aspecto.

Por último, con relación al apalancamiento financiero entre los agentes sancionados, este Despacho manifestó que los mismos se presentaban como una evidencia más de los vínculos de cercanía entre ambas empresas, idóneos para estructurar una conducta coordinada entre dos agentes económicos competidores en los diferentes mercados en los que participan. En este sentido, se encontraron, por un lado, los registros de un número de préstamos que fueron otorgados por **DVG** a **PROTECO** para los años 2017 y 2018, los cuales fueron utilizados para cubrir gastos propios de la ejecución de contratos adjudicados a **PROTECO**. Lo anterior se observó en el documento "**DVG INGENIERIA S.A.S. Libro auxiliar entre 01/01/2018 y el 30/10/2018**", en el cual se registraron préstamos a favor de **PROTECO** con el fin que esta empresa pudiera cubrir los siguientes gastos: (i) pago de nómina (sueldos, seguridad social, viáticos, primas, cesantías); (ii) pagos de pólizas; (iii) gastos de licitaciones; (iv) anticipos para desarrollo de obras; (v) pago de impuestos y seguros (renta y SOAT); (vi) préstamos a empleados vinculados a **PROTECO**; (vii) anticipo para vehículos; y (viii) gastos de caja menor<sup>36</sup>.

Por otro lado, se encontró que **PROTECO** igualmente realizaba "préstamos" en favor de **DVG**<sup>37</sup>, lo cual fue confirmado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), quien en declaraciones rendidas ante funcionarios de esta Superintendencia sostuvo que entre ambas compañías efectivamente se realizaban préstamos mutuos para "fortalecerse", como se evidencia a continuación:

**"Delegatura:** ¿Se les debe dinero a **PROTECO** o ellos le deben dinero a...?"

**EDER ZABALETA ROJAS:** Bueno, a ver, como en algunas ocasiones se...buscamos, digamos manera de, de, de fortalecernos, eh, a veces hay momentos aquí de iliquidez, y nosotros les prestamos el dinero, como también ocurre en la parte contraria. DVG tiene inconvenientes de iliquidez y ellos nos prestan. Porque nosotros hasta este año, perdóname

<sup>36</sup> Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2018. Doc. Núm. (DIS) ce 1106.

<sup>37</sup> Folio 272 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. :2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2017. Doc. Núm. (DIS) rc 47; (DIS) RC 64; (DIS) RC 65; (DIS) RC 66. Y Folio 272 del cuaderno reservado DVG No 1, :2017-401804\DATOS\REQUERIM SD\auxiliares. ExportExcel2018. Doc. Núm. (DIS) rc 101 y (DIS) rc 77.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

*que te interrumpa, hasta este año pudimos obtener nuestro primer crédito con una entidad financiera. Porque no teníamos experiencia crediticia, porque éramos una S.A.S., porque los socios no tenían la suficiente fortaleza como para amparar una operación, entonces hasta ese año pudimos (...).*

**Delegatura:** Pero haber, o sea, generalmente ¿DVG le presta a **PROTECO** o viceversa?

**EDER ZABALETA ROJAS:** Viceversa.

**Delegatura:** ¿Y qué rentabilidad o qué intereses o cómo pactan esos préstamos?

**EDER ZABALETA ROJAS:** Como son mutuo, haber, como son mutuo, nosotros no tenemos ningún inconveniente, simplemente como, a veces eh...de hecho en estos momentos el **INVÍAS** se tardó, lleva ya casi 90 días sin pagarnos, entonces **PROTECO** tiene, digamos, le preguntamos si tiene algún remanente (...) yo le digo présteme esto para cubrir una obligación y yo hago eso (...)<sup>38</sup>.

Así, se pudo observar que los préstamos entre **PROTECO** y **DVG** se hacían en el marco de la relación de cercanía y amistad entre competidores que fue probada por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria, y que, independientemente de si ocurrían en todos los procesos de selección o solo en algunos, lo cierto es que los mismos facilitaban una coordinación ilegal entre los sancionados, situación que ha sido evidenciada como reprochable por parte de esta Superintendencia.

Por todo lo anterior, para este Despacho existen pruebas suficientes que demuestran la existencia de una serie de conductas que facilitaron la coordinación entre los investigados en el marco de los diferentes procesos de selección en los que participaron, tales como que: (i) ambas empresas compartían personal de trabajo a la hora de elaborar sus propuestas y/o de ejecutar los contratos en los que resultaban adjudicatarios; (ii) funcionarios de **DVG** y **PROTECO** hacían seguimiento conjunto a los procesos de selección en los que resultaban seleccionados; y (iii) se apalancaban financieramente para el desarrollo de sus actividades y que fueron objeto de análisis por parte de esta Entidad. Por lo anterior, no son de recibo los argumentos de los recurrentes encaminados a desmentir la existencia de las mismas.

Finalmente, los impugnantes afirmaron en sus recursos de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio concluyó la existencia de una conducta para falsear la libre competencia, cuando no existió prueba siquiera indiciaria de esto.

Este Despacho no concuerda con la posición planteada por los recurrentes, toda vez que la Resolución Sancionatoria no solo dejó en evidencia la existencia de ciertas situaciones entre los sancionados que facilitaban una coordinación entre ellos (relaciones de amistad previa, situación de control competitivo, entre otros), sino que además evidenció que en cinco (5) procesos de selección específicos adelantados por el **INVÍAS** y uno (1) del **FONTUR**, los infractores efectivamente actuaron de manera coordinada con el objeto de falsear la competencia, en desmedro de los intereses de los demás competidores, pero especialmente de la respectiva entidad contratante. Vale la pena recordar que es esta la conducta finalmente reprochada por esta Superintendencia, pues la normatividad vigente en materia de libre competencia en Colombia está encaminada a evitar cualquier tipo de comportamiento colusorio por parte de competidores en un determinado mercado.

Ahora bien, contrario a lo afirmado por los recurrentes, lo anterior quedó acreditado gracias a la presencia de pruebas directas sobre dicha coordinación (correos electrónicos, documentos de los procesos de selección, actas, entre otros), así como con el análisis de otra serie de elementos probatorios que, de conformidad con el precedente de la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>39</sup>, se presentan como indicios suficientes que demuestran el comportamiento coordinado entre proponentes en el marco de procesos de selección.

<sup>38</sup> Folio 196 del cuaderno público No. 1 del Expediente. 01-DEC\_EDER-VELASCO/GRABACION/181030\_1153.mp3. Min. 1:03:23.

<sup>39</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 91235 de 2014, 1728 de 2019 y 3150 de 2019.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

A modo de ejemplo, se presenta el siguiente elemento de prueba que fue puesto de presente en la Resolución Sancionatoria y que permite evidenciar de manera clara la coordinación que tuvo lugar en el marco de una de los procesos de selección objeto de investigación (Selección abreviada No. **SA-MC-DO-SMF-027-2017** adelantada por el **INVÍAS**). Dicha prueba corresponde al mensaje que recibió **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) el 20 de noviembre de 2017 desde la cuenta de correo electrónico **dvgingenieriasas@gmail.com**, la cual siguió siendo utilizada por **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) incluso después de haber cedido su participación en **DVG**. En dicha comunicación, cuyo objeto era "*pilas con esto*", **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) informó lo siguiente: "*MIRA LA CAGADA QUE COMETIÓ ANTONIO [HERIBERTO ANTONIO ZABALETA MENCO (coordinador de licitaciones de **DVG** para la época de los hechos)], PIENSA QUÉ PODEMOS HACER*".

**Imagen No. 12. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 20 de noviembre de 2017**

<b>From:</b>	DVG INGENIERÍA S.A.S. <dvgingenieriasas@gmail.com>
<b>Sent:</b>	11/20/2017 12:48:31 AM -0500
<b>To:</b>	EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>
<b>Subject:</b>	pilas con esto
<b>Attachments:</b>	37. DA_PROCESO_17-11-7111268_124002002_35812909.pdf

MIRA LA CAGADA QUE COMETIO ANTONIO, PIENSA QUE PODEMOS HACER

**DVG INGENIERIA S.A.S.**



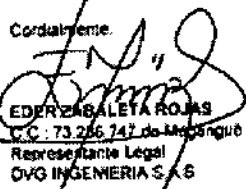
**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER\_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEB-EDER\_VELASCO\DATOS/ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM\_SUBTREE/[imap]/pilas con esto.

