



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

RESOLUCIÓN **56158** DE 2021

(31 AGO 2021)

Radicación No. 15-154605

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 30415 del 20 de mayo de 2021 (en adelante "Resolución No. 30415 de 2021" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **SERVICIOS INTEGRALES DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. – SIINCO S.A.S.** (en adelante "SIINCO"), **ALCALÁ & ESPINOSA DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LTDA.** (en adelante "A&E"), **EMERSON ESCAMILLA MURTE, EEM INGENIERÍA ELÉCTRICA, CIVIL Y DE TELECOMUNICACIONES S.A.S.** (en adelante "EEM"), **ERJAR Y CIA S.A.S.** (en adelante "ERJAR"), **ARQUITECTURA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS DE COLOMBIA LTDA. – ARKING COLOMBIA LTDA.** (en adelante "ARKING"), **C&Z INGENIEROS CIVILES S.A.S.** (en adelante "C&Z") y **ARIETE INGENIERÍA & CONSTRUCCIÓN S.A.S.** (en adelante "ARIETE"), por haber infringido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública), en los términos expuestos en la parte considerativa de la mencionada Resolución.

Igualmente, en la Resolución Sancionatoria se estableció que **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de SIINCO), **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** (vinculado con SIINCO, A&E y EMERSON ESCAMILLA MURTE), **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de A&E), **EMERSON ESCAMILLA MURTE, ORLANDO FEDERICO POLO OSPINO** (representante legal de ARKING), **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** (representante legal de ERJAR), **JOHAN CHÁVES REDONDO** (representante legal de C&Z) y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA** (representante legal de ARIETE), incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, de conformidad con los motivos expuestos en la mencionada Resolución.

De acuerdo con lo expuesto en la Resolución Sancionatoria, el Despacho encontró probada la existencia de un acuerdo anticompetitivo realizado por **SIINCO, A&E, EMERSON ESCAMILLA MURTE, EEM, ARKING, ERJAR, C&Z** y **ARIETE** para presentarse de manera coordinada en distintos procesos de selección contractual adelantados por varias entidades del Estado y que fue ejecutado desde 2015 hasta 2017. Este acuerdo fue desarrollado y ejecutado a través de una dinámica conformada por distintas actividades que comprendieron: (i) la coordinación en las manifestaciones de interés en varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades del Estado; (ii) coordinación en la elaboración y presentación de ofertas en los distintos procesos de selección contractual; (iii) centralización en la solicitud y obtención de pólizas de seriedad de las ofertas, en los distintos procesos de selección contractual adelantados por entidades del Estado; y (iv) subsanación coordinada de los requisitos habilitantes para las propuestas presentadas en los distintos procesos de selección contractual en el que participaban de manera aparentemente independiente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a los infractores investigados por infringir el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así como a las personas naturales investigadas por incurrir 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, así:

de 103"

SANCIONES IMPUESTAS POR LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO		
Infractores		
1	SERVICIOS INTEGRALES DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. – SIINCO S.A.S	\$76.818.600.00
2	ALCALÁ & ESPINOSA DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LTDA.	\$79.015.920.00
3	EMERSON ESCAMILLA MURTE	\$87.369.420.00
4	EEM INGENIERÍA ELÉCTRICA, CIVIL Y DE TELECOMUNICACIONES S.A.S.	\$56.712.900.00
5	ERJAR Y CIA S.A.S.	\$159.423.720.00
6	ARQUITECTURA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS DE COLOMBIA LTDA.	\$3.727.800.00
7	C&Z INGENIEROS CIVILES S.A.S.	\$58.284.273.00
8	ARIETE INGENIERÍA & CONSTRUCCIÓN S.A.S.	\$76.297.740.00
Facilitadores		
1	JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO	\$19.348.960.00
2	LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA	\$7.003.840.00
3	CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ	\$18.276.447.00
4	EMERSON ESCAMILLA MURTE	\$29.123.140.00
5	ORLANDO FEDERICO POLO OSPINO	\$15.452.151.00
6	JAIME ALFONSO ARIAS MURAD	\$219.431.040.00
7	JOHAN CHÁVES REDONDO	\$20.019.289.00
8	CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA	\$30.555.300.00
TOTAL SANCIONES		\$956.860.540.00

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, los investigados interpusieron recursos de reposición contra dicho Acto Administrativo, solicitando su revocatoria y, en algunos casos, en subsidio, la reducción de las sanciones impuestas, con excepción de **ARKING** y **ORLANDO FEDERICO POLO OSPINO** quienes presentaron su recurso de reposición por fuera del término legal correspondiente, razón por la cual fue rechazado mediante Resolución No. 40911 del 30 de junio de 2021¹.

A continuación se expondrán los argumentos presentados por los investigados en sus recursos de reposición. Teniendo en cuenta que varios coincidieron en el planteamiento de algunos argumentos, estos serán presentados inicialmente como argumentos comunes y posteriormente se resumirán los argumentos particulares de los investigados.

2.1. Argumentos comunes planteados por los investigados

En sus recursos de reposición, tanto los infractores como las personas naturales sancionadas, presentaron una serie de argumentos comunes frente a la Resolución Sancionatoria, los cuales son expuestos a continuación:

¹ Resolución No. 40911 de 2021 "Por la cual se decide sobre unas solicitudes probatorias en el trámite de unos recursos de reposición". De acuerdo con la certificación de notificaciones expedida por Secretaría General (Consecutivo No. 15-154605- 435 Págs. 1y 2) **ARKING** y **ORLANDO FEDERICO POLO OSPINO** fueron notificados electrónicamente el 21 de mayo de 2021, razón por la que el término para la interposición de su recurso de reposición venció el 4 de junio de 2021. El recurso de reposición fue presentado mediante correo electrónico del 17 de junio de 2021 (Consecutivo No. 15-154605-00436).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2.1.1. Argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria y el carácter continuado de la conducta sancionada

SIINCO, JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO y CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ afirmaron en su recurso de reposición que en la Resolución Sancionatoria se hizo referencia al fenómeno de la caducidad en dos oportunidades de forma contradictoria.

Sobre el particular, señalaron que en el numeral 7.5.1 del mencionado acto administrativo el Despacho indicó que no eran de recibo los argumentos sobre la configuración de la caducidad, ya que la dinámica reprochada ejecutada por los investigados habría configurado una conducta continuada. No obstante, en la valoración particular del comportamiento de cada uno de los sancionados expuso que se configuró la caducidad frente a unos procesos de selección.

Lo anterior, en el sentir de los recurrentes, denota una clara contradicción y error de derecho en la Resolución No. 30415 de 2021, toda vez que, de un lado, indica que el comportamiento realizado por los Investigados es de carácter continuado, y de otro lado, manifiesta que no se generará un reproche en un número específico de procesos donde se habría configurado el fenómeno de la caducidad.

Por su parte, **ERJAR y JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** manifestaron en su recurso de reposición que en relación con el proceso de selección No. LP-002-2016 del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), adjudicado el 27 de mayo de 2016, operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria establecido en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, por cuanto la Resolución Sancionatoria fue notificada a los recurrentes el 31 de mayo de 2021.

Finalmente, **C&Z y JOHAN CHÁVES REDONDO** indicaron en su recurso de reposición que de un total de cinco procesos en los que la compañía resultó sancionada, se evidencia un año de distanciamiento en tres de ellos, con lo que se rompe la sistematicidad y continuidad de la conducta.

2.1.2. Argumentos relacionados con una supuesta ilegalidad en el recaudo de pruebas y otras irregularidades procesales

Algunos de los recurrentes reiteraron los argumentos presentados en sus observaciones al Informe Motivado dentro de la presente actuación administrativa, en el sentido de señalar que varias de las pruebas con base en las cuales fue determinada su responsabilidad en el presente caso fueron recaudadas de manera ilegal y en violación del debido proceso, además de alegar otras irregularidades en el procedimiento.

Así, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** manifestó nuevamente en su recurso de reposición que en el presente caso existe nulidad de las pruebas obtenidas de su teléfono celular por cuanto el procedimiento efectuado por el equipo técnico de la Delegatura no garantizó la indemnidad de la prueba, en la medida en que incluso el correo electrónico en el que se recaudó, fue creado por los mismos funcionarios, lo cual no da certeza de que la prueba haya tenido la debida cadena de custodia, por lo que no se generó correspondencia entre el mensaje extraído y el que se incluyó en el documento Word, el cual sí era susceptible de modificación.

Adicionalmente, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** reiteró que le fueron rechazadas unas pruebas documentales durante las declaraciones rendidas en la presente actuación, con lo que le fueron vulneradas sus garantías constitucionales al debido proceso, situación que igualmente fue alegada por **C&Z y JOHAN CHÁVES REDONDO** en su recurso.

De otra parte, **A&E y LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** afirmaron en su recurso de reposición que la presente actuación es nula con ocasión de una supuesta indebida notificación de la Resolución de Apertura de Investigación y que en la Resolución Sancionatoria se tuvo como evidencia la certificación de notificación y no la fecha de entrega efectiva del aviso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2.1.3. Argumentos relacionados con una indebida valoración probatoria

Varios de los recurrentes coincidieron en señalar en sus recursos de reposición que en el presente caso hubo una falta de determinación probatoria para configurar una presunta conducta anticompetitiva, toda vez que en la Resolución Sancionatoria no hubo un análisis probatorio detallado por cada uno de los procesos de selección que fueron objeto de investigación.

Así, por ejemplo, **SIINCO, JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** y **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** manifestaron que en la Resolución Sancionatoria la Superintendencia no cumplió con los requisitos del artículo 47 del CPACA sobre la determinación probatoria y claridad en la imputación, ya que además de no haber hecho un análisis probatorio respecto de cada uno de los procesos de selección investigados, se limitó a indicar que la imputación y la resolución final no deben ser idénticas.

Lo anterior, en el sentir de los recurrentes, resulta reprochable toda vez que el argumento planteado más allá de indicar que el Pliego de Cargos y los demás documentos relacionados sean idénticos, se encuentra en el hecho de que la Delegatura no puso en conocimiento, tanto en contenido como en oportunidad, las pruebas con las que contaba para determinar que el comportamiento sancionado existió en los procesos de selección investigados.

Por su parte, **C&Z** y **JOHAN CHÁVEZ REDONDO** indicaron que los correos electrónicos con base en los cuáles fue determinada su responsabilidad son meros indicios, mientras que **ERJAR** y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** señalaron que de la lectura de la Resolución Sancionatoria tampoco es posible concluir que la Superintendencia haya construido un indicio como medio de prueba que permitiera efectivamente acreditar su presunta participación voluntaria y consciente en el acuerdo reprochado, ya que no fueron identificados todos los elementos necesarios para la existencia de dicho indicio y que satisfaga los requisitos aplicables en materia probatoria; es decir, no se identificó cuál es el hecho indicador que permite configurar el referido indicio, ni tampoco cuál fue la regla de la experiencia aplicada para su construcción.

2.1.4. Argumentos relacionados con la ausencia de efectos anticompetitivos de la conducta reprochada y la falta de consciencia sobre la participación en un acuerdo contrario a la libre competencia

Varios de los recurrentes reiteraron en sus recursos de reposición argumentos relacionados con una supuesta ausencia de efectos anticompetitivos de la conducta reprochada en la Resolución Sancionatoria, señalando que dicha conducta no era idónea para afectar la libre competencia, por lo que no fue probado su objeto, además de afirmar que el esquema de colaboración por ellos adoptado produjo efectos pro competitivos.

Así, por ejemplo, **A&E** y **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** manifestaron que al ser propio de la definición de la "conducta por objeto" que se pruebe la idoneidad para afectar la libre competencia, en el presente caso esta no ha sido demostrada ya que no se evidenció, caso por caso, en cuánto subía supuestamente la posibilidad de resultar adjudicatario de un proceso de selección por presuntamente manifestar interés junto con otros competidores. Sobre este punto, afirmaron adicionalmente que las manifestaciones de interés son actos correspondientes a una fase precontractual y por lo tanto aún no existe competencia en los procesos de selección.

Ante la ausencia de prueba que en concreto demuestre la idoneidad para afectar la libre competencia, señalan **A&E** y **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** en su recurso, la conducta deviene en atípica y por lo tanto debe archivar la investigación. Adicionalmente, afirmaron que, dada la estructura de los procesos de selección investigados, no tenían la capacidad necesaria para afectar la libre competencia, por cuanto no afectaron la posibilidad de que otros participantes concurrieran a los distintos procesos de selección, ni hubo una afectación a los intereses del Estado en la que se viera obligado a erogar más de lo que tenía planeado pagar por cada producto o servicio contratado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por su parte, **SIINCO, JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO y CARLOS MARIO RAMÍREZ** manifestaron en su recurso que, sin haber tenido conocimiento sobre la supuesta ilegalidad de la conducta reprochada, participaron con sus actividades en un esquema de colaboración que buscaba generar sinergias en la presentación de manifestaciones de interés y ofertas en diferentes procesos de selección, dada la poca capacidad que tenían las empresas de participar individualmente debido a su tamaño y sus limitadas capacidades financieras, operativas y de experiencia, por lo que dicho esquema de colaboración buscaba producir efectos pro competitivos.

Sobre este punto, los recurrentes argumentaron que el régimen de protección de la libre competencia no puede ser evaluado desde un supuesto de reproche enteramente objetivo, ya que i) la existencia de regímenes de responsabilidad objetiva, pese a estar en el ámbito del derecho administrativo sancionador, es de carácter excepcional y aplica a regímenes particulares y; ii) la valoración de elementos pro-competitivos o positivos del comportamiento debe al menos considerarse al momento del reproche de la conducta, bien sea llegando a constituir el fundamento para su absolución, o como un criterio para la atenuación del reproche.

También afirmaron que, en el caso de los procesos administrativos por prácticas restrictivas de la competencia, no es clara la existencia de "ilícitos objetivos" como lo quiso plantear el Despacho en la Resolución Sancionatoria, siendo obligatorio que se valoren factores adicionales del comportamiento a efectos de determinar su contenido y alcance.

De otra parte, **ERJAR** indicó en su recurso de reposición que ha insistido en múltiples oportunidades que en el presente caso obró bajo móviles particulares y razonables diferentes a los de violar la libre competencia: (i) evaluar la posible participación en uniones temporales y otras estructuras plurales en procesos de contratación pública; (ii) recibir recomendaciones de procesos para participar por parte de esas empresas con las que posiblemente podía integrar estructuras plurales, sin tener conocimiento que esas empresas también estaban interesadas en participar de manera "independiente"; y (iii) recibió colaboración en tareas secretariales, para la participación en procesos de contratación, sin delegar en esos terceros la toma de decisiones ni consideraciones de fondo.

Finalmente, **ARIETE** señaló en su recurso que en el presente caso se incurrió en una contradicción a la hora de evaluar su conducta, por cuanto se pretendía sancionar a la compañía por haber realizado una conducta violatoria de la libre competencia "por objeto", pero en la resolución impugnada se le sanciona porque desplegó presuntamente una conducta que tenía por "finalidad" la violación de normas. También afirmó que se le trató de sancionar por haber tenido, presuntamente, la finalidad de violar la libre competencia, cuando lo que exige la tipicidad de la norma presuntamente violada es que la conducta sea por objeto, es decir que tenga la potencialidad de causar daño al mercado, siendo que una manifestación de interés no tiene potencialidad de causar un daño por cuanto no vuelve al interesado un proponente y en los procesos donde hubo sorteo la compañía no quedó ni presentó propuesta, por lo que no pudo afectar la competencia.

2.1.5. Argumentos relacionados con la falta de consciencia de los investigados sobre su participación en un acuerdo anticompetitivo

Algunos de los recurrentes fueron enfáticos en señalar en sus recursos de reposición que en el presente caso no existe prueba de que ellos hubiesen acordado conscientemente en participar en un acuerdo restrictivo de la competencia.

SIINCO, JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO y CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ afirmaron en su recurso de reposición que no conocieron de la ilegalidad de su comportamiento. Así, las pruebas empleadas para demostrar el conocimiento (como los chats de WhatsApp del 15 de marzo de 2018) demuestran que para la fecha de los hechos investigados, esto es, de 2015 a 2017 no se conocía que el comportamiento constituía una conducta restrictiva de la competencia; si bien ello no genera una ausencia de responsabilidad, sí debe considerarse al momento de la valoración de los hechos, dado que los investigados consideraban que su comportamiento solo estaba encaminado a generar sinergias en la presentación de ofertas en

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

diferentes procesos de selección, dada su incapacidad de participar individualmente por su tamaño y capacidades financieras, operativas y de experiencia.

Particularmente, afirmaron que en esta generación de esquemas de colaboración, personas como **CARLOS MARIO RAMÍREZ** o **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** solo ejecutaban labores secretariales y administrativas, buscando generar eficiencias en la estructuración y presentación de ofertas, dado el tamaño de sus empresas.

Por su parte, **ERJAR** y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** indicaron en su recurso de reposición que no hay una sola prueba en el Expediente, ni tampoco un análisis conjunto de las pruebas, que permita concluir que concertaron o que existió un grado de consciencia sobre el presunto acuerdo anticompetitivo. Señalaron que la existencia de un acuerdo no implica que se encuentre acreditada la participación en el mismo por parte de todos los investigados, lo cual debe demostrarse caso por caso, persona por persona, así como el grado de consciencia y voluntad de participación en la conducta ilegal.

Reiteraron en su recurso que han manifestado en repetidas oportunidades que no accedieron en ningún momento a ser parte de un acuerdo restrictivo de la libre competencia, ni que tenían siquiera conocimiento de la existencia del mismo.

Así, del cuerpo de los correos electrónicos usados por la Superintendencia como fundamento de la responsabilidad en cabeza de los recurrentes no se permite inferir que estos tuvieran conocimiento que otros de los investigados fueran a presentar manifestación de interés. Igualmente, las pruebas expuestas en la Resolución Sancionatoria se refieren a documentos y correos electrónicos en los que ni **ERJAR** ni su representante legal tuvieron participación en cuanto a su construcción, remisión y recibo.

Coincidieron en señalar que **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** únicamente asistió a **ERJAR** en actividades de tipo secretarial y administrativo consistentes en la preparación de formatos para la participación en procesos de selección. Sobre este punto, se precisa que la colaboración entre una empresa y su competidor no es necesariamente ilegal y reprochable a la luz del derecho de la competencia y que el intercambio de información que no es sensible no afecta de ninguna manera la competencia entre los agentes de un mercado. De esta manera, señalan los recurrentes, reconocer que **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** asistió a **ERJAR** en la preparación de formatos para la participación en procesos de selección, no evidencia de manera directa la participación en un acuerdo.

Al no existir dicho acuerdo de voluntades ni consciencia de la conducta por parte de **ERJAR** y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, falta uno de los elementos esenciales para que se configure el acuerdo anticompetitivo alegado por la Superintendencia.

EMERSON ESCAMILLA MURTE y **EEM** señalaron en sus recursos de reposición que **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** les prestó sus servicios como persona natural y que estos consistían en la afiliación a trámites de seguridad social, así como de apoyo administrativo a cambio de una remuneración, lo cual no es prueba de la participación en un acuerdo.

Frente al supuesto sistema de numeración al que se ha hecho referencia en la declaración de **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOZA**, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** indicó que no tenía conocimiento.

Igualmente afirmaron que tanto **EEM** como **EMERSON ESCAMILLA** participaron en los procesos de selección de forma individual, es decir con una expectativa independiente y no concertada en los procesos por los cuales fueron sancionados.

En relación con la obtención de pólizas, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** manifestó en su recurso de reposición que se encontraba en libertad de acudir al intermediario de seguros que prefiriera, en este caso **INMART SEGUROS**, indistintamente que esta corredora contara como clientes a las demás sociedades investigadas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De otra parte, **C&Z** y **JOHAN CHÁVES REDONDO** manifestaron en su recurso de reposición que del material probatorio obrante en el Expediente se infiere que ellos no tuvieron ninguna participación ni injerencia en la conformación de la dinámica anticompetitiva investigada. Igualmente, señalaron que en la Resolución Sancionatoria la Superintendencia desconoció la autonomía y capacidad de **C&Z**, que fue una empresa creada desde 1998 y que ha participado autónomamente en procesos de contratación estatal desde 2009.

También manifestaron que si **C&Z** llegó a ser incluida en la organización reprochada, fue sin su consentimiento y bajo el señuelo de la posibilidad de conformar consorcios y uniones temporales en procesos de selección que eran identificados a través de una aplicación. La interacción de la compañía y su representante legal, **JOHAN CHÁVES REDONDO**, con los demás sancionados se limitó a una reunión y de ello no puede derivarse la voluntad de realizar alguna práctica anticompetitiva.

Igualmente señalaron que los correos electrónicos ajenos a **C&Z** no tienen ninguna obligatoriedad para vincular a la compañía al acuerdo anticompetitivo. No existe prueba alguna en el Expediente que permita evidenciar aceptación a la estrategia promovida, en este sentido, no hubo respuesta de **JOHAN CHÁVES REDONDO** a ninguno de los correos a él dirigidos, ni cruce de comunicación alguna, ni visitas adicionales a las ya aceptadas a los domicilios de las empresas sancionadas. Tampoco obra en el Expediente prueba en contra de **C&Z** ni **JOHAN CHÁVES REDONDO** que indique que alguna de las otras personas investigadas haya diligenciado documento alguno en su nombre. La sola presentación de la manifestación de interés en un proceso de selección no puede constituirse en prueba de adhesión a un acuerdo anticompetitivo.

Afirmaron que el hecho que de un total de cinco procesos en los que **C&Z** resultó sancionada junto con su representante legal, se evidencie un año de distanciamiento en tres de ellos, desvirtúa la consciencia en la ilicitud de la conducta.

Finalmente, **ARIETE** y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA** manifestaron en su recurso de reposición que no tuvieron ningún contacto con varias de las empresas sancionadas, ni tampoco conocimiento de la participación de estas en los procesos a los que concurría, siendo que la decisión de participar era tomada de manera independiente. Señalaron que el correo del 21 de junio de 2017 por el cual **A&E** remitió a **ARIETE** un modelo de manifestación de interés para presentarse a un proceso de la DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL y el correo del 12 de julio de 2017 por el que se les envió un link para manifestar interés en un proceso de la AEROCIVIL, no permiten concluir la existencia de un acuerdo anticompetitivo ya que a través de dichas comunicaciones lo que se trató de compartir era información pública.

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

Varios de los recurrentes reiteraron en sus recursos de reposición los argumentos relacionados con la falta de significatividad de la conducta sancionada, en cuanto no resultó idónea para afectar la libre competencia en los procesos de selección contractual objeto de investigación.

Particularmente, **SIINCO**, **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** y **CARLOS MARIO RAMÍREZ** indicaron que la Resolución Sancionatoria se limitó a indicar que el requisito se vio surtido en la apertura de la investigación, pero no presentó ningún tipo de consideración o análisis en cuanto a la falta de observancia de los principios de selección objetiva, igualdad o transparencia, argumentos que fueron oportunamente planteados en las observaciones al Informe Motivado.

De otra parte, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** y **EEM** señalaron en sus recursos de reposición que en la Resolución Sancionatoria no hubo pronunciamiento sobre el argumento de la ausencia de significatividad de la conducta, sin que además se analizaran en su totalidad las pruebas obrantes en el Expediente y la información contenida en SECOP, para efectos de establecer el impacto que tuvo su actuar en cada uno de los procesos de selección en los que participaron y concluir que no existía la idoneidad de afectar la libre competencia. Debía tenerse en cuenta, señalaron los recurrentes, el número de proponentes para cada proceso investigado, con el cual podía

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

comprobarse que la dinámica aludida no existió, máxime que solo le fueron adjudicados 3 contratos a la persona natural, de los 55 a los que se hizo referencia. En los procesos restantes solo presentó la manifestación de interés, en la cual no se suministra información relevante que permita o imposibilite a los demás proponentes participar.

2.1.7. Argumentos relacionados con la imputación y la responsabilidad de las personas naturales

Varias de las personas naturales sancionadas, en particular **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOZA** (representante legal de **A&E**), **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA** (representante legal de **ARIETE**) y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** (representante legal de **ERJAR**), manifestaron en sus recursos de reposición que en la imputación efectuada en la apertura de la presente investigación no se cumplió con el factor subjetivo, es decir que la conducta a ellos endilgada no fue imputada a título de dolo o culpa y que esto tampoco fue considerado por el Despacho en la Resolución Sancionatoria al determinar su responsabilidad.

Adicionalmente, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** señaló en su recurso que en la presente actuación hubo una falta de congruencia en cuanto a la determinación de su responsabilidad, por cuanto en la Resolución de Apertura de Investigación no fue indicado de manera particular cuál era el verbo rector por el que era imputada la conducta reprochada, mientras que en la Resolución Sancionatoria se indicó que fue por ejecutar y colaborar su realización.

2.2. Argumentos particulares de los investigados

2.2.1. A&E y LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA

Los argumentos particulares de **A&E** y **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** contenidos en su recurso de reposición se concentraron en señalar una indebida dosificación de las multas impuestas en la Resolución Sancionatoria, aduciendo que no se tuvo en cuenta que la conducta de los sancionados no tuvo beneficio y que por definición legal este debe ser real y no meramente potencial. Adicionalmente, señalaron que el impacto de la conducta reprochada fue inexistente o mínimo, pues no impidió que otros participantes hicieran parte de cada uno de los procesos de selección objeto de investigación, sin que existiera ninguna posibilidad efectiva de generar distorsión en el mercado.

2.2.2. SIINCO, JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO y CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ

Ausencia de respuesta a todas las observaciones hechas frente al Informe Motivado y ausencia de análisis de cada proceso de selección objeto de investigación

SIINCO, JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO y CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ señalaron de manera particular en su recurso de reposición que la Resolución Sancionatoria no atendió todos los argumentos expuestos en las observaciones efectuadas al Informe Motivado dentro de la presente actuación, ni tuvo en cuenta todas las pruebas obrantes en el expediente, toda vez que no se hizo un pronunciamiento ni análisis probatorio detallado por cada uno de los cincuenta y siete (57) procesos en los que fue determinada la responsabilidad de **SIINCO**.

Siguiendo con esta argumentación, en el recurso de reposición presentado fueron expuestos uno a uno los procesos de selección contractual por los cuales los recurrentes resultaron sancionados, efectuándose la siguiente categorización: (i) procesos en los que podía constituirse una forma asociativa (consorcio o unión temporal) luego de haber manifestado interés; (ii) procesos en los que no había prohibición expresa de conformar un consorcio o unión temporal luego de la manifestación de interés; (iii) procesos de selección donde no existía prueba de coordinación según criterios usados en la Resolución Sancionatoria para proceder con su archivo; y (iv) procesos donde estaba prohibido expresamente la constitución de un consorcio o unión temporal posterior a la manifestación de interés.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Partiendo de la anterior categorización y análisis de cada proceso de selección objeto de sanción, los recurrentes señalaron las siguientes conclusiones:

- La Superintendencia no realizó un análisis exhaustivo de los procesos, lo cual puede verse en el Informe Motivado y en la Resolución Sancionatoria, ya que como se puede corroborar se presentan contradicciones entre estos, como por ejemplo el hecho de que en algunos casos se sanciona erróneamente el hecho de presentarse de forma individual, cuando **SIINCO** se presentó bajo alguna figura asociativa.
- La Superintendencia no estudió en detalle cada uno de los procesos, pues en varios de ellos se realizaron adendas que modificaron el pliego de condiciones original y en ese sentido, al cambiar las condiciones del proceso de igual forma se obligó a los participantes a modificar sus decisiones frente al proceso.
- La Resolución Sancionatoria debió contener un análisis detallado de los pliegos de condiciones de los procesos investigados y sancionados, dado que muchos de estos establecieron de manera precisa la obligación de manifestar interés de forma individual, incluso si se presentaba oferta bajo alguna figura asociativa posteriormente, otras lo prohibían expresamente y otras no prohibían que los participantes pudieran manifestar individualmente y luego asociarse, hecho que debe ser claro pues al no estar prohibido, los particulares podían optar por dicha alternativa.
- En el Informe Motivado se expusieron situaciones de base que según la Delegatura permitían acreditar la presunta conducta anticompetitiva; sin embargo, en la Resolución Sancionatoria no se hizo alusión a los mismos argumentos, pero tampoco se explica por qué no son tenidos en cuenta para sancionar y como esto contribuyó con la tasación de la multa.
- Lo anterior resulta contradictorio por qué la Superintendencia refuta el hecho de presentarse individualmente, aun cuando los mismos procesos de selección así lo exigen en los pliegos de condiciones, incluso cuando se va a configurar alguna figura asociativa, tanto frente a la presentación de las manifestaciones de interés, como de la documentación de los integrantes de las mismas.

Ausencia de responsabilidad de JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO

- **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** se limitaba a cumplir mandatos dispuestos por los miembros del esquema colaborativo.
- **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** se limitaba a realizar actividades de carácter secretarial y administrativo y no tenía un poder decisorio frente a los elementos y condiciones que determinaban la participación de otros agentes investigados en los procesos de selección, estando principalmente sujeta a las instrucciones que le fueran impartidas.
- No tenía la capacidad ni el control de determinar las condiciones de la oferta o manifestación de interés que presentara cada agente dentro del proceso de selección. Las empresas que conformaban el esquema de cooperación eran quienes definían de manera independiente las condiciones competitivas de sus ofertas, como era lo relativo al precio, que dentro de la selección abreviada es el criterio preponderante de selección objetiva.
- El reproche del comportamiento realizado debió enmarcarse en una atenuación, toda vez que el dominio del hecho y la presunta afectación a la dinámica competitiva no le correspondía. Lo anterior tiene plena correspondencia con el contenido del numeral 5 del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que considera como elemento de graduación de la sanción el nivel de participación del agente en el comportamiento.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ausencia de responsabilidad de **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**

- **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** se limitaba a cumplir órdenes y no tenía control sobre la dinámica competitiva, por lo que no contaba con la posibilidad de ejecutar, facilitar o tolerar un acuerdo anticompetitivo, no solo por su ausencia, sino por el hecho de que este no tenía la capacidad de decidir o promover su ocurrencia.
- **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** no tenía empleo y el único objetivo de prestar los servicios que brindaba, era el de obtener alguna posibilidad de trabajo, tal como lo manifestó en su declaración; en especial, cuando se presentara una unión temporal o figura asociativa. Esto explica por qué tenía múltiples correos en diferentes empresas, donde realizaba labores de apoyo y secretariales, estando en cabeza de cada uno de los miembros del esquema colaborativo la definición de las condiciones competitivas de participación de cada proceso.
- El recurrente se limitaba a cumplir las órdenes impartidas por otros agentes, quienes le solicitaban su ayuda en los procesos de selección, dada la experiencia que este tenía.
- En varios de los procesos investigados **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** no tuvo participación; si bien en algunos correos estaba copiado, era por la posibilidad de conformar alguna figura asociativa, que es un ejercicio legítimo atendiendo a las labores preponderantemente asistenciales que este realizaba, por solicitud de los demás miembros del esquema colaborativo.
- La multa impuesta a **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** en la Resolución Sancionatoria representa un riesgo de constituirse en un acto expropiatorio de la administración por cuanto el investigado: i) no cuenta con los recursos necesarios para atenderla, sin que se le genere una afectación sustancial a su mínimo vital y móvil; ii) no está obligado a declarar renta, esto atendiendo a que para el año 2019, sus ingresos no cumplieron los umbrales descritos en el Estatuto Tributario Nacional, hecho que solo demuestra su situación financiera, tal y como expone la certificación proferida por su contadora para el año 2019; y iii) su situación financiera no es solvente, por lo que sus ingresos no le han permitido aportar para la manutención de sus hijas, tal y como consta en la declaración extra-juicio rendida por su ex compañera sentimental.

Indebida graduación de la multa impuesta a **SIINCO**

En relación con la multa impuesta a **SIINCO** en la Resolución Sancionatoria, en el recurso de reposición fueron señalados varios elementos que en el sentir de los recurrentes deberían ser tenidos en cuenta por el Despacho para reducir el monto de la sanción:

- Teniendo en cuenta los criterios de impacto de la conducta en el mercado, dimensión del mercado afectado y el grado de participación, la multa impuesta a **SIINCO** debería ser reducida por cuanto, según las razones expuestas en el recurso, habría procesos de selección que serían excluidos del reproche efectuado en la Resolución Sancionatoria.
- En cuanto al beneficio obtenido por el infractor, no resulta claro cómo se configuró dicho beneficio en el presente caso. No puede hablarse de un beneficio generalizado e indeterminado porque no se obtuvo una adjudicación en todos los procesos de selección contractual objeto de sanción.
- En cuanto al patrimonio del infractor, debe tenerse en cuenta que la situación económica y financiera de **SIINCO** se ha visto afectada por contingencias claramente conocidas por la Entidad y relacionadas con la emergencia causada por la pandemia del COVID – 19, que ha llevado a diferentes suspensiones de los contratos que tenía adjudicados, hecho que no solo generó la obligación a esta empresa de asumir los costos derivados de su ejecución, como son los pagos de nómina, así como acudir a créditos para cumplir sus obligaciones. **SIINCO** anexó a su recurso de reposición copias de actas de suspensión de los mencionados contratos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En el presente caso se tuvo en cuenta el patrimonio bruto de **SIINCO** para tasar la sanción y no su patrimonio líquido.
- La Superintendencia de Industria y Comercio ha considerado el tamaño de la empresa como un elemento de la graduación de las sanciones, a efectos de evitar imponer multas que afecten de manera contundente su funcionamiento, y en últimas, permanencia en el mercado. En el presente caso debe tenerse en cuenta que **SIINCO** es una pequeña empresa y que la multa impuesta puede generarle graves afectaciones.

2.2.3. EMERSON ESCAMILLA MURTE y EEM

Indebida motivación del acto administrativo

- La Resolución Sancionatoria adolece de una motivación completa frente a los argumentos expuestos sobre material probatorio analizado. No fueron revisadas las argumentaciones relacionadas con las irregularidades en el recaudo probatorio, significatividad de la conducta y las pruebas documentales que apoyaban argumentos en el escrito de objeciones al Informe Motivado.

Vulneración al debido proceso por desconocimiento de la presunción de Inocencia

- En la Resolución Sancionatoria de manera previa ya se estaban realizando juicios a priori indicando que "desde el auto de apertura de investigación y el informe motivado no constituyen prejuzgamiento...". Sin embargo en la tesis planteada por la Delegatura ya se estaba estableciendo la participación **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en la adecuación de la conducta anticompetitiva sin siquiera haber valorado los argumentos y pronunciamientos realizados por la defensa, al igual que la conducencia de algunas de las pruebas recaudadas como correos electrónicos que no fueron dirigidos al investigado o copiados a él. Estos aspectos no fueron tenidos en cuenta al momento de emitir el juicio final expuesto en la Resolución Sancionatoria.

Frente al análisis de la conducta de los investigados

- En el análisis sobre la existencia del acuerdo anticompetitivo, se observa que los correos electrónicos utilizados como fundamento son entre **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCIO** y **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, sin que se observe que esas comunicaciones hayan sido dirigidas o copiadas a **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, siendo esto un aspecto nuevo que no se esbozó en ninguno de los documentos emitidos por la Superintendencia, pretendiendo ajustar una responsabilidad del investigado por el actuar de **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**.

(i) Sobre el análisis colaborativo de los pliegos de condiciones y determinación de las empresas que presentarían manifestación de interés

- Se reitera que **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCIO** prestaba servicios, como persona natural, de afiliación a trámites de seguridad social, así como de apoyo administrativo a cambio de una remuneración. A este servicio recurrió **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, reconociéndole el pago correspondiente.
- Frente al cuadro denominado "indicadores compañías nana.xlsx", en el que se encontraba información financiera del investigado, se reitera que **EMERSON ESCAMILLA MURTE** no tenía conocimiento del mismo ni de quien lo creó, tal y como fue señalado en la declaración de parte. Vincular al investigado o pretender ligarlo a una información que no fue creada por él y de la que no tenía conocimiento es violatorio de sus derechos a la no incriminación y al debido proceso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Llama la atención que se vincule a tres agentes de mercado en una estructura colusoria, teniendo en cuenta que **EMERSON ESCAMILLA MURTE** siempre actuó de forma independiente.
- Adicionalmente, de los soportes documentales que se analizaron para efectuar la imputación, debe precisarse que el primero fue creado por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal **A&E**) sin que se indicara quienes eran los destinatarios del mismo; respecto del segundo, el mensaje fue cruzado entre **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal **A&E**) y **JOHAN CHÁVES REDONDO** (representante legal de **C&Z**); es decir, en los correos no era destinatario **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, ni fueron copiados al investigado.
- Respecto de la conversación denominada "*procesos en curso*", la misma se limita a una conversación sostenida por **EMERSON ESCAMILLA MURTE** con **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** con quien el investigado tiene lazos de amistad y de trabajo, lo que no resulta irregular desde ninguna óptica, teniendo en cuenta que su campo profesional es la construcción y a que prestó sus servicios a la empresa de este último.
- Frente a la numeración a la que se ha hecho referencia en la declaración de **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOZA**, es preciso reiterar que no sería ajustado al debido proceso pretender vincularlo a una información que no fue creada por él y que no tenía conocimiento, es violatorio de sus derechos a la no incriminación y del debido proceso.