El anterior mensaje venía acompañado de unos adjuntos que dan cuenta del error enunciado en el cuerpo del correo electrónico y que correspondían a un documento encaminado a subsanar un requerimiento hecho al **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**, conformado por **PROTECO** y **AVINCO**, en el proceso de selección en cuestión, en el cual se pidió presentar la constancia de que el representante legal de **AVINCO** estaba autorizado para obligar a la compañía en el marco del proceso de selección, y el cual había sido radicado ante el **INVÍAS** el 1 de noviembre de 2017.

Sin embargo, el error al que se hacía referencia por parte de **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** consistía en que el documento de subsanación fue firmado por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) como "*representante legal de DVG*", empresa que ni siquiera hacía parte del **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**, y que por el contrario, actuaba dentro del proceso de selección como un competidor independiente. A continuación, se observa la equivocación en comento en el siguiente documento:

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Imagen No. 13. Documento suscrito por EDER ZABALETA ROJAS como "representante legal de DVG" para subsanar requerimiento hecho al CONSORCIO FLUVIAL LETICIA**

	<b>CONSORCIO FLUVIAL LETICIA</b>	
Bogotá D.C., 01 de noviembre de 2017.		
Señores INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS DIRECCIÓN DE CONTRATACIÓN Carrera 59 No. 26-60 – CAN Bogotá, D.C.	INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS RADICACION 217904 REFERENCIA OBSERVACIONES PRECONTRACTUALES DEPENDENCIA DIRECCIÓN DE CONTRATACION	MEDIO: Folio-2. 01/11/2017 02:02:02 pm
REFERENCIA	: Proceso de Selección No. SA-MC-DO-SMF-027-2017, cuyo objeto es "MANTENIMIENTO, ADMINISTRACIÓN, ORGANIZACIÓN Y OPERACIÓN DEL MUELLE DE VICTORIA REGIA LETICIA, AMAZONAS."	
ASUNTO	: Solicitud de Subsanción.	
Respetados señores:		
Reciban un cordial saludo, por medio de la presente nos permitimos responder a la solicitud de subsanción del proceso en asunto, realizada a través del documento publicado en el SECOP el día 31 de octubre de 2017, en la que la entidad pública lo siguiente, con respecto al proponente CONSORCIO FLUVIAL LETICIA		
• <b>PROPONENTE No 7 CONSORCIO FLUVIAL LETICIA</b>		
Verificada la propiedad se evidencia que el representante legal del consorcio AVINCO L.TDA, tiene responsabilidades para contraer obligaciones a nombre de la misma, requiriendo aprobación por parte de la junta de socios. No obstante, lo anterior se aprueba a folios 147 y 148 de la propuesta, autorización para participar en el proceso SA-MC-DO-SMF-027-2017, en el proceso de la referencia SA-MC-DO-SMF-027-2017.		
Por lo anterior, se solicita al proponente, allegar la documentación antes mencionada, en las condiciones exigidas en el pliego de condiciones.		
En respuesta a su solicitud de subsanción y en concordancia con lo anteriormente descrito, se adjunta ACTA DE SOCIOS otorgando poder amplio y suficiente al representante legal de AVINCO LTDA para contraer obligaciones a nombre de la misma dentro del proceso de selección SA-MC-DO-SMF-027-2017.		
<p>Cordialmente,</p>  <b>EDER ZABALETA ROJAS</b> C.C. : 73.266.747 de Magangué Representante Legal DVG INGENIERIA S.A.S Anexo lo enunciado en 2 folios.		

Fuente: Folio 341 del cuaderno público No.2 del Expediente. :*Inspección al SECOP/SA-MC-DO-SMF-027-2017/DA\_PROCESO\_17-11-7111268\_124002002\_35244349* (recuadro rojo fuera de texto original).

Como lo mencionó la Resolución Sancionatoria, la anterior prueba es uno de los múltiples elementos que evidencian de manera directa la coordinación entre los sancionados en el marco de los diferentes procesos de selección estudiados. De un lado, la comunicación por correo electrónico evidencia el trabajo colaborativo entre las dos compañías y su controlante, con el fin de que las mismas participaran en el proceso de manera coordinada. Del otro, el hecho que funcionarios de alguna de las empresas que conformaba el **CONSORCIO FLUVIAL LETICIA** hubiera incluido, al final del documento para subsanar un requerimiento de la entidad contratante, la firma del representante legal de una empresa competidora en el mismo proceso, da cuenta, de manera directa, de la existencia de una coordinación entre los involucrados inaceptable a la luz del régimen de libre competencia.

Así, y contrario a lo afirmado por los impugnantes, para este Despacho quedó plenamente acreditado que la coordinación entre los sancionados tuvo lugar en todas las etapas relevantes de los procesos de selección analizados. Es decir, la misma se concretó desde las gestiones previas para la elección de los procesos a los que se presentarían, determinar la forma de participación y conformar estructuras plurales que permitieran la presentación de los investigados en los procesos, la gestión común de requisitos habilitantes, hasta la elaboración coordinada de las ofertas económicas, la subsanación de ofertas de manera conjunta y la ejecución coordinada de los contratos adjudicados.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Por este motivo, no son de recibo los argumentos expuestos por los recurrentes en sus respectivos escritos de reposición, encaminados a desmentir la existencia de una conducta anticompetitiva en el presente caso.

### 3.4. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta inexistencia de una conducta ilegal por parte de EDER ZABALETA ROJAS

Según **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), no es cierto que él mismo hubiera gestionado los trámites para la conformación de consorcios entre los sancionados como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria. Por el contrario, afirmó que su gestión se limitó a referenciar potenciales aliados en casos puntuales y aislados, que no tuvo como finalidad que **PROTECO** se presentara en apariencia de competencia con **DVG**. En su criterio, su gestión era "*meramente de intermediación de confianza*".

Sobre este argumento, la Superintendencia de Industria y Comercio puso de presente una situación que tuvo lugar de manera común en cuatro (4) de los seis (6) procesos de selección que fueron objeto de investigación, y que consistió al hecho que **PROTECO** se presentó en los mismos a través de consorcios que eran conformados junto con la empresa **AVINCO**, pero cuya estructuración era gestionada, en cualquier caso, por **EDER ZABALETA ROJAS**, a pesar de que **DVG** participaría de manera independiente en los mismos procesos. De manera ilustrativa, se presentó la siguiente tabla con los procesos mencionados:

**Tabla No. 3. Procesos de selección en los que PROTECO participó a través de consorcios conformados con AVINCO**

ENTIDAD CONTRATANTE	PROCESO DE SELECCIÓN	INVESTIGADOS QUE PRESENTARON OFERTA	
INVÍAS	LP-DO-SMF-028-2017	CONSORCIO FLUVIAL integrado por <b>PROTECO</b> y <b>AVINCO</b> ( <b>PROTECO</b> 95%- <b>AVINCO</b> 5%).	<b>DVG</b>
INVÍAS	SA-MC-DO-SMF-021-2017	CONSORCIO FLUVIAL <b>GUAVIARE</b> , integrado por <b>PROTECO</b> y <b>AVINCO</b> ( <b>PROTECO</b> 95%- <b>AVINCO</b> 5%).	<b>DVG</b>
INVÍAS	SA-MC-DO-SMF-027-2017	CONSORCIO FLUVIAL <b>LETICIA</b> integrado por <b>PROTECO</b> y <b>AVINCO</b> ( <b>PROTECO</b> 95%- <b>AVINCO</b> 5%).	<b>DVG</b>
INVÍAS	LP-DO-SMF-027-2018	CONSORCIO FLUVIAL integrado por <b>PROTECO</b> y <b>AVINCO</b> ( <b>PROTECO</b> 80%- <b>AVINCO</b> 20%).	<b>DVG</b>

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Sin embargo, y contrario a lo afirmado por el recurrente, la estructuración de los consorcios por medio de los cuales **PROTECO** participó en los procesos de selección analizados, se enmarcó en la estrategia de coordinación entre los sancionados que fue reprochada por esta Entidad. Así, se presentaron elementos probatorios que dieron cuenta cómo, a pesar de que los consorcios en cuatro (4) procesos fueron conformados por **PROTECO** y **AVINCO**, fue **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) la persona encargada de adelantar las gestiones para su conformación. Esto, a pesar de que en dichos procesos **DVG** presentó propuesta como oferente independiente.