(ii) Sobre la coordinación en la presentación de ofertas

- Respecto del proceso de selección No. 006-2015 [90958-978843] del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** participó de forma individual, es decir con una expectativa independiente y no concertada; de igual forma, se presentaron 11 empresas y el mismo no le fue adjudicado; no se puede cuestionar el actuar del investigado, comoquiera que estuvo en libertad de hacerlo en ejercicio de su derecho de "concurrir" al mencionado proceso de selección.
- Frente a la supuesta centralización en la elaboración de propuestas en cabeza de **JOAHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO**, resulta procedente indicar que respecto al primer correo citado de fecha 21 de junio de 2016 **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en el ejercicio de su derecho a "concurrir", participó de manera individual sin que por ello se pueda pretender atribuir alguna concertación con los demás proponentes o postulantes.
- Frente al anexo del correo cruzado entre **A&E** y **ARIETE**, se trataba de una información de manejo exclusiva de estas compañías, con un sistema de numeración del cual era ajeno **EMERSON ESCAMILLA MURTE** conforme se indicó en las objeciones al Informe Motivado.
- No se comparte que se le atribuya responsabilidad a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** por una conversación sostenida entre **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOZA** y **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** sobre determinaciones a las cuales era ajeno.

(iii) Sobre la coordinación en la obtención de pólizas de seriedad

- **EMERSON ESCAMILLA MURTE** se encontraba en total libertad de acudir al intermediario de seguros que prefiriera, indistintamente que la compañía **INMART SEGUROS** contara con clientes a las sociedades que se investigan, ya que su campo de negocio es la venta de pólizas de seguros, sin que por tal razón se pueda pretender ligar tal actuar con un acuerdo concertado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(iv) Sobre la coordinación en la subsanación de requisitos habilitantes

- Respecto del correo citado remitido por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) en el que habría realizado los trámites de obtención de la póliza para el consorcio **ALIANZA A&S** (integrado por **A&E** y **SIINCO**) y para **EMERSON ESCAMILLA MURTE...**, debe aclararse que la señora Villamil como persona natural y no como representante legal de sociedad alguna prestaba desde tiempo atrás diversos servicios al investigado, teniendo en cuenta que desde la parte administrativa no contaba con trabajadores que atendieran ciertas necesidades, por lo que recibía apoyo a cambio de retribución.
- En cuanto al proceso de selección abreviada de menor cuantía DIRBOG SA N° 12 de 2015 de la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN (FGN), **EMERSON ESCAMILLA MURTE** no se presentó al mismo, por lo que no sería procesalmente viable vincularlo a un trámite en que no participó.
- Frente al cuadro de Excel referido en que se detalla una numeración, se reitera que dicho archivo no es de creación de **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, ni tampoco le fue copiado o dirigido a él, por lo que no sería jurídicamente viable atribuirle autoría o responsabilidad sobre el mismo.

(v) Sobre las Pruebas adicionales de la existencia del acuerdo anticompetitivo (conversaciones de WhatsApp)

- La conversación citada fue recaudada sin atender los requisitos de cadena de custodia, tornándose la prueba como ilegal al evidenciarse una violación al debido proceso.
- Adicionalmente, no fue claro el Despacho en precisar si la conversación citada se da entre **EMERSON ESCAMILLA MURTE** como representante de **EEM** o como persona natural, al tratarse de dos procesos diferentes abordados en un mismo expediente.

Sobre la responsabilidad de EEM

- Se solicita reconsiderar el grado de responsabilidad de **EEM**, en la medida en que en los tres procesos atribuidos a la sociedad solo se presentó manifestación de interés, no siendo adjudicado ninguno de ellos; adicionalmente se solicita revisar el cuadro de Excel compartido en las objeciones al Informe Motivado, en el cual se aprecia el porcentaje de participación de la empresa en los procesos citados y la participación en cada uno de ellos.

Sobre la proporcionalidad de la multa impuesta

- La sanción impuesta a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** se considera desproporcional a la gravedad de la infracción y los fines de la medida, debido a que no se valoró probatoriamente su participación efectiva en el presunto acuerdo anticompetitivo que afectó diversos procesos de contratación pública, así como tampoco se consideró la grave situación económica por la que atraviesa el país desde el año 2020 como consecuencia de la pandemia por Covid – 19.
- En el caso concreto, cuando se habla de prácticas colusorias en la contratación pública, se evidencian dos escenarios diferentes en su concepción, pero ligados en cuanto a la interacción del uno con el otro en el cumplimiento de los fines propuestos con la contratación pública.
- En primer lugar, la mirada desde el punto de vista del mercado propiamente dicho, con los efectos mercantiles que esa conducta genera y, en segundo lugar, la protección al bien jurídico de la Administración pública, el derecho colectivo a la libre competencia y los derechos de los consumidores.
- Efectuando un análisis global de los supuestos actos colusorios a los que se refiere la investigación, estos no cuentan con la identidad suficiente para asegurar más allá de toda duda

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

razonable que el acuerdo tuviera como fin último alterar las condiciones del mercado en sus distintos tópicos, como: fijación de precios, alterar ilícitamente la licitación, adjudicación de contratos y repartición de utilidades o de parte de estas que se consideran contrarios a la libre competencia.

- Por tanto, el punto relevante para realizar una sanción proporcional y razonable a la gravedad real que reviste la colaboración administrativa y secretarial que se prestaban los agentes del mercado investigados y sancionados, recae en el móvil que debe observarse en la colusión, el cual debe consistir en "conductas que no permiten el acceso o libre escogencia en el concurso o la licitación", respecto de lo cual debe tenerse en cuenta que en un alto porcentaje de los procesos en que presuntamente se efectuaron los acuerdos colusorios no fueron adjudicados los contratos a los sancionados.
- De acuerdo con la legislación que restringe los actos colusorios, la infracción puede generarse tanto por objeto como por efecto; es decir, es sancionable tanto la intención de fijar el acuerdo, el propósito de alterar el proceso de licitación o adjudicación como el efecto producido, tanto en el mercado como en el desarrollo del proceso contractual. Con lo cual la competencia por el mercado se ve afectada por la adjudicación final del contrato, no a la empresa más eficiente, sino a la que, a través del acuerdo, ha fijado las mismas empresas.
- Ninguna de las condiciones resaltadas se logró probar en la investigación adelantada por la Delegatura, pues si bien es cierto que se probó una colaboración administrativa empresarial para la búsqueda de procesos, el análisis de los pliegos de condiciones la presentación de pólizas y las manifestaciones de interés, con solo este hecho no se puede concluir que la finalidad de ellos haya sido la intención de fijar el acuerdo, el propósito de alterar los procesos de licitación o adjudicación como el efecto producido, tanto en el mercado como en el desarrollo del proceso contractual.
- La sanción impuesta a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en su condición de comerciante persona natural, otra como representante legal de **EEM** y una adicional a la misma sociedad, teniendo de presente la crisis económica que atraviesa el país, estaría vulnerando la finalidad última de las sanciones administrativas que es disuasoria y no confiscatoria, el pago efectivo de la totalidad de las multas dejarían a mi mandante sin recursos económicos para la reapertura económica del negocio de la construcción.

Dosificación de la sanción impuesta a EMERSON ESCAMILLA MURTE y EEM

- Para la dosificación de la sanción se debe tener en cuenta el tamaño de la corporación, sus ingresos operacionales, utilidades operacionales, patrimonio y en general, toda la información financiera de la misma, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.
- También debe tenerse en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la actuación administrativa y la idoneidad que tenía la conducta para causar daño en el mercado.
- En el aparte de la imposición de multas la Superintendencia efectuó un análisis sobre la implicación de la sanción respecto del patrimonio líquido de **EMERSON ESCAMILLA MURTE** y **EEM** para el año 2019; no obstante omite la entidad la situación de emergencia económica y sanitaria por la que está atravesado el país desde el año 2020 y lo que va del 2021, así como la reciente crisis de orden público generado por el Paro Nacional.

2.2.4. ERJAR y JAIME ALFONSO ARIAS MURAD

Ausencia de prueba de la responsabilidad de ERJAR

- Los argumentos particulares de **ERJAR** en su recurso de reposición se concentraron en hacer una exposición detallada de cada uno de los procesos de selección contractual por los cuales la compañía y su representante legal fueron sancionados, sin contar el proceso No. LP-002-2016

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS) del 27 de mayo de 2016 respecto del cual afirmaron operó la caducidad de la facultad sancionatoria, indicando que respecto de cada proceso las pruebas que reposan en el expediente no son suficientes para desvirtuar lo declarado por los investigados en el sentido que la conducta desplegada por ellos no es ilegal y que, en consecuencia, es necesario archivar la investigación.

- Así, en los procesos de selección en los que el Despacho se basó en correos electrónicos a través de los cuales **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** remitió a **ERJAR** documentos de manifestación de interés o de ofertas, debe tenerse en cuenta que estos mensajes responden exclusivamente a una asesoría en temas de gestión documental para la participación en los procesos y en el envío de recomendaciones de procesos en los cuales podía participar, situación que no es ilegal y de la que no puede inferirse la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia.
- Del cuerpo de los correos electrónicos no se permite inferir o conocer por parte de **ERJAR** que otro de los investigados iba a presentar manifestación de interés.
- **ERJAR** presentó sus manifestaciones de interés de manera individual con la intención de participar individualmente en caso de ser invitada a presentar propuesta y sin tener conocimiento de que otras de las empresas investigadas iban a participar.
- Igualmente, respecto de otros procesos de selección la Superintendencia se basa en pruebas que se refieren a documentos y correos electrónicos en los que ni **ERJAR** ni su representante legal tuvieron participación en cuanto a su construcción, remisión y recibo, tales como el documento Excel denominado "*SEGUIMIENTO A EJECUCION (sic) DCO FT 04 2017 17 de julio.xlsx*", que se adjuntó en el correo electrónico con asunto "*CUADRO PROCESOS AYE*".

Indebida graduación de la sanción impuesta a ERJAR

- En la Resolución Sancionatoria se evidenció que la Superintendencia decidió calcular una multa porcentualmente equivalente entre algunos de los investigados, con independencia de su grado de participación en la presunta dinámica anticompetitiva objeto de estudio y sin tomar en cuenta el rol que jugaban en la misma, ni su diferencia cuantitativa.
- Así las cosas, fueron impuestas multas equivalentes al 6% del patrimonio de los investigados para el año 2019 salvo **SIINCO** y **A&E**, quienes recibieron multas equivalentes al 12% de su patrimonio. Estos porcentajes fueron fijados indistintamente entre los distintos investigados sin considerar algún criterio objetivo de los hechos investigados.
- Debe tenerse en cuenta que **A&E** y **SIINCO** participaron en el 100% y el 89,06% de la totalidad de los procesos sancionados respectivamente, mientras que **ERJAR** sólo presuntamente participó en el 12,5% de dichos procesos. Por lo tanto, la multa a **ERJAR** debía ser como máximo una séptima parte de la multa impuesta a **A&E**, es decir el 1,71% del patrimonio de **ERJAR**.
- La desproporcionalidad también se evidencia en el hecho de que **A&E** fue multada por cada proceso en el que implementó la supuesta estrategia anticompetitiva con el 0,19% de su patrimonio, es decir, por cada uno de los procesos en los que se le pretende sancionar (64 procesos) se le impuso una sanción de 0,19% de su patrimonio.
- Por su parte, **ERJAR** fue multado por cada uno de los procesos en los que presuntamente infringió la competencia con el 0,75% de su patrimonio, siendo esto una diferencia abismal en la proporcionalidad de la multa, por lo que podría concluirse que ser instigador, creador y buscar afectar la competencia en un mayor número de procesos de selección pública, "paga" mejor, trae una mejor recompensa y la medalla se la otorga la misma autoridad de competencia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La desproporcionalidad de la multa también puede evidenciarse en el caso de los investigados respecto de quienes la Superintendencia impuso una multa del 6% del valor del patrimonio. Por ejemplo, mientras **ERJAR** fue sancionada por su presunta afectación al 12,5% de la totalidad de los procesos sancionados, a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** se le impuso una sanción con el mismo porcentaje sobre el patrimonio, habiendo participado en el 48,43% de dichos procesos. Es decir al menos 3 veces más procesos que por objeto presuntamente se buscó restringir la competencia. En este caso, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** salió bien librado siendo sancionado por proceso con el 0,19% de su patrimonio, mientras **ERJAR** fue sancionado por proceso de selección con el 0,75% de su patrimonio.
- Respecto del *impacto de la conducta sobre el mercado*, ninguno de los procesos respecto de los cuáles se investigó a **ERJAR** le fue adjudicado y en sólo en uno de ellos resultó beneficiario del sorteo, sin que presentara finalmente una propuesta económica por lo que no hubo ninguna afectación en el mercado. Adicionalmente se encontró responsable a la compañía en tan solo 9 procesos de selección, en contraposición con otros investigados que fueron sancionados hasta por afectar 64 procesos de selección.
- Sobre el *beneficio obtenido por el infractor con la conducta*, debe tenerse en cuenta que en ninguno de los procesos respecto de los cuáles se sancionó a **ERJAR** le fue adjudicado, luego no existió beneficio económico derivado de la ejecución de la conducta.
- En cuanto al *grado de participación del implicado*, **ERJAR** no tenía conocimiento del alcance de la conducta objeto de sanción, a tal punto que no conocía todos los involucrados. No existe una sola prueba directa que *mencione* que **ERJAR** fuera partícipe de la estrategia o que siquiera conocía la existencia del presunto acuerdo anticompetitivo, su papel no fue determinante en la ejecución de la dinámica anticompetitiva, con o sin él hubiera sucedido exactamente lo mismo.
- Sobre la *conducta procesal del investigado*, **ERJAR** se mantuvo siempre disponible a atender oportunamente y de manera clara los requerimientos y solicitudes de la autoridad. Esto no debe tener un efecto neutro sino que debe beneficiar al investigado con la atenuación de la sanción, frente a otros investigados que pudieron obstruir la normal ejecución del trámite.
- En cuanto al *patrimonio del infractor*, debe tenerse en cuenta el patrimonio de **ERJAR** para cada uno de los procesos en los que presuntamente infringió la competencia. No puede ser que se imponga la misma sanción sobre el patrimonio independientemente del número de procesos presuntamente vulnerados. **ERJAR** presuntamente participó en apenas el 12% de los procesos sancionados por la Superintendencia, por lo que no es equitativo que su patrimonio sea sancionado en la misma proporción que los demás investigados que presuntamente participaron en numerosos acuerdos anticompetitivos.

Ausencia de responsabilidad de JAIME ALFONSO ARIAS MURAD

- Respecto de la responsabilidad imputada a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, la Superintendencia indicó en la Resolución Sancionatoria que los verbos rectores aplicados fueron "colaborar" y "ejecutar" el acuerdo anticompetitivo reprochado.
- No existe en el Expediente evidencia alguna que dé cuenta que **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** tuvo una "conducta colaborativa" o que trabajara en conjunto con otros investigados para diseñar, ejecutar o promover la presunta dinámica anticompetitiva. En consecuencia, no es posible hablar de que "colaboró" con la infracción investigada. Por el contrario, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** ni siquiera tenía conocimiento de la existencia de dicha dinámica o que supuestos competidores suyos se iban a presentar en los distintos procesos.
- Tampoco se encontró probado que **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** directamente hubiese desplegado una conducta activa. En concreto, no se probó que hubiese participado en alguna una de las actividades que presuntamente componían la dinámica investigada

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La Superintendencia se abstuvo de cumplir con la carga de la prueba, al no probar el elemento "culpabilidad del sancionado" y realizó un indebido análisis de las pruebas existentes de cara a concluir la responsabilidad de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** e imponer la sanción respectiva. Esto reviste de particular relevancia si se tiene en cuenta que no estamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva, proscrita por la ley. Por el contrario, la Superintendencia debe dar cumplimiento al principio de legalidad acreditando todos los elementos que acreditan la conducta típica sancionada.

Indebida graduación de la multa a JAIME ALFONSO ARIAS MURAD

- Respecto de las personas naturales investigadas por la responsabilidad del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, la desproporción en la graduación de la multa resulta más notable que en las multas impuestas a las personas jurídicas.
- La Superintendencia no precisó cuál fue el criterio ni porcentaje utilizado para la determinación de la multa impuesta; sin embargo, es clara la diferencia entre unas y otras a pesar de las conductas desplegadas y probadas respecto de unos y otros investigados.
- Las multas impuestas a los representantes de **A&E** y **SIINCO** (**LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** y **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCIO**), que fueron las empresas sancionadas con un mayor porcentaje del patrimonio, cuando contraponen la comparación entre las personas naturales, la multa de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** es 31 y 11 veces mayor que la impuesta a estas personas naturales, respectivamente.
- Lo anterior a pesar de que la Superintendencia identificó en la Resolución Sancionatoria a **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** y **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCIO** como las personas que diseñaron y ejecutaron la presunta dinámica anticompetitiva.
- El mismo análisis se predica de otros investigados, como **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, quien como agente de mercado fue sancionado por el 48,43% de la totalidad de los procesos sancionados, esto es al menos 3 veces más procesos que los imputados a **ERJAR** y a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**. Sin embargo, la sanción impuesta a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** es, once veces inferior a la impuesta contra **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**.
- Esto se hace más desproporcional todavía si se encuentra que el Expediente cuenta con pruebas directas contra **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA**, **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCIO** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, más no existen dichas pruebas contra **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**.
- Lo anterior evidencia que la Superintendencia se abstuvo de aplicar los distintos criterios de graduación de las sanciones para fijar multas realmente proporcionales para cada uno de los investigados en consideración a su participación en la conducta objeto de investigación, el rol ocupado y la evidencia en su contra, contraviniendo los criterios de graduación de la sanción establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el artículo 50 del CPACA.
- De otra parte, la multa impuesta a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** fue significativamente superior a la impuesta a **ERJAR**. Teniendo en cuenta que en la Resolución Sancionatoria no se indicaron claramente los criterios ni consideraciones aplicadas para el cálculo de la sanción impuesta a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, no es posible entender la justificación para que sea más gravosa la sanción de quien presuntamente "colabora", por ejemplo, que la del agente del mercado que presuntamente desarrolla o ejecuta conducta anticompetitiva.
- Si se considera que el único criterio considerado para la aplicación de la sanción es el patrimonio del investigado, la Superintendencia ignora las diferencias entre las sanciones previstas por el régimen jurídico para los agentes del mercado y para quienes colaboren o toleren las conductas

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de dichos agentes, así como las implicaciones de una sanción como la impuesta en cabeza de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**.

- Dentro de los criterios de graduación de las sanciones previstas para los agentes del mercado se encuentran "la cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción" y "el patrimonio del infractor". Estos criterios dan cuenta de que para la determinación de la sanción sí resulta fundamental la relación entre la actividad económica del agente (reflejada en su patrimonio) y la conducta restrictiva de la competencia en el mercado donde participa. Por el contrario, para el caso de las personas naturales que contribuyen con las referidas conductas, no se relaciona como criterio de graduación de la sanción el patrimonio del infractor. Por el contrario, la multa en estos casos se determina en atención a la conducta realizada, el grado de participación y su reiteración, así como el comportamiento del infractor en el curso de la investigación.
- Por otro lado, es necesario considerar también que la regla general es que la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 recaiga sobre personas naturales que guarden alguna relación con el agente de mercado. En ese sentido, es importante también tener en cuenta la naturaleza y componentes del patrimonio de una persona natural, para entender así las implicaciones de una sanción como la impuesta.
- Mientras en una persona jurídica es más que evidente que su patrimonio está compuesto por los aportes de sus socios y las utilidades generadas exclusivamente por su actividad económica, tratándose de personas naturales su patrimonio refleja activos que no necesariamente provienen de su actividad económica, ni implican tampoco que su actividad económica generadora de ingresos esté relacionada únicamente con la actividad del agente de mercado infractor.
- Particularmente, en el caso de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, su patrimonio se incrementó en 2019 con ocasión de una cesión de derechos herenciales que nada tiene que ver con sus funciones como representante legal de **ERJAR**. Este ingreso, totalmente ajeno a la actividad comercial del investigado, se ve claramente afectado por una multa impuesta por la Superintendencia, si se aplica como único criterio de graduación, el valor del patrimonio.
- Sobre *la persistencia en la conducta infractora*, esta no puede ser medida con base en el número de procesos objeto de investigación, como lo hizo la Superintendencia en la Resolución Sancionatoria. Por el contrario, este criterio hace referencia a la existencia de antecedentes de investigaciones administrativas o sanciones impuestas contra las personas naturales por las mismas conductas objeto de la investigación, así como en la permanencia en la ejecución de la conducta investigada. En este sentido, teniendo en cuenta que no existen dichos antecedentes y que tampoco existe evidencia de persistencia en la conducta objeto de sanción, este criterio debería considerarse para atenuar la sanción impuesta.
- En cuanto al *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, debe tenerse en cuenta que ninguno de los procesos respecto de los cuales se sancionó a **ERJAR** y consecuentemente a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, le fue adjudicado a esta compañía y de hecho sólo en uno de ellos **ERJAR** resultó beneficiaria del sorteo, sin que finalmente presentara una propuesta económica. Adicionalmente, **ERJAR** y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** fueron encontrados responsables en relación con 9 procesos de selección en contraposición con otros investigados que fueron sancionados hasta por afectar 64 o más procesos de selección. En consecuencia, las conductas investigadas no impactaron finalmente a la entidad pública y sólo pudo potencialmente afectar el mercado en aquellos procesos en que **ERJAR** resultó beneficiaria del sorteo, proceso en el que finalmente no presentó oferta.
- Respecto de *la reiteración de la conducta prohibida*, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** no ha incurrido en la conducta prohibida en eventos diferentes al objeto de la presente investigación. En consecuencia, este criterio debe dar lugar a la atenuación de la sanción.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Sobre la conducta procesal del investigado, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** se mantuvo siempre disponible a atender oportunamente y de manera clara los requerimientos y solicitudes de la autoridad. Esto no debe tener un efecto neutro sino que debe beneficiar al investigado con la atenuación de la sanción, frente a otros investigados que pudieron obstruir la normal ejecución del trámite.
- Finalmente, en cuanto al grado de participación de la persona implicada, se reitera que **ERJAR** y su representante legal **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, no tenían conocimiento del alcance de la conducta objeto de investigación, a tal punto que no conocía todos los involucrados. Así mismo, su papel no fue determinante en la ejecución de la dinámica anticompetitiva.

2.2.5. C&Z y JOHAN CHÁVES REDONDO

- Los argumentos de **C&Z** y **JOHAN CHÁVES REDONDO** en su recurso de reposición se concentraron en hacer una exposición detallada de cada uno de los cinco procesos de selección contractual por los cuales la compañía y su representante legal fueron sancionados, indicando que en los mismos no existe prueba alguna que demuestre un interés por parte de los recurrentes en ser parte o aceptar participar en el acuerdo reprochado, pues su manifestación de interés fue un acto individual, consciente y autónomo.
- No se le puede dar carácter de prueba reina a correos electrónicos frente a los que no hubo siquiera respuesta por parte de los recurrentes. De esta manera, los correos utilizados en la Resolución Sancionatoria constituyen meros indicios que necesitan ser soportados y valorados en conjunto con otras pruebas obrantes en el Expediente para demostrar la responsabilidad.
- No se tuvo en cuenta en la Resolución Sancionatoria que hubo un proceso en el que no fue llevado a cabo ningún sorteo y aunque **C&Z** presentó manifestación de interés, no presentó oferta, lo que demuestra la autonomía de la compañía.
- La sola manifestación de interés no es prueba de la participación de **C&Z** en un acuerdo colusorio contrario a la libre competencia.
- En ninguno de los procesos por los que se vinculó a **C&Z** existió ninguna de las actividades del acuerdo reprochado: (i) presentación coordinada de ofertas; (ii) coordinación en la obtención de pólizas de seriedad de la oferta; y (iii) subsanación de requisitos habilitantes.

2.2.6. ARIETE y CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA

Los argumentos de **ARIETE** y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA** en su recurso de reposición se concentraron en hacer una exposición detallada de cada uno de los doce procesos de selección contractual por los cuales la compañía y su representante legal fueron sancionados, indicando que respecto de los mismos que: (i) la simple manifestación de interés no tiene potencialidad de causar un daño; (ii) no pudo haber afectación a la libre competencia en los procesos donde hubo sorteo y **ARIETE** no quedó seleccionada o no presentó propuesta; y (iii) no hay prueba de que **ARIETE** o su representante legal coordinara propuestas con otra empresa.

En cuanto a la dosificación de las sanciones impuestas, **ARIETE** y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA** señalaron una indebida dosificación de las multas, por presuntamente no haber tenido en cuenta los presupuestos de los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Igualmente, señalaron que la conducta de **ARIETE** no tuvo ningún beneficio, que por definición legal debe ser real y no meramente potencial. Por otro lado, se afirmó que no se tuvo en cuenta la cuota de mercado de la firma, lo cual presuntamente evidenciaría la poca incidencia del sancionado en el mercado.

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.1. Consideraciones preliminares

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

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

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

*"adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero **que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general**"². (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

De acuerdo con esto,

*"Un asunto central es el de los límites de actuación que tienen los actores del mercado, y más precisamente, **los límites que deben ser impuestos a la libertad económica, que se materializan en el régimen de protección de la competencia**. Al respecto pueden ser identificados dos clases de límites: los que se imponen libremente los propios actores, dispuestos entre otros instrumentos, en los "manuales de buenas prácticas", y **los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia**"³. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

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

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

*Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, **el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia**. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta"⁴. (Subrayado y negrillas fuera de texto).*

² Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

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

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

"(...) la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos"⁵.

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

"En el plano normativo dicho régimen está conformado básicamente por la Ley 155 de 1959 sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la Ley 1340 de 2009; por el Decreto 2153 de 1992, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, (...) por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC "conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia"; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos aspectos sustantivos y de procedimiento, (en) el Decreto 4886 de 2011"⁶. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

(...)

"Las reglas de procedimiento para las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen de protección de la competencia, se encuentra reglado en el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, contando con las cláusulas de integración de la Ley 1437 de 2011 que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"⁷.

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

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

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

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"⁸. En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones:

"El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener"⁹.

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

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

(...)

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

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

"En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que **"las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"**¹⁰. (Subrayado y negrillas fuera de texto).

Bajo este entendido, la exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma, (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta y (iii) que la

⁸ Artículo 3 Ley 1340 de 2009 "Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia", Diario Oficial 47.420 de 24 de julio de 2009.

⁹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

sanción o criterios para determinarla sean claros. Así pues, se debe hacer especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma,

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

Previo al análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad de los recurrentes, este Despacho procede a precisar los hechos que suscitaron la presente investigación y consecuente sanción, con el fin de facilitar el entendimiento del análisis que se abordará a continuación. Recuérdese que las sanciones impuestas se derivaron de la contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por parte de los investigados, por cuanto se acreditó en la presente actuación la existencia de un acuerdo entre ellos para presentarse de manera coordinada en distintos procesos de selección contractual adelantados por varias entidades del Estado y que fue ejecutado desde 2015 hasta 2017. Este acuerdo fue desarrollado y ejecutado a través de una dinámica conformada por las siguientes actividades:

(I) Coordinación en las manifestaciones de interés en varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades del Estado y que a su vez comprendía varias acciones:

- Búsqueda centralizada de los procesos de selección contractual, labor de la que se encargaba principalmente **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) quien recibía para tales efectos la colaboración de **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** y quien a su vez prestaba sus servicios a otros competidores de **SIINCO** como **A&E** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**;
- Análisis conjunto de los respectivos pliegos de condiciones, la cual estaba asignada igualmente en cabeza de **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) y que era necesaria para verificar cuáles de las empresas que hacían parte de la dinámica podían participar y si lo hacían de forma individual o recurriendo a una estructura plural de asociación (consorcio o unión temporal).
- Determinación de las empresas que presentarían manifestación de interés, actividad en la que fue importante el diseño y aplicación de un sistema de numeración que facilitaba la organización de la dinámica anticompetitiva y la comunicación de las instrucciones mediante la asignación de números que identificaban a cada empresa (a **A&E** le correspondía el número 1, a **SIINCO** el número 2, a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** el número 3, a **ERJAR** el número 4, a **ARKING** el número 5 y a **ARIETE** el número 6). Este sistema estuvo particularmente en cabeza de **LUIGI**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA (representante legal de **A&E**), quien impartía las instrucciones sobre cuales empresas debían manifestar interés y participar en los procesos y si lo hacían de manera individual o a través de un consorcio o unión temporal.

- Elaboración y envío coordinado de las manifestaciones de interés, actividad de la que estaba a cargo principalmente **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) quien elaboraba y remitía a los competidores participantes de la dinámica anticompetitiva los documentos de manifestación de interés que debían presentar en los distintos procesos de selección contractual.

(II) Coordinación en la elaboración y presentación de ofertas en los distintos procesos de selección contractual, actividad que era desarrollada de manera centralizada y de la que estaba a cargo principalmente **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**), quien siguiendo las instrucciones impartidas por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**), construía y enviaba las ofertas con las que los competidores que hacían parte de la dinámica participarían en los procesos de selección contractual.

(III) Centralización en la solicitud y obtención de pólizas de seriedad de las ofertas, en los distintos procesos de selección contractual adelantados por entidades del Estado en los que los investigados se presentaban y adquirían la calidad de proponentes. De esta actividad se encontró como prueba en el Expediente un archivo Excel en el que varios de los investigados dejaron constancia de la solicitud y adquisición de pólizas con una única corredora de seguros (**INMART SEGUROS**), con el valor e identificación del proceso de selección al cual eran destinadas¹¹. Igualmente, la solicitud coordinada de pólizas de seriedad era llevada a cabo a través de empleados de **A&E** o realizada directamente por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) a nombre de sus competidores.

(IV) Subsanación coordinada de los requisitos habilitantes para las propuestas presentadas en los distintos procesos de selección contractual en los que participaban de manera aparentemente independiente. Esta actividad, como ocurrió de manera similar a las manifestaciones de interés, presentación de las ofertas y consecución de las pólizas de seriedad, estaba en cabeza de **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**), siguiendo las instrucciones de **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**).

Adicionalmente, y de acuerdo con el material probatorio que demostró cada una de las actividades de la dinámica anticompetitiva, el Despacho también encontró evidencia de un constante seguimiento por parte de los investigados a los procesos de selección contractual en los que se presentaban de manera coordinada. Este seguimiento fue adelantado a través de "cuadros de mando" en archivos Excel, manejados principalmente por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOZA** (representante legal de **A&E**), en los que se indicaba: (i) las empresas del acuerdo que estaban participando; (ii) la etapa del proceso de selección y (iii) las instrucciones y observaciones impartidas sobre los pasos a seguir según la etapa del proceso.

De otra parte, el Despacho encontró material probatorio que demuestra la consciencia que tenían los investigados sobre la ilicitud de su conducta. Así, fueron encontradas conversaciones de *WhatsApp* sostenidas entre los investigados durante las diligencias practicadas por la Delegatura en el marco de la presente investigación, en las que efectuaban indicaciones de cómo debían responder ante dichas visitas y señalaban que eran para revisar la posible comisión de una conducta colusoria en procesos de contratación del estado.

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

¹¹ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta: :\\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "POLIZAS GRUPO ASE - EMERSON ESCAMILLA - A&E LTDA - SIINCO LTDA.xlsx".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.2. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos comunes de los recurrentes

3.2.1. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria y el carácter continuado de la conducta sancionada

SIINCO, JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO y CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ manifestaron en su recurso de reposición que hubo una contradicción en la Resolución Sancionatoria, al establecerse que el acuerdo anticompetitivo reprochado tuvo una ejecución de carácter continuado, mientras que al momento de valorar la responsabilidad de cada investigado se reconoció la caducidad de la facultad sancionatoria frente a varios procesos de selección contractual objeto de investigación.

Frente a la anterior observación, el Despacho encuentra pertinente reiterar que en el presente caso se encontró demostrado que la conducta anticompetitiva ejecutada por los investigados fue de carácter continuado, en razón a que no fue consumada en un único momento sino que fue desarrollada a través una dinámica constituida por una serie de actividades que fueron ejecutadas de manera sucesiva y constante a través del tiempo, y que a saber fueron: (i) la coordinación en las manifestaciones de interés en varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades del Estado; (ii) coordinación en la elaboración y presentación de ofertas en los distintos procesos de selección contractual; (iii) centralización en la solicitud y obtención de pólizas de seriedad de las ofertas en los distintos procesos de selección contractual adelantados por entidades del Estado; y (iv) subsanación coordinada de los requisitos habilitantes para las propuestas presentadas en los distintos procesos de selección contractual en el que participaban de manera aparentemente independiente.

En efecto, en la presente actuación fue acreditado que los investigados desarrollaron y ejecutaron **de manera continuada** un acuerdo colusorio en violación de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que afectó de manera varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades del Estado entre 2015 y 2017, periodo que quedó claramente definido en la Resolución No. 30877 de 2019 (en adelante Resolución de Apertura de Investigación) que dio inicio a la presente actuación.

Tal y como fue señalado tanto en la Resolución de Apertura de Investigación como en la Resolución Sancionatoria, el mercado afectado en el presente caso se encuentra determinado precisamente por el acuerdo anticompetitivo celebrado y ejecutado por parte de los sancionados, es decir que corresponde a la totalidad de los procesos de selección contractual adelantados por varias entidades públicas, durante el periodo de tiempo en el que el mencionado acuerdo tuvo su duración, esto es desde 2015 hasta 2017. De esta manera, el Despacho recuerda que tratándose de conductas de carácter continuado o de ejecución sucesiva, estas no pueden fraccionarse en hechos aislados, y que por ministerio de la ley el término de caducidad cuenta a partir del último acto de la misma.

Sobre este punto, la Superintendencia de Industria y Comercio reitera su posición en el sentido que la conducta anticompetitiva establecida en el numeral 9 del artículo 47 de la Ley 1340 de 2009 (colusión en procesos de contratación del Estado), es una conducta continuada que se perpetua en el tiempo mientras quienes participan en ella actúan de manera coordinada en un proceso contractual, con la particularidad que en el presente caso el acuerdo colusorio fue ejecutado por los sancionados durante alrededor de 3 años (2015, 2016 y 2017) y en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades estatales durante este periodo, por lo que el término de caducidad cuenta a partir del último acto, el cual corresponde al año 2017 por lo demostrado en la presente investigación.

Esta posición encuentra soporte en la interpretación de la misma norma citada y apoyada en la jurisprudencia tanto del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, como del Consejo de Estado. En efecto, la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en sentencia del 3 de febrero de 2017, en un caso de colusión en procesos de contratación pública, señaló que:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"la conducta fue permanente y continuada, debiendo contabilizarse el término de caducidad de la facultad sancionatoria a partir de la realización del último acto de ejecución de la falta."¹² (Subrayas fuera de texto)

Más aún, la jurisprudencia del máximo órgano de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo ha decantado su posición en relación con el momento en que inicia el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado, cuando se está frente a comportamientos o hechos sancionables ejecutados de manera continuada o permanente como el del presente caso, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca arriba citada.

Sobre el particular, el Consejo de Estado, en constante y uniforme jurisprudencia, ha sostenido lo siguiente:

"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la facultad sancionatoria (...) sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación."¹³ (Subrayas y negrilla fuera de texto).

Así, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado, en las conductas continuadas la caducidad se computa desde "la fecha en que cesa la conducta". De allí que en las colusiones en procesos de contratación del Estado el término que establece el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el presente caso los elementos probatorios obrantes en el Expediente permitieron al Despacho confirmar que los infractores sancionados desarrollaron y ejecutaron de manera continuada un acuerdo anticompetitivo cuya finalidad era la de presentarse de manera coordinada en distintos procesos de selección contractual adelantados por varias entidades del Estado y que fue ejecutado desde 2015 hasta 2017.