Al respecto, el mismo **EDER ZABALETA ROJAS** confesó en sus declaraciones ante esta Superintendencia que prestaba su colaboración a **PROTECO** para conseguir un aliado con quien pudiera conformar un consorcio y participar en un determinado proceso de selección. Vale la pena

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

reiterar que, por lo general, **DVG** se presentaría como competidor en el mismo proceso. Así, en declaración del 5 de diciembre de 2019 manifestó:

*"Delegatura: Cuando ustedes se refieren, en el escrito de descargos, que la colaboración que ustedes se prestan entre **DVG** y **PROTECO** tiene como fin 'facilitar la participación de las sociedades **DVG** y **PROTECO** en procesos de contratación pública' ¿A qué hacen referencia a ese tema de facilitación?"*

***EDER ZABALETA ROJAS:** A ver, como podría decir...no, no, no te sabría explicar puntualmente, pero digamos facilitar la participación es que si yo eh...digamos, tengo...eh, cumplo solo, pues yo me voy como estoy. Si de pronto él me dice 'venga yo no estoy cumpliendo' y le digo 'ven, yo tengo un amigo que tiene la experiencia' y le digo 'mire, por favor preséntate con él, o mira a ver, evalúa si sus indicadores te sirven para lo que tu estas buscando'. No sé.*

***Delegatura:** Bueno, acaba de decir 'ven, yo te presento a alguien que puede tener...'. Hablemos de **AVINCO**. ¿Quién es **AVINCO**?"*

***EDER ZABALETA ROJAS:** Bueno, **AVINCO** es la empresa, bueno para cuando yo los conocí, eh...es la empresa de eh...un gran amigo, o de bueno, de dos conocidos, dos amigos, y uno de ellos es **ORLANDO POVEDA**. Cuando...eh...yo lo conocí, hace como más de diez años, muchísimo más, y digamos lo conocí y para efectos de varios procesos en los cuales, digamos yo cumplo solo y no tengo, eh, no tengo ninguna necesidad de un tercero, pero de pronto dentro de eso, eh, en el caso **PROTECO**, puntualmente, me ha dicho [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**] me dice 'venga hermano, estoy buscando porque no cumplo solo y quiero participar' entonces uno de los casos eso fue **AVINCO** que es un amigo, cercano, en el cual yo le dije 'mire, hay una opción de...por favor...' y lo presenté con el Ingeniero [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**]. Eso ha sido uno de los, digamos, de las opciones que hemos manejado"<sup>40</sup>.*

Nótese que el declarante afirmó inequívocamente que, en su calidad de accionista y representante legal suplente de **DVG**, le prestaba colaboración activa a **PROTECO** para la consecución de terceros con los cuales este último pudiera conformar consorcios para participar en procesos de selección. Sin embargo, para la Superintendencia de Industria y Comercio esta actuación no puede entenderse como una "intermediación de confianza", como lo afirma el recurrente, sino que, por el contrario, debe considerarse como una actuación abiertamente contraria al régimen de libre competencia, pues no es aceptable que dos o más empresas que serán competidoras en un determinado proceso de selección, se presten colaboración mutua para facilitar su participación en dicho proceso como aparentes competidores.

Debe reiterarse que la participación de una empresa como proponente en un determinado proceso de selección debe ser el resultado de una decisión autónoma e independiente, la cual debe ser tomada previo análisis interno de las condiciones técnicas y económicas exigidas por la Entidad contratante y la capacidad del posible proponente de cumplirlas. En este sentido, cada oferente, como competidor independiente, es el encargado de adelantar sus propias gestiones para, por ejemplo, estructurar las posibles figuras asociativas que le permitan cumplir las condiciones de cada proceso. Así, no es aceptable que dos futuros o actuales competidores se colaboren en la estructuración de sus ofertas y en la definición de la estrategia que utilizará cada uno para presentarlas, aparentando independencia pero en realidad poniendo en marcha una coordinación contraria a los principios de la libre competencia.

Las declaraciones de **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), que se presentan como una prueba directa de la existencia de coordinación entre los investigados, fueron confirmadas por **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos), quien en declaración del 6 de diciembre de 2019 afirmó que **AVINCO** se presentó en consorcio con **PROTECO** en diferentes procesos de selección toda vez que **EDER ZABALETA ROJAS** se lo había solicitado:

<sup>40</sup> Folio 666 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 39:48.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Delegatura:** ¿Usted con quién constituyó esos procesos en los que se presentó al **INVÍAS**?

**JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS:** Eh, el consorcio de la...y pues que está aquí en la referencia se constituyó con **PROTECO**.

**Delegatura:** ¿Y quién es **PROTECO**? ¿Por qué usted lo eligió como su socio para irse en consorcio?

**JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS:** A ver, a mí me llamaron, me dijeron que necesitaban un apalancamiento...

**Delegatura:** ¿Quién lo llamó?

**JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS:** [**EDER ZABALETA ROJAS**], que necesitaba...que había una empresa que necesitaba un apalancamiento financiero que **AVINCO** lo tenía, pues nosotros estábamos en una situación ahí como crítica financiera en ese momento, entonces pues él lo sabía y nos tuvo en cuenta para presentarnos en esa licitación. Que si podíamos colaborar en el porcentaje que ellos necesitaban de apalancamiento financiero para completar la propuesta.

**Delegatura:** O sea ¿[**EDER ZABALETA ROJAS**] puso en contacto a **AVINCO** y a **PROTECO**?

**JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS:** Sí señora.

**Delegatura:** ¿Y [**EDER ZABALETA ROJAS**] de dónde conocía a **PROTECO**? ¿Por qué los puso en contacto?

**JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS:** Se supone que, como es amigo mío, él es amigo de [**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**], ¿sí? Son amigos.

**Delegatura:** Entonces [**EDER ZABALETA ROJAS**] le presentó a **PROTECO** y ¿cómo decide finalmente usted conformar el consorcio con ellos?

**JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS:** Pues dijimos sí, presentémonos. Y ya.

**Delegatura:** O sea ¿sin conocer a la empresa? ¿Porque estaba [**EDER ZABALETA ROJAS**] de por medio?

**JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS:** Sí, porque [**EDER ZABALETA ROJAS**], digamos que es la persona que yo confío en él. O sea, es de confianza, es de mucha confianza, entre nosotros con [**EDER ZABALETA ROJAS**]. Entonces, '¿usted lo conoce a él?' 'sí, es mi amigo', a listo entonces presentémonos. Ya.

**Delegatura:** Señor José Orlando, usted acabó de mencionar un tema de un apalancamiento. ¿Cuál era la empresa que necesitaba el apalancamiento? ¿**AVINCO** o **PROTECO**?

**JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS:** **PROTECO** le faltaba una partecita de parte financiera<sup>41</sup>.

Como se observa, **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS** (representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos) reiteró que la conformación de los consorcios por medio de los cuales **PROTECO** y **AVINCO** participaron en cuatro (4) de los seis (6) procesos de selección investigados en la presente actuación administrativa, fue gestionada por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**), quien en el marco de la coordinación que mantenían las empresas que fueron objeto de investigación, le ayudó a buscar un tercero con el que pudiera cumplir los requisitos financieros de los respectivos pliegos de condiciones.

De hecho, y contrario a lo afirmado por el recurrente, se presentaron en la Resolución Sancionatoria pruebas que dan cuenta de que la colaboración que **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) prestaba a **PROTECO** no se limitaba simplemente a ponerlo en

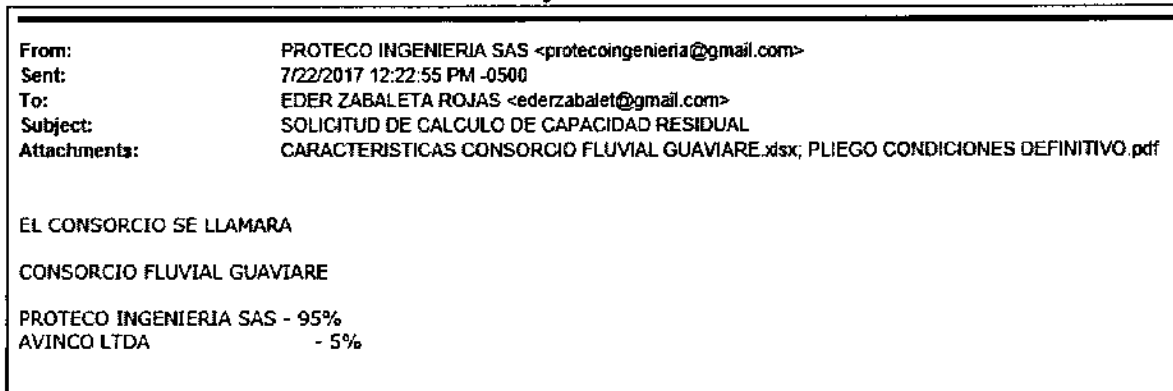
<sup>41</sup> Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 14:02.



"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

contacto con **AVINCO**, sino que tenía una participación activa en la estructuración y formación de los consorcios que serían constituidos para la presentación de ofertas. Como ejemplo de lo anterior, se puso de presente el correo electrónico que remitió **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) a **EDER ZABALETA ROJAS** el 22 de julio de 2017, en el cual le informaba los porcentajes de participación de las sociedades que integrarían el **CONSORCIO FLUVIAL GUAVIARE**:

**Imagen No. 14. Correo electrónico de DANIEL VELASCO GONZÁLEZ (accionista único de PROTECO) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 22 de julio de 2017**



**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG No. 1 del Expediente. 03-WEB-EDER\_VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEB-EDER\_VELASCO\DATOS\ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM\_SUBTREE/Bandeja de entrada/SOLICITUD DE CALCULO DE CAPACIDAD RESIDUAL.

Como se observa, **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) compartía información confidencial con **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) de la forma como estaría conformado el consorcio que **PROTECO** constituiría con **AVINCO**, con el objetivo de que **EDER ZABALETA ROJAS** colaborara con el cálculo de la capacidad residual necesaria para presentar la oferta. Dado que dicho ejercicio debe ser realizado de manera previa a tomar la decisión de participar en un proceso de selección, no cabe duda que **EDER ZABALETA ROJAS** prestaba una colaboración activa en la estructuración inicial del consorcio y en el análisis de su capacidad para participar en el respectivo proceso de selección, lo cual iba más allá de poner en contacto a sus futuros competidores.

De igual forma, se presentó prueba de que **EDER ZABALETA ROJAS** gestionaba los documentos que eran necesarios para la conformación de los consorcios entre **PROTECO** y **AVINCO**. Al respecto, se encontró el correo electrónico del 27 de abril de 2017, en el cual **EDER ZABALETA ROJAS** recibía de parte de **DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA** (asistente de **JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS**, representante legal de **AVINCO** para la época de los hechos)<sup>42</sup> el acta de la junta de socios de **AVINCO** por la cual se autorizó la conformación del **CONSORCIO FLUVIAL**, integrado por **PROTECO**, así como otros documentos necesarios para la presentación de la propuesta. Estos documentos fueron enviados a **EDER ZABALETA ROJAS** porque fue la persona que gestionó la conformación del consorcio entre **AVINCO** y **PROTECO**:

<sup>42</sup> Folio 676 del cuaderno público No. 3 del Expediente. Min. 18:49.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Imagen No. 15. Correo electrónico de DIANA ROCÍO GUARNIZO ORJUELA (asistente de JOSÉ ORLANDO POVEDA ROJAS, representante legal de AVINCO para la época de los hechos) a EDER ZABALETA ROJAS (accionista y representante legal suplente de DVG) el 27 de abril de 2017**

From: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>  
 Sent: 4/27/2017 3:04:09 PM -0500  
 To: DVG Oficina <dvgingenierias@gmail.com>  
 Subject: Fwd: DOCUMENTOS AVINCO  
 Attachments: ACTA\_DE\_SOCIOS\_No.132 INVIAS 028-2017 pdf, PARAFISCALES avinco pdf, RUT AVINCO 2015.pdf, BALANCE GENERAL.pdf, Notas.pdf, PYG.pdf, ANEXO 1A-EXPERIENCIA KR AVINCO.xlsx; ANEXO 2 - CAPACIDAD TÉCNICA AVINCO.xlsx; SALDO CONTRATOS EN EJECUCIÓN AVINCO.xlsm; TP WILSON.pdf, VIGENCIA WILSON AVILA 15-03-2017.pdf, CEDULA ORLANDO.pdf

----- Forwarded message -----  
 From: DIANA ROCÍO GUARNIZO <guarnidi84@gmail.com>  
 Date: El jue, 27 de abr. de 2017 a las 3:03 p.m.  
 Subject: DOCUMENTOS AVINCO  
 To: EDER ZABALETA ROJAS <ederzabalet@gmail.com>

Te debo:

1. Cámara de Comercio
2. RUP
3. Certificación y dictamen de los estados financieros

El RUP queda en firme hasta el 9 de mayo, pero como la licitación se cierra el 11 yo te lo envío el 10.  
 Los otros documentos estoy pendiente que me los envíen de Avinco porque no los tengo.

--  
 Cordialmente,  
 Arg. Diana Rocio Guarnizo Orjuela  
 Especialista en Gerencia Integral de Obra  
 Cel. 301 500 43 97  
 --  
 Enviado con Gmail Mobile

**Fuente:** Folio 202 del cuaderno RESERVADA DVG 1 del Expediente. 03-WEB-EDER VELASCO.ad1/DATOS:C:\Users\c.jncuellar\AppData\Local\Microsoft\Outlook\2017-401804\DVG\_INGENIERA\_SAS\03-WEB-EDER VELASCO\DATOS/ederzabalet@gmail.com.ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM\_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: DOCUMENTOS AVINCO (recuadro y subrayas rojo fuera de texto original).

De esta forma, no es posible aceptar los argumentos presentados por **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) en su recurso de reposición respecto a que su labor era la de poner en contacto a **PROTECO** y **AVINCO** bajo una simple figura de intermediación. Por el contrario, se encontró probado que dicha conducta estuvo enmarcada en la política de coordinación existente entre los sancionados, por medio de la cual buscaban acordar desde un principio la forma como cada una de las empresas participarían en los respectivos procesos de selección y la estrategia que seguirían con el fin de resultar adjudicatarios de los contratos.

### 3.5. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta irregularidad de las visitas de inspección adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio

Para **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** (accionista único de **PROTECO**) y **PROTECO** la Superintendencia de Industria y Comercio valoró un número de pruebas recaudadas en diligencias de inspección administrativa, sin contar con orden judicial previa.

Por su parte, **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** afirmaron que el procedimiento administrativo sancionatorio de prácticas restrictivas de la competencia se divide en tres etapas: (i) averiguación preliminar; (ii) investigación formal; y (iii) decisión final. En su criterio, las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio durante la averiguación preliminar deben, en todo momento, ajustarse a lo establecido en el artículo 15 de la Constitución Política y los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011. De lo contrario, se presentaría una violación al debido proceso y principio de legalidad.

Consideran los recurrentes que no es cierto, como supuestamente lo afirmó esta Superintendencia, que la etapa de averiguación preliminar no esté sujeta a formalidades, ni que en la misma la Superintendencia de Industria y Comercio pueda usurpar funciones exclusivas de las autoridades judiciales.

Por este motivo, sostuvieron los sancionados que la Superintendencia de Industria y Comercio no estaba facultada de realizar diligencias sometidas a reserva judicial ni de practicar pruebas que no

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

guardaran conexidad con las funciones de la Entidad. Afirmaron que la Corte Constitucional manifestó que las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia son mecanismos leves o intermedios de control, y sus facultades probatorias deben ser ejercidas a la luz del CPACA y del CGP.

Por todo lo anterior, los recurrentes sostuvieron que la información que se obtuvo de computadores, correos electrónicos y teléfonos celulares de los sancionados no podía ser vinculada al proceso dado que se recolectó de manera ilegal, arbitraria e intimidante.

Para dar respuesta a los argumentos presentados por los recurrentes, es importante volver a anotar, tal y como se hizo en la Resolución Sancionatoria, que dentro del sistema jurídico colombiano existe un subsistema normativo de protección de la libre competencia económica conformado, entre otros, por la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011. De esta forma, esta Superintendencia está facultada para iniciar una actuación de oficio o por solicitud de un tercero, y de considerarlo necesario adelantar averiguaciones preliminares para obtener mayor información que le permita concluir la existencia o no de mérito para iniciar una investigación por violación del régimen de libre competencia. Tales facultades se encuentran previstas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, así:

**"Artículo 52. Procedimiento.** Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, **la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o por solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar**, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En tal medida, y según la norma de referencia, a la etapa de averiguación preliminar le antecede una actuación inicial cuya finalidad es determinar la admisibilidad y prioridad de cada caso. Una vez verificadas estas características, la Superintendencia de Industria y Comercio determinará si se requiere proceder con una averiguación preliminar, decisión que dependerá de si la autoridad considera tener o no suficientes elementos de prueba que le permitan concluir la necesidad de iniciar una investigación por medio de un acto de apertura y formulación de pliego de cargos, con el fin de establecer si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas.