Ahora bien, el carácter continuado de la conducta anticompetitiva reprochada, plenamente demostrado en el presente caso, en nada contradice la forma en que el Despacho evaluó la responsabilidad de los investigados, toda vez que esta fue determinada siguiendo la imputación de responsabilidad efectuada en la Resolución de Apertura de Investigación, la cual fue realizada de manera específica por los procesos en los que cada uno participó (bien a través de manifestación de interés o de la presentación de oferta) en desarrollo del acuerdo colusorio sancionado.

Así, por ejemplo, **SIINCO** resultó responsable en un total de cincuenta y siete (57) de los noventa y tres (93) procesos de selección que le fueron imputados, por cuanto en veintisiete de ellos operó la caducidad de la facultad sancionatoria y en nueve (9) no se encontró prueba de que hubiese concurrido o participado en desarrollo del acuerdo anticompetitivo sancionado.

Así las cosas, y en razón de lo expuesto, el argumento relacionado con una supuesta contradicción de la Resolución Sancionatoria en cuanto al fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria no está llamado a prosperar.

De otra parte, en relación con lo manifestado por **ERJAR** y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** en su recurso de reposición en relación con el proceso de selección No. LP-002-2016 del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), el Despacho procedió a verificar la información correspondiente obrante en el SECOP¹⁴. En primer lugar, al igual que fue indicado en la Resolución Sancionatoria, se verificó que **ERJAR** presentó oferta al igual que el consorcio **ALIANZA A&S** (conformada por **A&E** y **SIINCO**) y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**. En segundo lugar, el Despacho advirtió que la

¹² Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 3 de febrero de 2017. Rad. No. 25000234100 2015 002144 00.

¹³ Consejo de Estado, Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. 250002324000 2001 043 01.

¹⁴ SECOP I <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-1-156653>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

adjudicación del respectivo contrato fue de fecha 27 de mayo de 2016, a un proponente diferente a **ERJAR** y los demás investigados que concurrieron al citado proceso de selección.

Teniendo en cuenta lo anterior y que la Resolución Sancionatoria fue notificada por aviso a **ERJAR** y a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** el 1 de junio de 2021 por conducto de su apoderada¹⁵, el Despacho encuentra que respecto del proceso de selección No. LP-002-2016 del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS) operó la caducidad de la facultad sancionatoria, de conformidad con lo dispuesto en artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, situación la cual será tenida en cuenta para disminuir la sanción impuesta a los recurrentes.

Por otro lado, en relación con la afirmación de **C&Z** y **JOHAN CHÁVES REDONDO** según la cual respecto de los cinco procesos de selección por los cuales fueron sancionados no puede predicarse una sistematicidad o continuidad de la conducta, por cuanto en 3 de ellos hay más de un año de distanciamiento, el Despacho considera que constituye una apreciación referida a su responsabilidad individual y particular, que en manera alguna desvirtúa el carácter continuado que tuvo la dinámica anticompetitiva objeto de sanción y que fue ejecutada de manera sucesiva a través de distintas actividades a lo largo de un periodo de tiempo que comprendió los años 2015, 2016 y 2017 en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades del Estado. Adicionalmente, tal y como se expondrá más adelante, lo afirmado por los recurrentes tampoco desvirtúa su responsabilidad particular en cuanto a su participación en el acuerdo colusorio sancionado.

3.2.2. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con una supuesta ilegalidad en el recaudo de pruebas y otras irregularidades procesales

Frente a las objeciones reiteradas por **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en su recurso de reposición, relacionadas con una supuesta nulidad de las pruebas con base en las cuales fue determinada su responsabilidad y particularmente las obtenidas de su teléfono celular por cuanto el procedimiento efectuado por el equipo técnico de la Delegatura no garantizó la indemnidad y la cadena de custodia de la prueba, el Despacho advierte que dicho argumento ya fue resuelto en la Resolución Sancionatoria en la cual se indicó, en primer lugar, que de acuerdo con la información obrante en el Expediente se determinó que el equipo móvil del recurrente era utilizado con fines empresariales, tal y como lo manifestó el mismo **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en su declaración, quien al ser preguntado por su teléfono dijo que era el único que tenía y que no tenía teléfono fijo porque él mismo contestaba. Igualmente, el investigado dio su autorización para acceder al mencionado equipo telefónico:

"DELEGATURA: ¿Teléfono?"

EMERSON ESCAMILLA MURTE: 3006079704

DELEGATURA: ¿Ese es el único que maneja?"

EMERSON ESCAMILLA MURTE: Es el único que manejo.

DELEGATURA: ¿Un fijo no tiene?"

EMERSON ESCAMILLA MURTE: No porque yo soy el que contesto¹⁶.

(...)

DELEGATURA: También solicitaríamos el acceso a su celular.

EMERSON ESCAMILLA MURTE: Sí claro. Ahí está¹⁷.

¹⁵ De acuerdo con la certificación de notificaciones expedida por Secretaría General (Consecutivo No. 15-154605-435 Págs. 1y 2)

¹⁶ Folio 2579 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente. Grabaciones; Carpeta: EMERSON_ESCAMILLA; Carpeta: Audio; Archivo: EMERSON_ESCAMILLA.mp3; Minuto: 3:34.

¹⁷ Folio 2579 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente. Grabaciones; Carpeta: EMERSON_ESCAMILLA; Carpeta: Audio; Archivo: EMERSON_ESCAMILLA.mp3; Minuto: 41:55.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Se destaca nuevamente que el número celular mencionado por **EMERSON ESCAMILLA MURTE** durante la visita administrativa, al cual tuvo acceso la Delegatura, coincide con el número de contacto que utilizaba para realizar actividades empresariales o laborales como presentar manifestaciones de interés. Así, en la manifestación de interés que presentó ante el MINISTERIO DE CULTURA dentro del proceso No. MC SA 027 2015¹⁸ es posible apreciar cómo utilizó ese número:

Imagen No.1. Manifestación de interés EMERSON ESCAMILLA MURTE

Nombre o razón social del proponente: EMERSON ESCAMILLA MURTE
Calidad del proponente: PERSONA NATURAL
C.C. Nro. 79.706.793 Expedida en Bogotá
Dirección Calle 1 B No 40D -63
Teléfono 4087392
e-mail: emersonescamilla@hotmail.com; emerson.licitaciones@gmail.com
Ciudad BOGOTÁ D.C.


EMERSON ESCAMILLA MURTE
C.C. 79.706.793

Calle B N° 40 D - 63 teléfono 4087392 2434661 2434826 cel 3006079704
e-mail emersonescamilla@hotmail.com

Fuente: SECOP I – Proceso No. MC SA 027 2015. (Recuadro rojo no original).

Frente a lo anterior, el Despacho encuentra pertinente recordar que en Sentencia C-165 de 2019, la Honorable Corte Constitucional reafirmó que la revisión, búsqueda y retención de documentos enmarcados en la categoría de "documentos privados" por parte de esta Superintendencia de Industria y Comercio no vulnera el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Constitución Política:

*"Como se expuso, las visitas de inspección son diligencias probatorias a través de las cuales las superintendencias ejercen la facultad constitucional de exigir la presentación de "documentos privados" o "documentos del comerciante" contenida en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución. **Por lo tanto, la revisión, búsqueda y retención de aquellos documentos que se enmarquen en la categoría de "documentos privados" por parte de las superintendencias no vulnera ni interfiere con el derecho a la intimidad de las investigadas y por tanto no puede catalogarse como un registro o interceptación de comunicaciones privadas sometidos a reserva judicial.** 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 interceptación o registro en los términos del inciso 3º 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 ello, 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 4º del artículo 15 de la Constitución**"¹⁹ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Ahora bien, en cuanto a la extracción de la información que reposaba en el teléfono celular de **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, el Despacho reitera que la información recaudada en las visitas realizadas se obtuvo con autorización expresa del investigado y, según se desprende de la lectura del acta de visita administrativa²⁰, frente a la información electrónica recaudada se cumplió con el procedimiento forense que garantiza la originalidad, autenticidad e inalterabilidad de la información, así como el anclaje de la cadena de custodia.

¹⁸ Tomado de: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-11-4103467>.

¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-165 de 2019.

²⁰ Folio 1808 del Cuaderno Público No. 10 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, de conformidad con lo establecido en la Ley 527 de 1999, esta Superintendencia en desarrollo de las visitas administrativas adelantadas en el marco de la averiguación preliminar por prácticas restrictivas de la competencia garantiza: (i) la confiabilidad en la forma en que se ha conservado la integridad de la información electrónica recaudada, identificando plenamente su iniciador, así como cualquier otro factor pertinente en la cadena de custodia y, (ii) la confiabilidad en la forma en la que se haya generado o archivado la información electrónica.

En relación con la cadena de custodia, el **LABORATORIO DE INFORMÁTICA FORENSE** de esta Superintendencia (en adelante "LIF") maneja estándares de Cadena de Custodia conforme al Manual de Cadena de Custodia de la Fiscalía General de la Nación, en donde se identifica quién halla, recolecta y embala el (los) contenedor (es) de evidencia digital. Además de los factores posteriores a la misma, es decir, quién transporta, custodia o analiza la evidencia luego de su recolección. La cadena de custodia garantiza la integridad, identidad, preservación, seguridad, continuidad y almacenamiento de la evidencia recolectada.

Un elemento adicional es la firma o huella HASH, la cual se aplica a las evidencias recaudadas con el fin de que estas no se alteren. El LIF realiza la adquisición de las evidencias con software licenciado y específico para las labores forenses digitales, este software genera una firma única que asegura la inalterabilidad de la información recaudada. En tal medida, toda la integridad de la información obtenida se encuentra garantizada por la firma o huella HASH. La función denominada huella hash que se aplica sobre la evidencia digital consiste en identificar cada uno de los elementos materiales probatorios con una huella digital alfanumérica a través de dos algoritmos, MD3 y SHA1. Estos algoritmos reducen a un número finito la identificación de los archivos digitales, permitiendo garantizar que los mismos no han sido alterados o modificados desde el momento de su recolección hasta su uso.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho reitera que en la presente actuación se verificó que las funciones HASH que fueron consignadas en las actas de visita administrativa para la consulta de los visitados, coinciden con las huellas digitales que reposan en el Expediente, por lo que no hay lugar a aceptar las objeciones del recurrente.

De otra parte, en relación con las objeciones relacionadas con una violación al debido proceso por el rechazo de unas pruebas documentales durante las declaraciones rendidas en la presente actuación, observación en la que coincidieron **EMERSON ESCAMILLA MURTE, C&Z** y **JOHAN CHÁVES REDONDO** en los recursos de reposición por ellos presentados, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria sobre el particular, en el sentido que el procedimiento administrativo especial para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, establece para este tipo de trámite una oportunidad probatoria primigenia y concreta al señalar que "[c]uando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes **solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer**" (Negrilla fuera de texto).

De esta manera, existe una oportunidad probatoria específica y previa a la adopción de una decisión en la presente actuación, es decir, un momento procesal oportuno en que los investigados en un procedimiento administrativo por una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas están facultados para solicitar o aportar las pruebas que consideren pertinentes para demostrar sus postulaciones a efectos de que con posterioridad las mismas puedan practicarse e incorporarse al respectivo trámite.

Aceptar lo contrario, sería tanto como atentar contra el principio de legalidad que debe gobernar los procedimientos adelantados por la Superintendencia de Industria y Comercio y, a su vez, desconocer el principio de preclusividad²¹ en virtud del cual se establecen las diferentes etapas en que deben cumplirse los diferentes procedimientos, así como la oportunidad en que en cada una de ellas deben llevarse a cabo los actos que le son propios, transcurrida la cual no pueden adelantarse.

²¹ Corte Constitucional. Auto No. 232 de 2001.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En línea con lo anterior, el último inciso del artículo 203 del Código General del Proceso (CGP) dispone que en la práctica de la declaración *"La parte (...), podrá hacer dibujos, gráficas o representaciones con el fin de ilustrar su testimonio; estos serán agregados al expediente y serán apreciados como parte integrante del interrogatorio y no como documentos. Así mismo, durante la declaración el interrogado podrá reconocer documentos que obren en el expediente"*, lo que implica que en la práctica del interrogatorio las partes no puedan aportar documentos que no estuvieran incorporados en el expediente, ya que la norma solo permitió que el declarante utilizara herramientas ilustrativas para complementar su declaración y que serían valoradas como parte integral del interrogatorio.

En consecuencia, no resultan de recibo los argumentos presentados por los recurrentes en relación con este punto.

Por último, frente a la afirmación de A&E y LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA según la cual la presente actuación es nula con ocasión de una supuesta indebida notificación de la Resolución de Apertura de Investigación y que en la Resolución Sancionatoria se tuvo como evidencia la certificación de notificación y no la fecha de entrega efectiva del aviso, el Despacho advierte que esta carece de sustento por cuanto los recurrentes pretenden controvertir un documento válido obrante en el Expediente como lo es la certificación de notificación expedida por la Secretaría General de esta Superintendencia, sin haber aportado o solicitado prueba alguna que fundamente dicha afirmación. En consecuencia, tal observación será rechazada por el Despacho.

3.2.3. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con una supuesta indebida valoración probatoria

En cuanto a las observaciones hechas por los recurrentes referidas a una indebida e incompleta valoración probatoria en la presente actuación administrativa, el Despacho encuentra pertinente reiterar lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación **en conjunto de las pruebas**, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Esto, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

"Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser **apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica**, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...)". (Subraya y negrilla fuera de texto).

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

"(...) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado "unidad de la prueba", en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad (...) "²² (Subraya y negrilla fuera de texto).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, lo que se cita a continuación:

"(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o

²² Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un **amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción.** (...)"²³ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

"(...) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero "... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso**" (G.J. t. CCVIII, pág. 151)."²⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto).

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

"(...) La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **supone "la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse"** (Casación Civil., Sentencia del 6 de junio de 1995)²⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto).

A partir de lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

"Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

*El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.**"²⁶ (Negrilla fuera de texto).*

²³ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. Rad. No. 200012331000 2003 01951 01.

²⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2004. Rad. No. 7779.

²⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Rad. No. 110013103022 1998 01485 01.

²⁶ Couture, Eduardo J. "Fundamentos de derecho procesal civil". Ediciones Depalma. 1962. Citado por la Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 1998.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En segundo lugar, la apreciación en conjunto del material probatorio no implica necesariamente que los hechos que interesan a la actuación administrativa se encuentren demostrados únicamente a través de indicios, que en cualquier caso es un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de conductas anticompetitivas. En tal medida, una cuestión es la valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y, otra distinta, que aunque guarda ciertos rasgos coincidentes, la estructuración del medio probatorio denominado como indicios.

Precisado lo anterior, los indicios resultan un medio de prueba absolutamente útil para la formación del convencimiento, en este caso, de la autoridad administrativa con el propósito de determinar la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia económica.

En efecto, según el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, **los indicios**, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Particularmente, esta Superintendencia en otras ocasiones ha reconocido que los indicios son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas. Al respecto ha sostenido que:

"[L]os indicios no solo son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas y otros hechos en el derecho colombiano, sino que además son el medio probatorio más idóneo en el derecho de la competencia. Las prácticas restrictivas de la competencia, como la presente, pueden ser probadas y de hecho son probadas por medio de indicios que lleven al absoluto convencimiento de que la conducta existió."²⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Por su parte, el Consejo de Estado, máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativa, se ha pronunciado específicamente sobre los indicios para demostrar específicamente la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Sobre el particular ha considerado que:

"[L]a autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia.

(...)

Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia. Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc. (...)" (Subraya y negrilla fuera de texto).

Como puede observarse, desde el punto de vista legal y jurisprudencial, es indiscutible que los indicios representan un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia económica. En tal medida, los argumentos de algunos recurrentes tendientes a cuestionar la valoración de los indicios, en particular **C&Z, JOHAN CHAVÉS REDONDO, ERJAR y JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, no solo resulta improcedente, sino que es un esfuerzo infructuoso por tratar de restar la eficacia demostrativa de las pruebas que obran en el Expediente y, por esa vía, desconocer su responsabilidad.

Adicionalmente, es importante recordar que el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, en relación con la apreciación de las pruebas, lejos de establecer un sistema de tarifa legal o prueba tasada, en que la ley establece específicamente el valor de las pruebas, dando mayor

²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

eficacia a unas sobre otras (e.g. indicios), contempló un sistema de sana crítica o persuasión racional, en el cual el operador jurídico debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

Así las cosas, si bien es cierto que existe la posibilidad de que la interpretación de un hecho pueda abrirse a varias hipótesis o interpretaciones, es necesaria e imprescindible la comparación recíproca de los distintos medios de prueba, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse. Entonces, en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, deben existir dudas, debidamente acreditadas con medios de prueba, que tengan entidad y suficiencia como para crear una verdadera incertidumbre y no meras especulaciones o simples suposiciones que confrontadas con otras pruebas no afloren ningún grado de persuasión del trazado fáctico que interesa a la actuación administrativa²⁸.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el Despacho reitera que en el presente caso encontró elementos probatorios que, valorados en su conjunto e integridad, demostraron la existencia de un acuerdo anticompetitivo realizado por los investigados en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades públicas en los que participaron. Acuerdo que fue ejecutado desde 2015 hasta al menos 2017 y cuya finalidad era la coordinación entre competidores para participar en procesos de selección contractual adelantados por diferentes entidades del Estado.

Así las cosas, el Despacho recuerda a los recurrentes que la existencia del acuerdo anticompetitivo reprochado fue demostrada en primer lugar mediante el correo electrónico del 5 de abril de 2016 con asunto "*RE: INQUIETUDES*"²⁹, remitido por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) en el que da respuesta a una serie de preguntas formuladas por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERUCCIO** (representante legal de **SIINCO**), respuesta que es reenviada a **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** (vinculado con **SIINCO**, **A&E** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**) el 4/6/2016. En esta comunicación, el Despacho encontró una clara distribución de roles entre representantes legales y personas vinculadas a empresas que se suponía debían actuar como competidoras en el mercado, dentro de un esquema de coordinación para la participación en procesos de selección contractual, distribuyéndose actividades tales como el envío de manifestaciones de interés, el montaje y envío de ofertas, la subsanación de requisitos habilitantes, así como el seguimiento a los procesos de selección contractual.