Así las cosas, las etapas previas al inicio de una investigación materializan las facultades de inspección en cabeza de esta Entidad. Dichas etapas, de carácter reservado, no están sujetas a formalidad alguna y tienen como finalidad recaudar las evidencias que permitan establecer la necesidad o no de iniciar una investigación formal. Lo anterior, fue reconocido por el Consejo de Estado al referirse al procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, en los siguientes términos<sup>43</sup>:

**"(...) Según se puede leer en la norma [art. 52], la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa**, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comentario. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por su parte, el elemento de reserva de las averiguaciones preliminares tiene profusa importancia en las funciones de inspección de esta Superintendencia por cuanto su intervención en estas etapas busca demostrar, sumariamente, la posible existencia de una práctica restrictiva de la competencia en

<sup>43</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 23 de enero de 2003. Rad. No. 250002324000 2000 0665 01.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

el mercado. Con lo anterior, esta Autoridad propende por causar el menor impacto posible con sus actuaciones preliminares, con la firme intención de no interferir con el dinamismo propio de los mercados hasta no tener algún grado de conocimiento que amerite su intrusión.

Como puede observarse, la relevancia de las etapas previas al inicio de una investigación, incluyendo la posibilidad de adelantar una averiguación preliminar, en donde esta Entidad concreta sus funciones de inspección, radica en que tienen como finalidad obtener la información necesaria para verificar la existencia de mérito de iniciar una investigación en dónde se buscará determinar la ocurrencia de unos hechos, identificar a los posibles autores de una conducta y determinar una posible infracción a las normas sobre protección de la competencia.

Ahora bien, el hecho que esta Superintendencia, soportado como se vio anteriormente en decisiones previas del Consejo de Estado, manifieste que la etapa de averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, no quiere decir, como erróneamente lo afirman los recurrentes, que se esté buscando soportar una actuación contraria a la ley. Por el contrario, resulta pertinente evidenciar que, justamente, es el mismo artículo 15 de la Constitución Política<sup>44</sup> la norma superior que autoriza a las autoridades con funciones de inspección, vigilancia y control, el acceso a documentos privados en los términos que señale la ley. En efecto, el artículo 15 de la Constitución Política dispone:

*"Artículo 15 de la Constitución Política: Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*

*En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.*

*La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.*

*Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley* (Subraya y negrilla fuera de texto).

Al respecto, recientemente la Corte Constitucional<sup>45</sup> ha señalado que:

*Las visitas administrativas de inspección son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponden y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ello, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y Tribunales Superiores del Distrito han señalado que la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución.* (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así, y en relación con la Superintendencia de Industria y Comercio, sus funciones de inspección, vigilancia y control en materia de protección de la competencia derivan del artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, que indica:

*"Autoridad Nacional de Protección de la Competencia. La Superintendencia de Industria y Comercio conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".*

<sup>44</sup> "Artículo 15. (...) para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley (...)" (Subrayado fuera de texto original).

<sup>45</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

A su vez, el numeral 2, del artículo 1 del Decreto 4886 del 23 de diciembre de 2011 dispone que la Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

*"2. En su condición de Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, velar por la observancia de las disposiciones en esta materia en los mercados nacionales".*

De igual forma, es importante recordar que de conformidad con el numeral 4 del artículo 202 del Código de Procedimiento Penal, esta Superintendencia ejerce funciones permanentes de policía judicial en materia de libre competencia<sup>46</sup>.

Por su parte, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en desarrollo de la facultad constitucional consagrada en el artículo 15 antes citada, establecen que son funciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, entre otras, las siguientes:

**"Artículo 1. Funciones generales.** La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de República.

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

**62. Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.**

**63. Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones.**

(...)" (Negrilla fuera de texto original).

A su vez, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011, dispone que la reserva de cierta información o documentos no es oponible a las autoridades administrativas (como es el caso de la Superintendencia de Industria y Comercio) que los soliciten para el ejercicio de sus funciones, siempre que constitucional o legalmente sean competentes para ello. Así, dicha norma dispone:

**"Artículo 27. Inaplicabilidad de las excepciones.** El carácter reservado de una información o de determinados documentos, **no será oponible a las autoridades judiciales ni a las autoridades administrativas que siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones.** Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo" (Negrilla fuera de texto).

Así las cosas, y con fundamento en las normas previamente analizadas, es claro entonces que esta Superintendencia cumple efectivamente con funciones de inspección, vigilancia y control, la cual se traduce en el caso concreto, la de vigilar los diferentes mercados nacionales, razón por la cual, con fundamento en el artículo 15 de la Constitución Política, está plenamente facultada para **exigir** la

<sup>46</sup> "Artículo 202. Órganos que ejercen funciones permanentes de policía judicial de manera especial dentro de su competencia. Ejercen permanentemente funciones especializadas de policía judicial dentro del proceso penal y en el ámbito de su competencia, los siguientes organismos: (...) 4. Las entidades públicas que ejerzan funciones de vigilancia y control".

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, sobre los cuales no le es oponible ningún tipo de reserva.

Por lo anterior, lejos de encontrarse algún vicio en las actuaciones desplegadas por esta Superintendencia en las etapas previas al inicio de la investigación, se puede verificar su completo apego a la Constitución y la normatividad que regula la materia, incluso a lo dispuesto en la Sentencia C-165 de 2019 en que precisamente la Corte Constitucional, contrario a lo afirmado por los recurrentes, señaló que "(...) **las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior** (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este sentido, no es de recibo el argumento de los impugnantes encaminado a buscar la ilegalidad de las vistas de inspección que tuvieron lugar en el marco de la presente actuación administrativa, ni la ilicitud de los medios de prueba ahí recaudados, pues la actuación de esta Superintendencia estuvo enmarcada según las facultades que les son otorgadas por la ley. Valga además aclarar, que en el desarrollo de dichas visitas administrativas, esta Superintendencia en ningún momento realizó interceptaciones, como erróneamente lo afirman los recurrentes, sino que realizó una recopilación de documentos corporativos, relacionados con el objeto de la visita.

Ahora bien, respecto al argumento de los impugnantes según el cual la información que se obtuvo de computadores, correos electrónicos y teléfonos celulares de los sancionados, no podía ser vinculada al proceso toda vez que, si bien dichos equipos contaban con información relacionada con su actividad económica, en realidad se trataba de sus equipos personales, este Despacho manifiesta lo siguiente.

Como ya fue expuesto anteriormente, de acuerdo a los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, esta Superintendencia está legalmente facultada para realizar visitas administrativas de inspección y recaudar toda la información necesaria para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica. De igual forma, esta Superintendencia tiene competencia legal para solicitar a personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, comunicaciones, libros, papeles de comercio, libros de contabilidad y demás documentos privados que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

Lo anterior fue ratificado por la misma Corte Constitucional, quien en sentencia C-165 de 2019 estableció que:

*"De esta forma, en el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa".*

En este sentido, puede afirmarse que la Superintendencia de Industria y Comercio dentro de sus facultades legales cuenta con la prerrogativa de solicitar a cualquier persona papeles de comercio, documentos de cualquier tipo e información, realizar entrevistas y practicar visitas de inspección con el fin de velar por la observancia de las normas de libre competencia económica.

Ahora bien, es importante poner de presente que de acuerdo a la sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional, la información que repose en los computadores, *Tablets*, celulares o demás dispositivos que sean utilizados con fines institucionales, se entienden como relacionados con la actividad del comerciante y por tanto pueden efectivamente ser exigidos por las superintendencias en su calidad de entidades de inspección, vigilancia y control en los términos del inciso 4 del artículo 15 de la Constitución Política. Así se transcribe aparte de la mencionada sentencia:

*"Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos **institucionales**, **es decir** de propiedad de las empresas y **para fines empresariales**, constituyen una*

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

*interpretación o registro en los términos del inciso 3° del artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, **los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ellos, harían parte de la categoría de "documentos privados" a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4° del artículo 15 de la Constitución***" (Subraya y negrilla fuera de texto original).

A su vez, no puede pasarse por alto que de acuerdo a sentencia de la Corte Suprema de Justicia, el hecho que a través de sistema de mensajería (como correos electrónicos), se transmitan a la vez comunicaciones privadas como institucionales, no significa de ninguna manera que dichos sistemas de mensajería deban entonces considerarse de naturaleza personal. De esta forma, la citada sentencia manifestó lo siguiente:

*"A fin de evitar, por ende, cualquiera de esas indebidas injerencias, las partes del proceso y el funcionario encargado de la controversia, deberán sujetar sus actuaciones a la normatividad legal pertinente y circunscribir la probanza a lo estrictamente necesario, según los hechos que sustentan la misma. En consecuencia, unas y otro deberán velar porque la documentación cuya presentación se persiga, y que en efecto se exhiba, en tratándose de los papeles del comerciante, sea en verdad la correspondencia y los comprobantes relacionados con sus negocios.*

(...)

*De lo anterior se desprende, que si en tales direcciones de correo "empresariales" existían comunicaciones privadas de los trabajadores a quienes se había confiado su uso, tal estado de cosas tuvo por causa **que ellos optaron por transmitir a través de esas cuentas, misivas suyas, ajenas a la sociedad y/o al trabajo que hacían**"<sup>47</sup> (Negrilla fuera de texto original).*

De esta forma, se puede establecer que a pesar de que un trabajador opte por transmitir a través de una misma cuenta de correo electrónico mensajes de naturaleza privada e institucional, la misma sigue teniendo naturaleza empresarial, y por tanto, la información contenida en ella se considera relacionada con la actividad de la compañía y por tanto puede ser sujeta a inspección por parte de esta Superintendencia o cualquier otra autoridad Estatal con dichas facultades.

Además, no se pueden dejar pasar por alto dos elementos adicionales. El primero, que según se desprende de las diversas investigaciones en materia de prácticas anticompetitivas adelantadas por esta Superintendencia, se ha encontrado que de manera común los sistemas de mensajería, como pueden ser los correos electrónicos, son recurrentemente utilizados para atender asuntos comerciales e, incluso, convertirse en una herramienta utilizada en el desarrollo de conductas contrarias a la libre competencia, tal y como se ha señalado en varias decisiones de esta Superintendencia que dan cuenta de conductas anticompetitivas. Por tal razón, es lógico establecer que los mensajes de datos contenidos en correos electrónicos que son utilizados para asuntos institucionales, no están fuera del alcance de las funciones de esta Superintendencia.

Aceptar lo contrario implicaría que cualquier información relacionada con un proceder anticompetitivo consignado en dispositivos móviles y correos electrónicos de uso institucional sería inmune a las consecuencias jurídicas que de éste se derivan, tornando en imposible la labor de vigilancia que cumple esta Entidad orientada a mejorar la eficiencia del aparato productivo nacional, que los consumidores tengan libre escogencia y acceso a los mercados de bienes y servicios; que las empresas puedan participar libremente en los mercados, y que en el mercado exista variedad de precios y calidades de bienes y servicios. Nótese que aceptar esta posición (como la que sugieren los recurrentes) constituiría una invitación para que, por ejemplo, los miembros de un cartel coordinaran su conducta a través de correos electrónicos y mensajes en sus teléfonos de uso mixto, inasequibles para la autoridad.

<sup>47</sup> Corte Suprema de Justicia. Sentencia del cuatro de septiembre de 2007. Rad. No. 05001-22-03-000-2007-00230-01.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Por último, debe resaltarse que los mensajes de correo electrónico utilizados en el presente caso, evidenciaron una clara relación, única y exclusivamente con asuntos empresariales y de naturaleza institucional. De hecho, el contenido de los correos utilizados como prueba hacía referencia a la ejecución de la conducta anticompetitiva en el marco de los procesos de selección investigados, y el comportamiento de los infractores en los mismos. Por este motivo, no habría lugar a afirmar que se trataba de correos de naturaleza personal, a los cuales esta Superintendencia no hubiera podido tener acceso.

Finalmente, respecto a la supuesta actitud arbitraria e intimidante de los funcionarios de esta Entidad durante las vistas de inspección, debe recordarse que la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información o el incumplimiento a los requerimientos formulados por esta Superintendencia en dichas etapas previas y, así mismo, la obstrucción de sus actuaciones, revisten la misma gravedad de las conductas catalogadas como anticompetitivas por el ordenamiento nacional, toda vez que desconocen la autoridad de esta Entidad y representan instrumentos idóneos para entorpecer el acceso a diversas pruebas que pudieran dar cuenta de la comisión de conductas ilegales que afectan al mercado en general y a los consumidores en particular. Esta postura ha sido respaldada por el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"En opinión de la Sala por la forma en que está redactado el numeral 2 del artículo 2º, y del análisis coordinado y armónico de éste con el numeral 1, ibídem y los numerales 15 y 16 del artículo 4º, se deduce que **el legislador considera igualmente censurable** que se desconozcan las normas sobre protección de la competencia y prácticas comerciales restrictivas, como **la conducta del administrado que se abstenga de observar las instrucciones que imparte la entidad, tendientes a establecer si se están cumpliendo o no dichas normas.**"*

*Una interpretación diferente haría ilusoria la facultad de inspección y vigilancia en la materia aquí tratada, y convertiría a dichas instrucciones en meras ilustraciones, (...); y sería patrocinar que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, para que la Administración no obtenga la prueba necesaria en su contra, sin consecuencia alguna para dicha conducta (...)<sup>48</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En ese contexto, es importante llamar la atención en el hecho que esta Superintendencia, en las etapas previas a la formulación de pliego de cargos, se encuentra investida de sendas facultades constitucionales y legales tanto para ejercer sus funciones de inspección, vigilancia y control con la finalidad de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete, realizar el acopio de probanzas y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley, como también para reprochar el hecho de que el administrado impida la práctica de las diligencias de inspección, omita acatar en debida forma las solicitudes de información, desatienda sus requerimientos o incluso obstruya sus actuaciones.

Precisamente por este motivo, el ordenamiento jurídico incluyó la posibilidad de imponer sanciones, previo agotamiento del trámite de solicitud de explicaciones, cuando se omita acatar en debida forma las órdenes, requerimientos e instrucciones impartidas por esta Superintendencia y se obstruyan sus actuaciones administrativas. En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dispone lo siguiente:

*"**Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio.** Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:*

*(...)*

***15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de***

<sup>48</sup> Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 17 de mayo de 2002. Rad. No. 250002324000 1999 0799 01.



"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

*garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

A partir de lo analizado es posible establecer que el legislador prevé como una modalidad de conducta infractora al régimen de protección de la libre competencia "(...) *la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones (...)*", entre otras conductas.

En conclusión, constituye una infracción al régimen de protección de la libre competencia económica no solamente incurrir en prácticas restrictivas como actos o acuerdos anticompetitivos o abusos de posición dominante, sino también omitir acatar en debida forma las solicitudes de información o requerimientos e incumplir las ordenes o instrucciones impartidas por la Superintendencia de Industria y Comercio u obstruir sus actuaciones.

En virtud de lo expuesto, el adecuado ejercicio de las funciones de inspección con que constitucional y legalmente ha sido investida esta Superintendencia, y la existencia de potenciales multas que tienen efectos disuasorios como cualquier tipo de sanción, no constituye una excusa para que una persona natural o jurídica pueda alegar válidamente una intimidación para el suministro de la información que le fue requerida, máxime cuando no existe ningún fundamento probatorio que soporte la supuesta coacción alegada por los recurrentes.

Por todo lo anterior, no serán de recibo los argumentos presentados por los sancionados sobre este asunto.

### **3.6. Consideraciones frente a los argumentos sobre las supuestas violaciones al debido proceso**

Para **EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** en el presente caso existió una violación al debido proceso por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues se emitió un informe motivado incompleto que obligó a que se incorporaran nuevas pruebas después de haber "*precluido*" la etapa de investigación, sin garantizarse el derecho a la defensa y contradicción de los investigados.