De otra parte, también fueron encontrados en la presente actuación elementos probatorios que demostraron la existencia de las actividades que conformaron la dinámica anticompetitiva reprochada en la Resolución Sancionatoria y cómo en dichas actividades tenían participación los investigados.

Así, por ejemplo, en la actividad relacionada con la *coordinación en las manifestaciones de interés* en distintos procesos de selección contractual, se encontraron comunicaciones entre los investigados como el correo electrónico del 29 de julio de 2016³⁰, remitido por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) a **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) y a **JOHAN CHÁVES REDONDO** (representante legal de **C&Z**), dando una instrucción de presentar manifestaciones de interés por **A&E**, **SIINCO**, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** (1,2 y 3 en el sistema numérico diseñado por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ**) y **C&Z** (a quien le correspondía el número 6) en el proceso de selección contractual No. SAMC 05-2016 adelantado por la **CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA ("CAR")**,

²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución 7615 del 26 de febrero de 2020.

²⁹ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta: :\\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "*RV: INQUIETUDES*".

³⁰ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta: :\\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado: "*RE: manifestar SAMC 05-2016 CAR*".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

encontrando el Despacho en la información correspondiente a dicho proceso obrante en el SECOP que las cuatro compañías efectivamente presentaron manifestación de interés según lo instruido³¹.

Otro ejemplo es el elemento probatorio encontrado en la cadena de correos del 23 de junio de 2016³² que inicia con un mensaje de **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) remitiendo a **ERJAR**, con copia a **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal del **A&E**), un documento de manifestación que debía ser presentado en el proceso No. PN MEVIL SA MC 024 2016, adelantado por la DIRECCIÓN GENERAL DE LA POLICÍA NACIONAL, comunicación que es respondida por una empleada de **ERJAR** indicando que la carta de manifestación de interés contenía un error, el cual fue corregido por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERUCCIO**. Uno de los aspectos particulares de este correo fue la aclaración hecha por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) en el sentido que el texto de manifestación de interés elaborado por ella y enviado como archivo adjunto, debía pasarse a una hoja que tuviera el membrete de **ERJAR** y ser firmada por su representante legal **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**. El Despacho igualmente encontró en la información correspondiente al citado proceso en el SECOP, que el consorcio integrado por **A&E**, **SIINCO** y **EMERSON ESCAMILLA MUERTE**, así como **ERJAR** presentaron manifestación de interés de manera independiente³³.

Los anteriores ejemplos demuestran como el Despacho efectuó en la Resolución Sancionatoria el análisis integral y en conjunto del material probatorio obrante en el Expediente, partiendo en primer lugar de elementos tales como comunicaciones en las que se encuentran instrucciones claras en el sentido de elaborar y presentar manifestaciones de interés u ofertas en determinados procesos de selección contractual por varios competidores que hicieron parte del acuerdo reprochado, instrucciones que normalmente eran impartidas por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ** (representante legal de **A&E**), o correos electrónicos en los que se remitía el documento elaborado de la manifestación de interés u oferta, normalmente remitidos por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) a los representantes legales o funcionarios de sus competidores para que fueran presentados en los procesos de selección y, en segundo lugar, procediendo con el análisis de la información obrante en el SECOP de los procesos contractuales a los que hacían referencia dichas comunicaciones y en la que se verificaba la participación de las compañías investigadas (a través de manifestación de interés y/o presentación de oferta) de acuerdo con lo instruido.

De esta manera, el Despacho no encuentra de recibo las afirmaciones hechas por los recurrentes, particularmente por parte de **ERJAR** y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** en su recurso de reposición, al señalar que en el presente caso no fue construido un análisis probatorio que permitiera acreditar la participación voluntaria y consciente de los investigados en el acuerdo anticompetitivo reprochado.

Ahora bien, este análisis probatorio también fue incluido de manera detallada en los acápites de la Resolución Sancionatoria en los que se determinó la responsabilidad de los investigados³⁴ en cuanto a cada uno de los procesos de selección contractual a los que concurren en desarrollo y ejecución del acuerdo anticompetitivo reprochado. Como puede observarse, en los cuadros en los que se identifican los procesos contractuales en los que cada investigado fue encontrado responsable, en la casilla correspondiente al "Elemento Probatorio", se indica al detalle el correo o comunicación que contiene la instrucción de presentar manifestación de interés u oferta por varios competidores, o el correo remitido de estos documentos, y la referencia a la información obrante en el SECOP en la que se verifica la participación de los infractores a los que se refiere la

³¹ SECOP. "Proceso de selección No. SAMC 05-2016". Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-11-5326278>.

³² Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta:\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "RE: manifestar DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL (PONAL), Seleccion Abreviada de Menor Cuantia (Ley 1150 de 2007) PN MEVIL SA MC 024 2016 [2302277-096178]".

³³ SECOP I <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-11-5211166>.

³⁴ Numeral 9.1 de la Resolución Sancionatoria.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

comunicación, bien sea a través de una manifestación de interés o presentación de oferta. A continuación, el Despacho expone un ejemplo:

Imagen No.2. Ejemplo cuadro responsabilidad por proceso de selección.

No.	ENTIDAD CONTRATANTE	PROCESO	ELEMENTO PROBATORIO
10	FUERZA AÉREA COLOMBIANA	056-00-L-CATAM-GRUAL-2016	Folio 2623 del cuaderno público No. 15. Ruta :2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\TABLA 3. Documento denominado "RV: manifestar FUERZA AEREA COLOMBIANA, Selección Abreviada de Menor Cuantía (Ley 1150 de 2007) Numero 056-00-LCATAM-GRUAL-2016 2285366-898421". De conformidad con la información obrante en el SECOP presentaron manifestación de interés de manera independiente A&E, SIINCO, EMERSON ESCAMILLA MURTE y ERJAR ³⁵ .

Fuente: Resolución Sancionatoria - Tabla No. 4: Procesos en los que se encontró participación de SIINCO en el marco de la conducta restrictiva de la libre competencia económica

De acuerdo con lo anterior, tampoco resultan de recibo las afirmaciones hechas por los recurrentes, en especial **SIINCO**, **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** y **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, así como **C&Z** y **JOHAN CHÁVES REDONDO**, según las cuales en la Resolución Sancionatoria no se efectuó un análisis probatorio por cada uno de los procesos en los que la mencionadas empresas fueron encontradas responsables.

En consecuencia de lo anteriormente expuesto, las conclusiones a las que ha llegado este Despacho, en particular aquellas relacionadas con la existencia de un acuerdo contrario a la libre competencia, provienen de un análisis integral y en conjunto del material probatorio obrante en el Expediente, análisis que también demostró las actividades que conformaron la dinámica a través de la cual el acuerdo anticompetitivo fue ejecutado y cómo en ella participaron los investigados.

Así las cosas, este Despacho no acogerá los argumentos presentados por los recurrentes sobre este punto.

3.2.4. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la ausencia de efectos anticompetitivos de la conducta reprochada

Las observaciones de los recurrentes dirigidas a afirmar la ausencia de efectos anticompetitivos de la conducta anticompetitiva sancionada pueden resumirse en los siguientes puntos:

i) La falta de idoneidad de la conducta para afectar la libre competencia, por no encontrarse demostrado en la actuación que esta haya sido su finalidad, lo que deviene en que la atipicidad de la misma al no cumplirse uno de los requisitos para configurar la "conducta por objeto". Sobre este punto varios de los recurrentes insistieron en señalar que las manifestaciones de interés no los convertían en proponentes dentro de los procesos de selección, razón por la cual no puede hablarse aún de la existencia de una competencia que pudiera resultar afectada.

Sobre este punto, algunos recurrentes argumentaron que el régimen de protección de la libre competencia no puede ser evaluado desde un supuesto de reproche enteramente objetivo, ya que los regímenes de responsabilidad objetiva son de carácter excepcional en el derecho sancionador.

ii) La generación de efectos pro-competitivos que buscaba la conducta sancionada, por cuanto el esquema de colaboración en el que participaron los sancionados tenía como fin crear sinergias que hicieran posible que pequeñas empresas con poca capacidad financiera, operativa y de experiencia, pudieran concurrir a procesos contractuales del Estado, bien fuera de forma individual o a través de formas asociativas, lo cual también generaba un beneficio a las entidades públicas al recibir más competidores en sus procesos de selección.

³⁵ SECOP | <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-11-5071985>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En línea con lo anterior los recurrentes afirmaron que, al no ser clara la existencia de "ilícitos objetivos" en el régimen de protección de la libre competencia, los efectos positivos o pro-competitivos de la conducta deben ser valorados y tenidos en cuenta para efectos de archivar la investigación o al menos como un criterio de atenuación.

El Despacho considera en primer lugar que las afirmaciones de los recurrentes dirigidas a afirmar que en el presente caso no fue demostrada la idoneidad de la conducta reprochada para afectar la libre competencia, carecen de sustento toda vez que, tal y como fue señalado en la Resolución Sancionatoria, los elementos probatorios obrantes en el Expediente demostraron la existencia de un acuerdo anticompetitivo desarrollado por los investigados y cuya finalidad era la participación coordinada entre competidores en distintos procesos de selección contractual adelantados por diferentes entidades del Estado, en desconocimiento de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública).

Este acuerdo, de conformidad con lo demostrado en la presente actuación, fue realizado de forma coordinada a través de las siguientes actividades: (i) análisis colaborativo de los pliegos de condiciones y la determinación de las empresas que presentarían una manifestación de interés de forma conjunta; (ii) coordinación en la presentación de ofertas; (iii) coordinación en la obtención de pólizas de seriedad para las ofertas de los competidores; y (iv) subsanación coordinada de requisitos habilitantes de los competidores.

Estas prácticas evidenciaron una conducta restrictiva de la competencia, que tuvo el potencial de afectar alrededor de 70 procesos de selección contractual, que involucraron al menos 37 entidades estatales, en la medida en que dicha coordinación: (i) vulneró el principio de selección objetiva, por cuanto no se mantuvo la independencia correspondiente entre los competidores; (ii) desdibujó artificialmente la igualdad de oportunidades, en tanto los investigados participaron de manera coordinada en los procesos de selección contractual; y (iii) vulneró el principio de transparencia, comoquiera que los competidores que se presentaron como independientes en realidad no lo eran.

De acuerdo con lo anterior, no resultan de recibo por parte del Despacho los argumentos referidos a la falta de idoneidad de la conducta reprochada para afectar la libre competencia, por cuanto esta se encuentra plenamente demostrada.

De igual forma, tampoco resulta de aceptación la afirmación de los recurrentes al señalar que las manifestaciones de interés no los convertían en proponentes dentro de los procesos de selección y que, por tanto, no hubo afectación a la libre competencia. Sobre este punto, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que la conducta contraria a la libre competencia definida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) no se encuentra limitada a un sujeto activo denominado "proponente".

El Despacho recuerda a los recurrentes que la lectura de la citada norma no puede leerse de manera aislada al resto de la normatividad que conforma el régimen de protección de la competencia. Así, se puede apreciar cómo de conformidad con el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, un acuerdo implica la existencia de unos hechos que permiten colegir un comportamiento consecuente de agrupación de objetivos y finalidades —concertación de voluntades— que se identifican entre sí, es decir, una actuación conjunta y mancomunada, en la cual a partir de una interpretación armónica con lo dispuesto en el artículo 46 *Ibidem*, adicionado por el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, puede intervenir "(...) *todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica*".

En consecuencia, no puede desconocerse que en varios de los procesos objeto de reproche en la presente actuación y frente a los cuales los recurrentes señalan que no presentaron propuesta, la manifestación de interés era un requisito para la presentación de la oferta so pena de rechazo. Incluso, que en varios de los procesos, la manifestación de interés era requisito para participar en el sorteo para determinar quiénes podrían presentar su oferta o propuesta. Tampoco puede desconocerse que en ocasiones presentaron propuestas aparentemente individuales simulando ser competidores.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De hecho, contrario a los argumentos frente a que la manifestación de interés no hace parte del proceso de selección contractual, basta con señalar que la apertura del proceso ocurre con el acto administrativo que lo inicia y por el cual se procede a la publicación del pliego definitivo de condiciones. De modo que, tan es parte del proceso la manifestación de interés que, a modo ilustrativo de la mayoría de los procesos objeto de la presente actuación, en los procesos de selección abreviada de menor cuantía el Artículo 2.2.1.2.1.2.20. "*Procedimiento para la selección abreviada de menor cuantía*" del Decreto 1082 de 2015 señala de manera expresa que con posterioridad a la fecha de apertura los interesados deben manifestar su intención de participar:

"Además de las normas generales establecidas en el presente título, las siguientes reglas son aplicables a la selección abreviada de menor cuantía:

1. En un término no mayor a tres (3) días hábiles contados a partir de la fecha de apertura del Proceso de Contratación los interesados deben manifestar su intención de participar, a través del mecanismo establecido para el efecto en los pliegos de condiciones". (Subraya fuera del texto original)

De este modo, resulta claro que la conducta de los investigados sea como "*interesados*", "*potenciales proponentes*" o incluso "*proponentes*", al ser vista desde la óptica del régimen de protección de la competencia evidencia que estos pueden afectar el desarrollo del proceso de selección, resultando evidente que la conducta por ellos desplegada, es decir la coordinación entre competidores para participar en procesos de selección, tuvo la potencialidad, capacidad, idoneidad, aptitud y suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre concurrencia en el mercado al desplegar un acuerdo anticompetitivo, desde 2015 hasta 2017, en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades públicas en los que participaron.

En segundo lugar, en cuanto a las observaciones de los recurrentes tendientes a afirmar que el esquema anticompetitivo reprochado tuvo como finalidad la generación de efectos positivos o pro-competitivos, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que al ser las colusiones en procesos de contratación estatal reprochables "**por objeto**", ello quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad.

En otros términos, la idoneidad de la afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en los procesos de contratación pública está dada por ley, por lo cual no le es exigible a la Autoridad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

De esta manera, al estar demostrada en el presente caso una conducta anticompetitiva violatoria del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación del Estado) en la modalidad "**por objeto**", por cuanto los investigados desarrollaron un acuerdo que tuvo por finalidad coordinar su participación en distintos procesos de selección contractual del Estado, resulta innecesario entrar a valorar o verificar los supuestos efectos positivos a los aluden los recurrentes.

Adicionalmente, el Despacho reitera que las buenas o malas intenciones de los agentes de mercado investigados no tienen relevancia al momento de establecer responsabilidad administrativa en las investigaciones administrativas por prácticas restrictivas de la competencia, lo cual se encuentra en línea con lo reconocido por el Consejo de Estado en sentencia del 28 de enero de 2010, al manifestarse sobre el carácter de las conductas "por objeto" establecidas en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 :

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

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

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

(...)

*Lo dicho además **descarta de plano la teoría del actor según la cual el tipo de responsabilidad en el que la demandada sustentó la imposición de la multa es objetiva, como quiera que se aprecia un claro componente subjetivo en el tenor literal del numeral 1º del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al señalar que son prácticas comerciales restrictivas, aquellas que tengan por «objeto o efecto, la fijación directa o indirecta de precios».*** (Subraya y negrilla fuera de texto)³⁶.

De acuerdo con lo anterior se concluye, y en respuesta a lo manifestado por los recurrentes, que en Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos en la medida en que para su configuración no interesa la intención que tuvieron los infractores al cometer la conducta, al menos en los casos de acuerdos entre competidores previstos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 como lo es el acuerdo objeto de la presente actuación.

En consonancia con lo expuesto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha insistido en varias de sus decisiones que no es necesaria la determinación del factor subjetivo para atribuir la responsabilidad de una práctica comercial restrictiva de la competencia, por cuanto basta únicamente con que se acredite el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida³⁷. Así, ha considerado que *"no se requiere la intencionalidad en la conducta desplegada por los agentes económicos; basta simplemente demostrar la potencialidad de causar daño –objeto-, independientemente del aspecto volitivo, de carácter doloso o culposo que hubiese podido tener el sujeto. Así bien, en la presente actuación administrativa no se ha señalado que la actuación de los investigados hubiese sido dolosa; no obstante, tal circunstancia no exime de responsabilidad frente al incumplimiento de las normas que comprenden el régimen de protección de la libre competencia económica (...)"*³⁸.

El anterior entendimiento resulta corroborado por lo señalado por el Consejo de Estado al considerar que:

*"Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y, la eficacia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y **no puede quedar condicionado a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden***

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

³⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28350 de 2004, Resolución No. 37033 de 2011, Resolución No. 46111 de 2011 y Resolución No. 70736 de 2011.

³⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas" (Subraya y negrilla fuera de texto).

Así mismo, el Consejo de Estado ha manifestado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos, como el penal, en ocasiones admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad:

*"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que **en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes** (...)"³⁹*
(Subraya y negrilla fuera de texto).

El Despacho encuentra pertinente señalar que esta posición se encuentra alineada con la jurisprudencia y doctrina internacional sobre la materia, en especial la desarrollada por los tribunales europeos. Se encuentra, por ejemplo, lo señalado por la Comisión de Competencia de España (ahora Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia) al indicar:

"(...) se dice que un acuerdo tiene el objeto de restringir la competencia cuando, por su propia naturaleza y las circunstancias en que se adopta, objetivamente es capaz de producir un efecto restrictivo de la competencia. El carácter objetivo de un acuerdo restrictivo, por tanto, es independiente de las motivaciones subjetivas de las partes en el momento de adoptarlo"⁴⁰.

En similar sentido, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea señaló:

"[a]un cuando se demuestre que las partes de un acuerdo actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, sino con el propósito de remediar los efectos de una crisis sectorial, tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición. En efecto, puede considerarse que un acuerdo tiene carácter restrictivo aun cuando no tenga como único objetivo restringir la competencia, sino que persiga también otros objetivos legítimos. (...) A este respecto, aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo actuaron sin intención subjetiva alguna de restringir la competencia, sino con el propósito de remediar los efectos de una crisis sectorial, tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición"⁴¹.

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, el Despacho reitera que en el presente caso fueron encontrados elementos probatorios que demostraron la existencia de un acuerdo anticompetitivo realizado por los investigados en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades del Estado, en desconocimiento de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y cuya finalidad era la de presentarse de manera coordinada en distintos procesos de selección contractual adelantados por varias entidades del Estado.

En consecuencia, los argumentos de los recurrentes relacionados con una supuesta ausencia de efectos anticompetitivos, así como la existencia finalidades encaminadas a producir efectos positivos o pro-competitivos de la conducta reprochada no resultan de recibo por parte del Despacho.