Para los recurrentes, lo anterior tuvo lugar toda vez que el Informe Motivado no hizo mención alguna a los elementos probatorios que permitirían determinar no solo la existencia de una conducta anticompetitiva, sino la tasación de la multa a imponer, pues no le corresponde al Superintendente de Industria y Comercio determinar los hechos y/o practicar las pruebas requeridas para imponer y tasar la sanción.

Sostuvieron los impugnantes que según el inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el traslado del Informe Motivado por parte de la Delegatura para la Protección de la Competencia, solo procede una vez la investigación por posibles prácticas anticompetitivas se ha abierto, instruido y finalizado, para lo cual ya deben obrar en el expediente la totalidad de elementos probatorios que permitan al Superintendente de Industria y Comercio tomar una decisión final.

En este sentido, sostuvieron, el Superintendente de Industria y Comercio se encontraba imposibilitado de ejercer sus competencias y realizar la tasación de la multa, pues no se mencionaron en el Informe Motivado los elementos de prueba que le hubieran permitido valorar los criterios establecidos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

Por otro lado, manifestaron que sin perjuicio de lo anterior, no le es dado a la Superintendencia de Industria y Comercio ordenar el pago de multas sin realizar una estimación razonada en los términos del artículo 206 del Código General del Proceso, máxime si los investigados no tuvieron la oportunidad procesal para controvertir dichas sanciones.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Finalmente, afirmaron que en el presente caso se vulneraron los derechos de los sancionados al afirmarse que, habiéndose resuelto en anterior oportunidad sobre la solicitud de nulidad de las pruebas recolectadas por esta Entidad, el Superintendente de Industria y Comercio no debía volverse a pronunciar sobre las mismas en la Resolución Sancionatoria.

Par dar respuesta a los argumentos planteados por los recurrentes, debe iniciarse reiterando que corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio, en los términos del numeral 1 del artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009 "*[v]elar por la observancia de las disposiciones sobre protección de la competencia; atender las reclamaciones o quejas por hechos que pudieren implicar su contravención y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica*".

Para este propósito, el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 estableció en cabeza de la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio la función de "*tramitar, de oficio o por solicitud de un tercero, averiguaciones preliminares e instruir las investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia*".

Igualmente, el numeral 6 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011 estableció que una vez instruida la etapa de investigación por posibles prácticas restrictivas de la competencia, es función de la Delegatura para la Protección de la Competencia "*presentar al Superintendente de Industria y Comercio (...) informe motivado respecto de si ha habido una infracción a las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal*".

Lo anterior fue recogido por el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, el cual estableció que en el marco de la actuación administrativa en cabeza de esta Entidad por la comisión de prácticas restrictivas de la competencia, una vez "*instruida la investigación se presentará al Superintendente un informe motivado respecto de si ha habido una infracción*".

En este sentido, se desprende fácilmente de la lectura de las normas presentadas que la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio es la encargada de adelantar las averiguaciones preliminares y de instruir las correspondientes investigaciones por posibles violaciones al régimen de libre competencia, para finalmente emitir un informe motivado en el cual establecerá únicamente su posición sobre si ha existido o no una infracción al régimen de libre competencia en Colombia y sobre la necesidad de declarar o no administrativamente responsables a los investigados.

Sin embargo, y contrario a lo afirmado por los recurrentes, no es cierto que la ley establezca la obligación en cabeza de la Delegatura de adelantar un análisis respecto a la tasación de la multa a imponer en caso de encontrarse una violación a las normas de competencia, pues como quedó visto dicha facultad no se encuentra en cabeza de la Delegatura.

Adicionalmente la normatividad vigente establece, precisamente, que es función del Superintendente de Industria y Comercio, y no de la Delegatura, el imponer las multas correspondientes y graduarlas de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Así, y conforme con los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibídem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es función del Superintendente de Industria y Comercio imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas y graduar la multa de acuerdo a los criterios establecidos en la ley.

Por todo lo anterior, no es de recibo el argumento respecto a que el Informe Motivado presentó un defecto al no hacer mención a los criterios de graduación de la multa, pues como quedó explicado desde la Resolución Sancionatoria, este ejercicio corresponde únicamente al Superintendente de

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Industria y Comercio, una vez haya determinado, con base en las pruebas obrantes en el expediente, si efectivamente se cometió una infracción a la ley o no.

Ahora bien, respecto al argumento de los recurrentes según el cual el Superintendente de Industria y Comercio, al momento de establecer el monto de la sanción a imponer, debió haber realizado un juramento estimatorio, en los términos establecido en el artículo 206 del **CGP**, este Despacho considera que el mismo no tiene ningún mérito de prosperar.

Lo anterior, toda vez que los recurrentes no tienen en cuenta que la naturaleza del trámite administrativo por medio del cual se busca establecer la existencia de una conducta anticompetitiva impide totalmente la aplicación de la disposición prevista en el **CGP** a que hacen referencia los recurrentes.

Debe recordarse que el procedimiento administrativo sancionatorio adelantado por esta Superintendencia en investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia no se basa en un modelo dispositivo, como los procesos judiciales, según el cual corresponde a las partes dar inicio, impulsar y llevar a su culminación los procesos. Como lo ha afirmado la Corte Constitucional "(...) *Con sustento en doctrina autorizada, esta corporación ha explicado que los sistemas dispositivos confieren a las partes el dominio del procedimiento y el juez no cumple ningún papel activo en el desarrollo del proceso sino en la adjudicación, al momento de decidir un litigio*"<sup>49</sup>.

Por el contrario, las actuaciones de esta Entidad corresponden a un modelo inquisitivo, en dónde, según el máximo tribunal en materia constitucional, "(...) *el juez debe investigar la verdad, prescindiendo de la actividad de las partes. Por tanto, puede iniciar oficiosamente el proceso, decretar de oficio, impulsar o dirigir el proceso y utilizar cualquier medio que tienda a buscar la verdad*"<sup>50</sup>.

En este orden de ideas, debe entenderse que el artículo 206 del **CGP** alegado por los recurrentes, tiene aplicación exclusivamente en procesos de naturaleza dispositiva. Por el contrario, en una actuación administrativa sancionatoria como la presente, la Superintendencia de Industria y Comercio está en la obligación de impulsar la investigación y valorar todos los elementos de prueba que tenga a su disposición, e imponer la sanción de acuerdo a los criterios legales que trae la ley, que en la caso del régimen de libre competencia económica se encuentran establecidos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Finalmente, sobre el argumento de los investigados respecto a que se presentó una violación al debido proceso toda vez que la Resolución Sancionatoria no hizo mención a la validez de un número de pruebas que fueron objeto de pronunciamiento por parte de la Delegatura en la etapa de investigación, este Despacho reitera que a través de la Sentencia C-165 de 2019, la Corte Constitucional manifestó que:

*"(...) Una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia, utilidad y conducencia y por tanto deben ser rechazados, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente".*

En este sentido, el momento procesal para que los investigados expresaran sus argumentos en contra de las pruebas recaudadas durante las etapas previas a la apertura de la investigación correspondía precisamente al momento de presentación de los descargos en contra de la Resolución de Apertura de Investigación.

Ahora bien, como se mencionó en la Resolución Sancionatoria, varios de los investigados presentaron solicitudes de nulidad frente a los elementos probatorios recaudados durante las visitas administrativas adelantadas en el marco de la presente actuación, las cuales fueron resueltas por la Delegatura a través de la Resolución No. 62519 del 13 de noviembre de 2019<sup>51</sup>, encontrando infundadas dichas solicitudes.

<sup>49</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-086 de 2016.

<sup>50</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-873 de 2004.

<sup>51</sup> Folio 582 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Por tal motivo, en esta misma decisión se decretaron como pruebas los documentos que fueron recaudados durante las visitas administrativas y que para ese momento integraban el Expediente. Incluso, los investigados **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ** y **PROTECO** presentaron recurso de reposición en contra de dicha decisión, el cual fue resuelto por medio de la Resolución No. 959 del 21 de enero de 2020<sup>52</sup>, confirmando la decisión inicial.

En este orden de ideas, encuentra este Despacho que en la presente actuación administrativa efectivamente tuvo lugar la oportunidad procesal para que los entonces investigados se pronunciaron sobre las pruebas recaudadas por esta Superintendencia en el marco de las diferentes etapas previas a la apertura de investigación, garantizando de esta forma el efectivo derecho de defensa y el debido proceso de los involucrados, motivo por el cual no encuentra procedente el argumento presentado por los recurrentes respecto a una supuesta violación del debido proceso y su derecho de contradicción y defensa.