³⁹ Consejo de Estado. Sentencia del 25 de marzo de 2004. Rad. 13495.

⁴⁰ Comisión Nacional de la Competencia y Fundación CEDDET (2009). Introducción a la Defensa de la Competencia. Edición 2.

⁴¹ Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Asunto C-209/07, Competition Authority vs Beef Industry Development Society and Barry Brothers, [2008] ECR I-8637. Para. 17.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

3.2.5. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la falta de consciencia de los investigados sobre su participación en el acuerdo reprochado

Frente a las observaciones hechas por los recurrentes en el sentido de que no existen pruebas en el presente caso de que ellos hubiesen acordado conscientemente en participar en un acuerdo restrictivo de la competencia, el Despacho encuentra pertinente en primer lugar reiterar que en la presente actuación fueron encontrados elementos probatorios que, valorados en su conjunto, demostraron la existencia de un acuerdo anticompetitivo realizado por los investigados en relación con varios procesos de selección contractual adelantados por distintas entidades públicas en los que participaron, acuerdo cuya finalidad era la participación coordinada entre competidores en procesos de selección contractual adelantados por diferentes entidades del Estado.

De otra parte, se reitera, también fueron encontrados en la presente actuación elementos probatorios que demostraron la participación de los investigados, en distintos grados, respecto de las actividades que conformaron la dinámica anticompetitiva reprochada en la Resolución Sancionatoria: (i) análisis colaborativo de los pliegos de condiciones y la determinación de las empresas que presentarían una manifestación de interés de forma conjunta; (ii) coordinación en la presentación de ofertas; (iii) coordinación en la obtención de pólizas de seriedad para las ofertas de los competidores; y (iv) subsanación coordinada de requisitos habilitantes de los competidores.

Así, por ejemplo, en cuanto a la participación en el acuerdo reprochado por parte de **SIINCO** y de su representante legal **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO**, se encuentra en primer lugar demostrada en el ya citado correo electrónico del 5 de abril de 2016 con asunto "*RE: INQUIETUDES*"⁴², el cual demuestra la existencia misma del acuerdo y que contiene una clara distribución de roles entre representantes legales y personas vinculadas a empresas que se suponía debían actuar como competidoras en el mercado, dentro del esquema diseñado para la participación coordinada en procesos de selección contractual, correspondiendo a **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** las actividades de: a) envío de manifestaciones de interés; b) envío de las subsanaciones; y c) el montaje de las ofertas y respondiendo a las instrucciones impartidas por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**).

Las pruebas obrantes en el Expediente también demostraron que las actividades asignadas eran efectivamente ejecutadas por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** quien, siguiendo las instrucciones de **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA**, remitía los documentos de manifestaciones de interés u ofertas a representantes legales o funcionarios de empresas competidoras que hacían parte de la dinámica anticompetitiva. Así, por ejemplo, se encuentra la citada cadena de correos del 23 de junio de 2016⁴³, la cual demuestra el envío de una manifestación de interés por parte de la investigada a una funcionaria de **ERJAR**, para ser presentada en un proceso de selección en el que **SIINCO**, **A&E** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** también presentaron manifestación a través de una figura asociativa⁴⁴.

De acuerdo con lo anterior, y contrario a lo manifestado por **SIINCO** y **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** en su recurso de reposición, las actuaciones de la investigada, así como de la empresa de la cual es representante legal, iban más allá de un simple apoyo secretarial y administrativo, puesto que se encuentra demostrado que ejercía actividades determinantes dentro del esquema anticompetitivo de coordinación sancionado en cumplimiento de las instrucciones impartidas por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) y manteniendo un constante contacto con otros competidores en cuanto al montaje y envío de documentos de manifestaciones de interés u ofertas, así como de subsanación de requisitos, en diferentes procesos de selección contractual del Estado.

⁴² Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta: :\\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "*RV: INQUIETUDES*".

⁴³ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta: \\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "*RE: manifestar DIRECCION GENERAL DE LA POLICIA NACIONAL (PONAL), Seleccion Abreviada de Menor Cuantia (Ley 1150 de 2007) PN MEVIL SA MC 024 2016 [2302277-096178]*".

⁴⁴ SECOP I <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-11-521166>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, en lo referente a la participación de otras de las compañías infractoras en el acuerdo anticompetitivo reprochado, el Despacho reitera que dicha participación se encuentra demostrada a través de elementos probatorios que, en primer lugar, responden a comunicaciones en las que se encontraron instrucciones claras en el sentido de elaborar y presentar manifestaciones de interés u ofertas en determinados procesos de selección contractual por varios competidores que hicieron parte del acuerdo reprochado, instrucciones que normalmente eran impartidas por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ** (representante legal de **A&E**), o correos electrónicos en los que se remitía el documento elaborado de la manifestación de interés u oferta, normalmente remitidos por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) a los representantes legales o funcionarios de sus competidores para que fueran presentados en los procesos de selección y, en segundo lugar, procediendo con el análisis de la información obrante en el SECOP de los procesos contractuales a los que hacían referencia dichas comunicaciones y en la que se verificaba la participación de las compañías investigadas (a través de manifestación de interés y/o presentación de oferta) de acuerdo con lo instruido.

Así, para el caso de **ERJAR** y de su representante legal **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** fueron encontradas varias comunicaciones de envío de manifestaciones de interés u ofertas, así como instrucciones de "presentar por ERJAR", tales como la citada cadena de correos 23 de junio de 2016, la cual demuestra el envío de una manifestación de interés por parte de **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** a una funcionaria de **ERJAR**, para ser presentada en un proceso de selección en el que, de acuerdo con la información obrante en el SECOP, **SIINCO**, **A&E** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** también presentaron manifestación a través de una figura asociativa. Este análisis probatorio es verificado por el Despacho en la Resolución Sancionatoria respecto de los nueve (9) procesos por los cuales **ERJAR** resultó sancionada, por lo que el Despacho no encuentra de recibo las afirmaciones según las cuales no hubo un análisis probatorio detallado por cada proceso de selección contractual imputado.

De la misma forma, el Despacho tampoco encuentra de recibo las observaciones de **ERJAR** y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** en sus recursos de reposición al afirmar que no tenían conocimiento o consciencia de haber participado en un acuerdo contrario a la libre competencia, ya que al recibir el apoyo secretarial y administrativo por parte de **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) en el montaje de las manifestaciones de interés u ofertas no sabían que otros competidores fueran a presentarse en los procesos de selección a los que la compañía concurría. El Despacho, aplicando las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, no encuentra sustento de dicha afirmación por cuanto al consultar la información pública obrante en el SECOP de los nueve (9) procesos de selección contractual por los que **ERJAR** fue sancionado, adelantados todos en el año 2016 y sin contar aquellos frente a los cuales operó la caducidad de la facultad sancionatoria, puede verificarse claramente la participación (a través de manifestaciones de interés) de otros competidores que hicieron parte de la dinámica anticompetitiva reprochada, incluyendo a **SIINCO** cuya representante legal le "colaboraba" en las actividades de montaje de los documentos de manifestación.

El mismo análisis resulta aplicable respecto de **C&Z** y su representante legal, cuya participación en el acuerdo sancionado se encuentra demostrada mediante elementos probatorios tales como el correo electrónico del 29 de julio de 2016⁴⁵, remitido por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) a **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** (representante legal de **SIINCO**) y a **JOHAN CHAVES REDONDO** (representante legal de **C&Z**), dando una instrucción de presentar manifestaciones de interés por **A&E**, **SIINCO**, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** (1, 2 y 3 en el sistema numérico diseñado por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ**) y **C&Z** (a quien le correspondía el número 6) en el proceso de selección contractual No. SAMC 05-2016 adelantado por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA ("CAR"), encontrando el Despacho en la información correspondiente a dicho proceso obrante en el SECOP que las cuatro

⁴⁵ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta: :\\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado: "RE: manifestar SAMC 05-2016 CAR".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

compañías efectivamente presentaron manifestación de interés según lo instruido⁴⁶. Este mismo análisis es verificado en los otros cuatro (4) procesos en los que **C&Z** resultó sancionada y en los que existe una comunicación con una instrucción de presentar manifestaciones por varios competidores (incluido **C&Z**), quienes efectivamente participan según puede comprobarse en la información obrante en el SECOP. De esta manera, al ser incluso el representante legal de **C&Z** destinatario de una instrucción impartida por un competidor en el sentido de presentar manifestación de interés y efectivamente presentarla, no puede afirmarse una falta de conocimiento del acuerdo, por lo que dicha afirmación no resulta de recibo por parte del Despacho.

Ahora bien, respecto de las observaciones de **ARIETE** y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA** en su recurso de reposición según las cuales no tuvieron contacto alguno con varias de las empresas sancionadas, ni tampoco conocimiento de la participación de estas en los procesos a los que concurría la compañía, el Despacho encuentra que tales afirmaciones no resultan de recibo por cuanto en el Expediente se encuentran igualmente elementos probatorios que refutan tal afirmación y que demuestran que **ARIETE** tenía conocimiento del acuerdo anticompetitivo reprochado y de las empresas aliadas que lo conformaron. Así, por ejemplo, se encuentra el correo electrónico del 4 de agosto de 2017 con asunto "**CUADRO PROCESOS AYE**"⁴⁷, enviado por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) a **ARIETE** (contratacionariete@gmail.com) y en el que fue compartido el documento Excel titulado "**SEGUIMIENTO A EJECUCION DCO FT 04 2017 17 de julio.xlsx**"⁴⁸, el cual contenía un listado de procesos en los que las empresas investigadas se presentaron en 2016 y 2017, además de las observaciones hechas por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** de acuerdo con el estado de cada proceso.

Finalmente, en relación con las observaciones hechas por **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en su recurso de reposición en el sentido de afirmar que en el presente caso no existe prueba de su participación en el acuerdo anticompetitivo sancionado, el Despacho encuentra pertinente recordar que en la presente actuación fueron encontrados distintos elementos probatorios que, valorados íntegramente y en su conjunto, dan cuenta de su responsabilidad, como se expone a continuación: En primer lugar se encuentra lo manifestado por **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) en su declaración, al referirse al sistema de numeración por él ideado para facilitar la ejecución de la dinámica anticompetitiva, indicando el número que le correspondía a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en dicho sistema:

"LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA: Vamos a participar por 1, 2 y 3 sino vamos a participar 1, 2 y 3 ese se refiere a 1, digamos que es un orden, que yo le doy un orden a las empresas con que yo creo que me puedo consorciar o con las que creo que me puedo unión temporal. Entonces, para este caso yo a SIINCO le había puesto el número 2, y a EMERSON ESCAMILLA le puse el número 3, ¿por qué? Porque yo buscaba era simplificar, yo no quería ponerme vamos a participar por ALCALÁ Y ESPINOSA, por SERVICIOS INTEGRALES INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN, por EMERSON ESCAMILLA MURTE, no, yo quería era como resumir la cosa y que fuera más rápido.

(...)

LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA: (...) sí, señora, yo le había puesto, y es más en su investigación y su pliego de cargos lo determinan: ALCALÁ Y ESPINOSA le tengo el número 1, a SIINCO el número 2, a EMERSON ESCAMILLA le puse el número 3, a ERJAR le puse el número 4, a ARKING el número 5 y a C&Z el número 6."⁴⁹

⁴⁶ SECOP. "Proceso de selección No. SAMC 05-2016". Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-11-5326278>.

⁴⁷ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta: :\\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "**CUADRO PROCESOS AYE**".

⁴⁸ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta: :\\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "**SEGUIMIENTO A EJECUCION DCO FT 04 2017 17 de julio.xlsx**".

⁴⁹ Folio 4804 del Cuaderno Público 25 del Expediente. Declaración de **LUIGI FABIAN ALCALÁ ESPINOSA**. Minuto: 18:21.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Igualmente, **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA**, manifestó lo siguiente respecto de la participación de **EMERSON ESCAMILLA MURTE**:

"DELEGATURA: Antes de este correo electrónico, entiendo que por parte de **ALCALÁ & ESPINOSA** usted había tomado la decisión, por parte de **SIINCO**, pues **JOHANNA** tomaba su decisión de manifestar, ¿por parte de **EMERSON ESCAMILLA** se habló con anterioridad con él respecto a este proceso o por qué también por 1, 2 y 3 incluyendo a **EMERSON**?

LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA: Claro, si lo determinamos así es porque **EMERSON** obviamente se está enterando del asunto. Algo muy claro es que, primero, yo no doy órdenes. Segundo, a las personas o a las empresas con que yo hablo no lo reciben como si fueran órdenes mías, son sugerencias. Y tercero, es potestad de cada uno decir sí o no, durante este recorrido vamos a enterarnos de ese tipo de situaciones"⁵⁰

En complemento de lo anterior, se encontraron los correos electrónicos que contienen instrucciones claras por parte de **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) en el sentido de presentar manifestaciones de interés por las empresas "aliadas", incluyendo a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** con el número a él asignado en el sistema de seguimiento. De esta manera, por ejemplo, se encuentra el correo del 5 de octubre de 2015 relacionado con el proceso de selección No. RT CCST 119 2015 adelantado por el SENA, en el que **LUIGI FABIÁN ALCALÁ** solicita manifestar interés "por los 3" refiriéndose a **A&E**, **SIINCO** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**.

También se encontró el correo del 29 de julio de 2016 referido al proceso de selección No. SAMC 05-2016, adelantado por la CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA (CAR), en el que **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** dio la instrucción a **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** de manifestar por "1/2/3" refiriéndose a **A&E**, **SIINCO** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**.

Adicionalmente, se encontró lo manifestado por **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, quien en varios de los correos citados aparece copiado con una dirección de correo de dominio de **A&E** (cramirez@alcalayespinosa.com), en declaración rendida en la presente actuación administrativa, al referirse a su relación con **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en lo que respecta a las manifestaciones de interés los procesos de selección contractual:

"DELEGATURA: Parte de la imputación formulada a usted, es una serie de correos electrónicos en la cual, lo que parece ser, el Señor Luigi Alcalá le solicita a usted directamente presentar manifestación por unas empresas (...) uno es "manifestar SAMC -055 FAC (...)" dice: "Mario, manifestar por 1, 2 y 3". ¿Por qué le pidió manifestar por 1, 2 y 3?

CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ: Doctora, yo como lo dije anteriormente, digamos que me mandaba el link, yo leía sí volvía y le reiteraba, yo hablaba con Emerson y le manifestaba si él estaba interesado. Le puedo dar información acerca de la Fuerza Aérea Colombiana, estos procesos era donde se presentaban alrededor de 250 personas; eh, manifestar no significa presentar oferta y con ese número de manifestantes a participar, las variables eran escasas de quedar. Creo que, no sé, no recuerdo si hice la manifestación, si lo alcancé a hablar con Emerson; Emerson decidía si yo podía ir, porque creo que esas manifestaciones tocaba ir a la audiencia se acercaban alrededor de 200 personas porque era el sorteo, la balota era personal. La mayoría cuando fui, fui a entregar por EMERSON y, en algún caso, creo, cuando participó en la unión temporal, también fui a hacer la vuelta. Por eso decía que los chicharrones, lo más desgastante, siempre me lo colocaban a mi. En realidad, digamos que como que hacía parte pero ese fue el tema. Pero digamos que el que me lo hubieran enviado, que me hubieran notificado, no significa que yo hiciera la manifestación. De una u otra forma yo necesitaba el aprobado y la firma y la carta del ingeniero Emerson".

⁵⁰ Ibídem. Minuto: 24:50.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

El aparte de la declaración citada, en conjunto con los correos electrónicos arriba mencionados, demuestran que **EMERSON ESCAMILLA MURTE** recibía la colaboración de **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, este último siguiendo las instrucciones de **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) y actuando dentro de la organización de **A&E**, en cuanto a la presentación de manifestaciones de interés en procesos en los que **A&E** y **SIINCO** también concurrían de forma independiente.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, el Despacho no encuentra de recibo las afirmaciones hechas por los recurrentes sobre una supuesta falta de consciencia o conocimiento sobre su participación en la dinámica anticompetitiva sancionada en la presente investigación administrativa.

3.2.6. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la con la falta de significatividad de la conducta

Frente a las observaciones hechas por los recurrentes relacionadas con la falta de significatividad de la conducta sancionada, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en el sentido que el régimen legal de protección de la libre competencia, concretamente el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, ordena que las investigaciones administrativas por la violación de las normas de competencia deben adelantarse respecto de hechos que sean significativos para alcanzar, en particular, los siguientes objetivos: (i) la libre participación de las empresas en el mercado; (ii) el bienestar de los consumidores; y (iii) la eficiencia económica.

En este orden de ideas, se reitera, el criterio de significatividad está encaminado a que la Entidad concentre los esfuerzos y recursos (humanos, técnicos y financieros) en aquellos casos significativos para alcanzar los objetivos del régimen de protección de la competencia. Contrario sensu, y por regla general, aquellas conductas que restrinjan la competencia, pero no de forma significativa, quedarían por fuera de la órbita de las actuaciones administrativas de esta Superintendencia. En otras palabras, el juicio de significatividad debe entenderse como un requisito de procedibilidad de la acción administrativa en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, el cual deberá superarse al momento de decidir si se inicia o no una investigación administrativa.

Ahora bien, aun cuando la legislación colombiana no define explícitamente qué reglas deben seguirse para decidir si una conducta es significativa o no, o establece umbrales de cuotas de mercado, ni criterios cualitativos, ni de otro tipo para la aplicación de las normas de competencia, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar, atendiendo las circunstancias particulares de tiempo, modo y lugar de cada caso concreto, si los hechos son de tal entidad que ameriten iniciar una actuación administrativa, valorando la gravedad de las distorsiones de la competencia o del bienestar de los consumidores, la eficiencia del mercado en que se hayan denunciado o el mensaje de política pública que quiera enviarse.

De acuerdo con lo anterior, este Despacho reitera que de la lectura de la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura para la Protección de la Competencia realizó el análisis correspondiente y esgrimió los argumentos por los cuales consideró que la conducta debía ser investigada, superando a su juicio el criterio de significatividad en los términos anteriormente explicados. Por esta razón, no se encuentra mérito en los argumentos de los recurrentes respecto a no haberse demostrado la significatividad de la conducta sancionada, pues dicho requisito fue surtido, como lo exige la ley, al momento de iniciar la investigación, basado en los múltiples argumentos expuestos en la Resolución de Apertura de Investigación.