No obstante lo anterior, se resalta que la Resolución Sancionatoria manifestó que "(...) a pesar de que actualmente se encuentra resuelto cualquier debate sobre la legalidad de las pruebas recaudadas por esta Superintendencia en el marco de las actuaciones previas a la apertura de investigación (...) las mismas se presentan como conducentes, pertinentes y útiles con respecto a los hechos investigados.

*Al respecto, debe reiterarse que tanto en las etapas preliminares como en la investigación administrativa, esta Superintendencia se encontraba investigando la posible infracción a las normas de la libre competencia por parte de los investigados en el marco de diferentes procesos de selección. En este orden de ideas, los elementos probatorios recaudados correspondieron a testimonios, documentos y equipos de las compañías, que contenían información respecto a la forma como las empresas elaboraron sus propuestas, se comportaron en los procesos y ejecutaron los contratos adjudicados, siendo evidente la conducencia, pertinencia y utilidad de los diferentes medios de prueba que fueron recaudados".*

Por lo anterior, no se encuentra mérito alguno en los argumentos planteados por los recurrentes sobre este aspecto.

### **3.7. Consideraciones frente a los argumentos sobre la supuesta indebida tasación de las multas**

**EDER ZABALETA ROJAS** (accionista y representante legal suplente de **DVG**) y **DVG** presentaron argumentos relacionados con las sanciones impuestas. Por un lado, manifestaron que se omitió hacer una discriminación de la ponderación o valor dado a cada elemento de prueba y a cada criterio tenido en cuenta para la dosificación y que la Resolución Sancionatoria se limitó a imponer un porcentaje aproximado respecto de los ingresos y el patrimonio de las empresas, terminando por imponer sanciones equivalentes a la multa máxima potencialmente aplicable, sin explicar cómo se llegó a dicho valor. En su opinión, lo anterior desconoce el deber que tiene la Superintendencia de Industria y Comercio según lo dispuesto en el artículo 50 del **CPACA**.

Por otro lado, respecto del criterio relacionado con su conducta procesal, indicaron que la misma no era neutra pues colaboraron durante toda la actuación administrativa, sin incurrir en medidas dilatorias, recursos innecesarios o improcedentes, sin contaminar el proceso con pruebas inútiles, inconducentes y/o improcedentes. Incluso aseguraron que se ofrecieron garantías para el cierre anticipado del proceso.

A continuación se presentarán los argumentos que llevarán al Despacho a rechazar los argumentos presentados por los sancionados. En primer lugar, debe indicarse que, con el fin de tasar las sanciones a imponer, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por regla general, la situación financiera así como la actividad de cada persona en el mercado no es la misma, o su rol en la comisión de la conducta varía, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior implica que las multas a imponer resulten, en términos absolutos,

<sup>52</sup> Folio 694 del cuaderno público No. 4 del Expediente.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

diferentes entre sí, pero asegura que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"(...) en cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas **atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma.** (...)"<sup>53</sup> (Negrilla fuera de texto original).*

Ahora bien, la discrecionalidad de la Autoridad de Competencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga *"un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción"*, como ha tenido la oportunidad de anotarlo el Consejo de Estado al expresar:

*"(...) la dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"<sup>54</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación **no** impone, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un *"razonamiento expreso y especial"* sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones, como erróneamente lo consideran los sancionados. Aun así, en el caso concreto, se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación y de la metodología usada por esta Autoridad para definir el monto final de la multa de todos los infractores, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la *"valoración de la gravedad de los hechos"*. Así las cosas, no es cierto que se haya omitido hacer una presentación de la valoración realizada a cada uno de los criterios de dosificación de las sanciones.

Ahora bien, presentar las sanciones como proporción del patrimonio, o de la multa máxima aplicable no es caprichoso de esta Entidad. En primer lugar, para el caso de los infractores, la ley expresamente dispone el patrimonio como uno de los criterios a tener en cuenta para la dosificación de las sanciones. En segundo lugar, dichas consideraciones permiten evidenciar la proporcionalidad de las sanciones impuestas e ilustrar que, si bien las mismas no son irrisorias, de modo que puedan cumplir con su propósito disuasorio, tampoco son confiscatorias.

Por todo lo anterior, es importante que al analizar el proceso de dosificación de las multas impuestas deban considerarse conjuntamente los diferentes criterios utilizados, de modo que de la lectura integral de los mismos se evidencie la motivación del Despacho para el cálculo de las mismas, así como la proporcionalidad de las sanciones impuestas en el presente caso que, adicionalmente, garantiza que las mismas no fueran confiscatorias o expropiatorias y se garantice la capacidad de pago de los infractores.

Finalmente, sobre la conducta procesal, debe aclararse que responder a los requerimientos realizados por esta Superintendencia, así como ejercer su derecho de defensa y contradicción de manera adecuada, o no obstaculizar el correcto desarrollo de la actuación administrativa no puede interpretarse como un atenuante a las sanciones impuestas, pues su comportamiento procesal apenas

<sup>53</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. María Claudia Rojas Lasso. 28 de enero de 2010. Expediente 25000-23-24-000-2001-00364-01.

<sup>54</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. M.P. Rafael E. Ostau de Lafont Pianeta. Sentencia 20 de octubre de 2005. Radicación 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

se limitó a cumplir con sus obligaciones legales. En este sentido, que los sancionados no entorpecieran el trámite es apenas lo que se espera de cualquier agente en el marco de una investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia y, por tal razón, el argumento no puede ser de recibo.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procederá a confirmar la totalidad de las sanciones impuestas.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 73323 del 18 de noviembre de 2020.

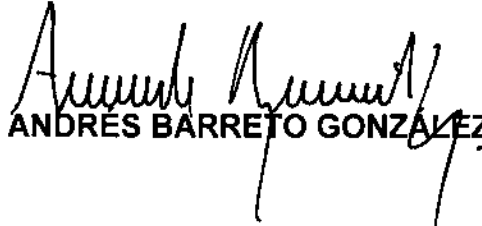
**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.647.528, **DVG INGENIERÍA S.A.S**, identificada con NIT 900.666.120-9, **PROTECO INGENIERÍA S.A.S.** identificada con NIT 901.007.373-2 y **EDER ZABALETA ROJAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 73.236.747, entregándoles copia de la decisión e informándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO TERCERO: COMUNICAR** el contenido de la presente Resolución al **INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVÍAS–**, identificada con NIT 800.215.807-2 y al **FONDO NACIONAL DE TURISMO –FONTUR–**, identificado con NIT 900.649.119-9.

### NOTIFÍQUESE, COMUNIQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C, a los 02 FEB 2021

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,

  
ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

#### NOTIFICAR:

**DANIEL VELASCO GONZÁLEZ**

Cédula de Ciudadanía No. 79.647.528

**PROTECO INGENIERÍA S.A.S.**

NIT 901.007.373-2

Apoderado

**JUAN DE JESÚS GALVIS GARCÍA**

C.C. 13.259.517

T.P. 29.435 del C.S.J.

[abogadojgalvis@hotmail.com](mailto:abogadojgalvis@hotmail.com)

Calle 26 A No. 13 – 97, Oficina 501, Edificio Butevar del Tequendama

Bogotá, Colombia

**EDER ZABALETA ROJAS**

Cédula de Ciudadanía No. 73.236.747

**DVG INGENIERÍA S.A.S**

NIT 900.666.120-9

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Apoderado

**OLIVIER ORTEGA RICO**

C.C. 1.015.397.977

T.P. 198.582 del C.S.J.

Calle 92 No. 15-48, Oficina 301, Bogotá

[o.ortega@jimenezortega.com](mailto:o.ortega@jimenezortega.com)

**COMUNICAR:**

**INSTITUTO NACIONAL DE VÍAS –INVÍAS–**

NIT 800.215.807-2

[njudiciales@invias.gov.co](mailto:njudiciales@invias.gov.co)

Calle 25G No. 73B-90

Bogotá, Colombia

**FONDO NACIONAL DE TURISMO –FONTUR–**

NIT 900.649.119-9

[contactenos@fontur.com.co](mailto:contactenos@fontur.com.co)

Calle 28 No. 13a – 24, Piso 6, Edificio Museo del Parque

Bogotá, Colombia