De otra parte, respecto de las afirmaciones realizadas por **SIINCO**, **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** y **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, según las cuales la Resolución Sancionatoria se limitó a indicar que el requisito de la significatividad se entendió surtido en la apertura de la investigación sin haberse realizado ningún tipo de consideración o análisis en cuanto a la inobservancia de los principios de selección objetiva, igualdad o transparencia, este Despacho considera que tales afirmaciones carecen de fundamento, por cuanto en el considerando OCTAVO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de la parte motiva de la mencionada Resolución, correspondiente al "Impacto de la conducta en el mercado", fue efectuado un análisis en cuanto a la vulneración de estos principios por parte de los investigados, en los siguientes términos:

"En el presente caso, a partir del acuerdo anticompetitivo los investigados habrían realizado en forma coordinada todas las actividades encaminadas a: (i) análisis colaborativo de los pliegos de condiciones y la determinación de las empresas que presentarían una manifestación de interés de forma conjunta; (ii) coordinación en la presentación de ofertas; (iii) coordinación en la obtención de pólizas de seriedad para las ofertas de los competidores; y (iv) subsanación coordinada de requisitos habilitantes de los competidores.

Estas prácticas evidencian una conducta restrictiva de la competencia, en la medida en que este tipo de coordinación: (i) vulneró el principio de selección objetiva, por cuanto no se mantuvo la independencia correspondiente entre los competidores; (ii) desdibujó artificialmente la igualdad de oportunidades, en tanto los investigados participaron de manera coordinada en los procesos de selección contractual; y (iii) vulneró el principio de transparencia, comoquiera que los competidores que se presentaron como independientes en realidad no lo eran.

En el caso que nos ocupa, y teniendo en cuenta el análisis sobre la responsabilidad de los investigados en el siguiente capítulo, el Despacho encontró que las conductas anticompetitivas adelantadas por los diferentes infractores tuvieron el potencial de afectar alrededor de 70 procesos de selección contractual, que involucraron al menos 37 entidades estatales."⁵¹

Por lo anteriormente expuesto, deberán nuevamente desestimarse los argumentos esgrimidos por los recurrentes, toda vez que en la etapa procesal pertinente para ello, es decir la Resolución de Apertura de Investigación, fueron expuestos los elementos de significatividad de la conducta que llevaron a la formulación de cargos y abrir la presente investigación.

3.2.7. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la imputación y la responsabilidad de las personas naturales

Varias de las personas naturales sancionadas, manifestaron en sus recursos de reposición que en la imputación efectuada en la Resolución de Apertura de Investigación no se cumplió con el factor subjetivo, por cuanto la conducta no fue imputada a título de dolo o culpa. De otra parte, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** manifestó que en el presente caso se presentó una incongruencia en cuanto a la determinación de su responsabilidad, por cuanto en la Resolución de Apertura de Investigación no fue indicado de manera particular el verbo rector por el que era imputada la conducta reprochada, mientras que en la Resolución Sancionatoria se indicó que fue por ejecutar y colaborar su realización.

Sobre este punto, el Despacho reitera lo señalado tanto en la Resolución Sancionatoria como en decisiones anteriores en el sentido que en materia de decisiones sobre prácticas restrictivas de la competencia para que se declare la responsabilidad de una persona natural en los términos del artículo 16 del Decreto 2153 de 1992 (modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009), debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que se cometiera la infracción principal.
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.

⁵¹ Resolución Sancionatoria. Considerando OCTAVO: Impacto de la conducta en el mercado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

Según lo anterior, esta Superintendencia ha considerado que para vincular y sancionar a una persona por estar involucrada con una conducta anticompetitiva, resulta necesario encontrar dentro de la actuación administrativa pruebas que den cuenta de su conducta activa o pasiva.

De esta manera, aplicando lo anterior al presente caso, el Despacho reitera que la imputación efectuada a las personas naturales investigadas fue por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas restrictiva de la libre competencia económica imputada a los presuntos infractores, con base en las pruebas encontradas en ese momento de la actuación y en cumplimiento de lo exigido por la Ley.

Adicionalmente, el Despacho señala que en el Expediente fueron encontrados suficientes elementos probatorios que demuestran la responsabilidad de las personas naturales sancionadas en relación con el esquema anticompetitivo sancionado, tal como fue determinado en el capítulo correspondiente a la responsabilidad de las personas naturales de la Resolución Sancionatoria.

Particularmente, y en respuesta a lo manifestado por **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** en su recurso de reposición, el Despacho comprobó en la Resolución Sancionatoria que como representante legal de **ERJAR** materializó la conducta reprochada al ejecutarla y colaborar en su desarrollo respecto de nueve (9) procesos de selección contractual adelantados por varias entidades públicas entre 2016 y 2017 y a los que concurrió la compañía en calidad de interesada o proponente. Debe resaltarse que como representante legal ejecutó la conducta reprochada y colaboró en su desarrollo al ser quien materializaba la participación de **ERJAR** como interesado o proponente junto con otros investigados.

Así, por ejemplo, se encontró el correo electrónico del 14 de abril de 2016, en el que **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** (representante legal de **A&E**) solicitó a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** (representante legal de **ERJAR**), una información necesaria para "continuar con el proceso de licitaciones (...)"⁵². Lo anterior, evidencia que **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** colaboró en el acuerdo anticompetitivo con **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** para que este pudiera continuar con el proceso de licitaciones contando con la información de **ERJAR**.

Igualmente, se encuentra la cadena de correos electrónicos del 20 y 21 de junio de 2016, denominada "RE: SOLICITUD ARCHIVO EXCEL -PROP ECNM -LP 021"⁵³, relacionada con el proceso de selección SED-LP-DCCEE-021-2016 adelantado por la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DE BOGOTÁ. En esta cadena de mensajes, se observa que **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO**, desde el correo jvillamil@alcalayespinosa.com, remitió a **ERJAR** (correo@erjar.com) la propuesta que esta última debía presentar en el mencionado proceso y con la advertencia de "Por fa (sic) dar responder (sic) sobre el que les llegó que no se vaya a ir nada de historial de correos mios". Sobre dicha comunicación, también debe tomarse en cuenta lo manifestado por **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** en su declaración:

"JAIME ALFONSO ARIAS MURAD: (...)

Esa propuesta efectivamente, pues fue una de las 2 propuestas que se elaboraron o que me las elaboró EMERSON o el personal de EMERSON. Ellos hicieron toda la labor

⁵² Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta:\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "Solicitud DOCUMENTOS ERJAR".

⁵³ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta:\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "RE: SOLICITUD ARCHIVO EXCEL - PROP ECNM - LP 021".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

secretarial, toda la labor de información. Y yo le dije, no sé, a LUIGI, o a EMERSON, 'la propuesta económica mía debe ir en este porcentaje'. El porcentaje de la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN era del 97 algo. Y entonces, con base en la instrucción mía, debieron haber hecho la propuesta económica y presentado, yo siempre manifesté y dije el valor para que se presentara esa propuesta económica. Ese valor y la estaba haciendo el personal o en la oficina de EMERSON, tengo entendido que se entregó y no tenía ningún conocimiento de que, de que ellos estuvieran interesados o EMERSON estuviera interesado en presentar una propuesta para ese mismo, para ese mismo proceso. Entonces a partir de que no teníamos los documentos, eso ya y esa molestia que tuve en esa oportunidad."⁵⁴.

Como fue expuesto en la Resolución Sancionatoria, lo anterior demuestra que la oferta de ERJAR fue elaborada por personal perteneciente a otra empresa que también se presentó en el proceso mencionado y que supuestamente era su competidora, lo que prueba efectivamente la coordinación en la elaboración y presentación de propuestas y el conocimiento por parte de JAIME ALFONSO ARIAS MURAD de estas actividades. De hecho, la presentación de esta oferta ante la Entidad demostró cómo este ejecutó las labores al interior de ERJAR para que participara en el proceso. Sobre el particular, es de resaltar que en su declaración señaló que en ERJAR quien tomaba las decisiones era él. De esta manera indicó: "(...) dentro de la organización yo soy el que toma las decisiones (...)"⁵⁵.

De acuerdo con lo anterior, para este Despacho se encontró demostrada la responsabilidad de JAIME ALFONSO ARIAS MURAD, en su calidad de representante legal de ERJAR, por incurrir en lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado y ejecutado la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

3.3. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos particulares de los recurrentes

3.3.1. Consideraciones sobre los argumentos particulares de SIINCO

SIINCO señaló en su recurso de reposición que en la Resolución Sancionatoria no hubo un análisis probatorio exhaustivo por cada uno de los cincuenta y siete (57) procesos de selección por los que la empresa resultó sancionada, para luego exponer la siguiente categorización: (i) procesos en los que podía constituirse una forma asociativa (consorcio o unión temporal) luego de haber manifestado interés; (ii) procesos en los que no había prohibición expresa de conformar un consorcio o unión temporal luego de la manifestación de interés; (iii) procesos de selección donde no existía prueba de coordinación según criterios usados en la Resolución Sancionatoria para proceder con su archivo; y (iv) procesos donde estaba prohibido expresamente la constitución de un consorcio o unión temporal posterior a la manifestación de interés.

Partiendo de esta categorización, uno de los reproches de SIINCO es que resultó sancionado erróneamente por haberse presentado de forma individual, cuando en realidad se presentó bajo alguna figura asociativa (consorcio o unión temporal) ya que los pliegos en ciertos procesos así lo permitían.

Frente a lo anterior, el Despacho reitera en primer lugar lo señalado en el acápite 3.2.3, relativo a la valoración probatoria, que el análisis probatorio que permitió acreditar la participación voluntaria y consciente de los investigados en el acuerdo anticompetitivo reprochado fue incluido de manera detallada en los acápites de la Resolución Sancionatoria en los que se determinó la responsabilidad de los investigados en cuanto a cada uno de los procesos de selección contractual a los que concurren. Claramente, en los cuadros en los que fueron identificados los procesos contractuales en los que cada investigado fue encontrado responsable, en la casilla correspondiente al "Elemento Probatorio", se indicó al detalle el correo o comunicación que contiene la instrucción de presentar

⁵⁴ Folio 4701 del Cuaderno Público 25 del Expediente. Declaración de JAIME ALFONSO ARIAS MURAD. Minuto: 51:44.

⁵⁵ Ibidem. Minuto: 21:30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

manifestación de interés u oferta por varios competidores, el correo remitario de estos documentos, el correo de solicitud de pólizas de seriedad o el correo de subsanación de requisitos, y la referencia a la información obrante en el SECOP en la que se verifica la participación de los infractores a los que se refiere cada comunicación, bien sea a través de una manifestación de interés o presentación de oferta.

De otra parte, y en respuesta a la categorización de procesos hecha por **SIINCO** en su recurso de reposición, el Despacho encuentra pertinente reiterar y aclarar que el reproche a los investigados efectuado en la Resolución Sancionatoria es en relación a la participación coordinada de estos a los procesos de selección contractual objeto de investigación, con independencia de que hayan concurrido de manera individual o a través de una figura asociativa. Un ejemplo claro de esto se encuentra en el análisis hecho frente al proceso de selección No. S-A 703-CENAC-USAQUEN-2016 del EJERCITO NACIONAL, respecto del cual fue encontrado el documento "manifestar SAMC 703 CENAC USAQUEN"⁵⁶ y se verificó la participación de **SIINCO** mediante manifestación de interés a través de la Unión Temporal Alianza (conformada con **A&E**) y de **EMERSON ESCAMILLA MURTE** de manera individual⁵⁷, lo que demuestra la coordinación de los tres participantes.

De acuerdo con lo anterior, no resultan de recibo las observaciones hechas por **SIINCO** en su recurso de reposición.

Ahora bien, el Despacho advierte que luego de haber hecho una revisión de los procesos de selección contractual en los que fue encontrado responsable **SIINCO**, encontró que respecto del proceso No. SA 015 DE 2017 del FONDO ROTATORIO DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL, y de acuerdo con la información obrante en el SECOP, quienes presentaron manifestación de interés de manera coordinada fueron únicamente **A&E** y **ARIETE**, sin que **SIINCO** hubiese concurrido al mencionado proceso. En consecuencia, será reducida la sanción impuesta a **SIINCO**, así como a **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** y **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRIGUEZ**.

3.3.2. Consideraciones frente a los argumentos particulares de CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ

CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ (vinculado a **SIINCO**, **A&E** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**) afirmó en su recurso que no contaba con la posibilidad de ejecutar, facilitar o tolerar un acuerdo anticompetitivo, no solo por su ausencia, sino por el hecho de que no tenía la capacidad de decidir o promover su ocurrencia. Así mismo, señaló que se limitaba a cumplir las órdenes impartidas por otros, quienes le solicitaban su ayuda en los procesos de selección. En tercer lugar manifestó que, del universo de procesos investigados, en treinta y tres no participó, o su participación se enmarcó en un contexto que permitiría la conformación de una figura asociativa (consorcio o unión temporal).

En respuesta a lo anterior, y tal y como fue señalado por este Despacho en la Resolución Sancionatoria, se demostró que a **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** le correspondían dentro de la dinámica anticompetitiva las actividades de: a) el envío de manifestaciones de interés (actividad compartida con **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO**); b) la entrega de licitaciones; y c) la revisión de procesos (estas dos últimas actividades compartidas con **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA**)⁵⁸.

Así mismo, fue demostrada la relación de **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** con **EMERSON ESCAMILLA MURTE** en la ejecución del esquema. Lo anterior, puede ilustrarse en la siguiente declaración donde el sancionado se refiere sobre cómo era destinatario de un correo con la instrucción de "*manifestar*" y cómo en el desarrollo de la instrucción se contactaba con **EMERSON ESCAMILLA MURTE**:

⁵⁶ Folio 2623 del cuaderno público No. 15. Ruta: :2015-154605- IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\TABLA 3.

⁵⁷ SECOP I <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-11-5403687>.

⁵⁸ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del expediente. Ruta:2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"Delegatura: Parte de la imputación formulada a usted es una serie de correos electrónicos en la cual, lo que parece ser, el señor Luigi Alcalá le solicita a usted directamente presentar manifestación por una serie de empresas. Vamos a ver uno, es "manifestar SAMC 055 FAC" (...) Dice Mario manifestar por 1 2 y 3. Eh, ¿por qué le pidió manifestar por 1 2 y 3?

CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ: *Doctora, yo como lo dije anteriormente, digamos, él me mandaba el link yo leía si, volvía y le reiteraba, yo hablaba con Emerson y le manifestaba si él estaba interesado. Le puedo dar una información acerca de la Fuerza Aérea Colombiana, estos procesos era donde se presentaban alrededor de 250 personas. Ehm, manifestar no significaba entregar una oferta y con ese número de manifestantes a participar, las variables eran escasas de que usted quedara. Creo, no sé, no recuerdo si hice la manifestación si lo alcancé a hablar con Emerson. Emerson decidía si yo podía ir porque estas manifestaciones tocaba ir a la audiencia. Se acercaban alrededor de 200 personas que porque era el sorteo, la balota era personal. Yo cuando fui, fui a entregar por EMERSON y en algún caso, creo, cuando manifestó la unión temporal, fui a hacer la vuelta. Por eso le decía que los chicharrones, lo más desgastante, siempre me lo colocaban a mí. En realidad, digamos que como que hacía parte pero creo que fue ese tema. Pero digamos el que me lo hubieran enviado, que me hubieran notificado, no significa que yo hiciera la manifestación. De una u otra forma, yo necesitaba el aprobado y la firma y la carta del ingeniero Emerson"⁵⁹.*

Por lo anterior, este Despacho encontró probada la participación de **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** al ejecutar, facilitar o tolerar la conducta reprochada.

3.4. Argumentos sobre las sanciones impuestas a los investigados

3.4.1. Argumentos sobre las multas impuestas a A&E y LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA

A&E y LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA señalaron una presunta indebida dosificación de las multas, aduciendo que no se tuvo en cuenta que la conducta de los sancionados no tuvo beneficio, que por definición legal debe ser real y no meramente potencial. Adicionalmente, señalaron que el impacto de la conducta de sus representados fue inexistente o mínimo, pues no impidió que otros participantes hicieran parte de cada proceso y, no tenía ninguna posibilidad efectiva de generar distorsión en el mercado.

Al respecto, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 establece que para efectos de graduar la multa, no solo debe tenerse en cuenta el impacto de la conducta sobre el mercado y el beneficio derivado de esta, sino cinco criterios adicionales, que también fueron usados por la Superintendencia de Industria y Comercio para tasar la sanción. En segundo lugar, la misma norma establece como criterios de graduación de la multa el beneficio y el impacto, relacionadas en los numerales 1 y 3 del artículo 25, pero no determina que dichas variables deban ser estimadas y/o expresadas en cierta unidad de medida, es decir, pueden ser monetarias o de otra naturaleza.

En este caso, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados permitió su actuar coordinado en diferentes procesos de selección contractual del Estado.

En cuanto al impacto de la conducta reprochada, se encontró que esta tuvo la potencialidad de afectar 64 procesos contractuales por más de \$38.673 millones de pesos, con lo cual **A&E** se configuró en el sancionado que más procesos de contratación afectó, lo cual fue posible gracias a la actuación de su representante legal **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA**. Es decir, ambos jugaron un papel protagónico en una conducta que afectó numerosos procesos de contratación pública con entidades del orden territorial y nacional, impidiendo que estas entidades se beneficiaran de un escenario de libre competencia económica que arrojara como resultado una asignación eficiente y transparente de los recursos públicos, privando los beneficios del funcionamiento competitivo del mercado.

⁵⁹ Folio 4783DVD Carpeta Pública No. 25 del Expediente. Minuto: 52:21.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Está claro entonces que al margen de los criterios adicionales de graduación de la multa definidos en la Ley 1340 de 2009, en los dos criterios a los que hace referencia el recurso de reposición quedó probado que la empresa sancionada se benefició de la conducta reprochada, y es evidente que dicha conducta tuvo impacto.

Por todo lo anterior, no resultan de recibo los argumentos de **A&E** y **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA**.

En consecuencia, las sanciones impuestas, mediante la Resolución Sancionatoria a **A&E** y **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA**, se mantendrán de acuerdo con lo definido en dicho acto administrativo.

3.4.2. Consideraciones sobre las multas impuestas a SIINCO, JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO y CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ

SIINCO señaló varios elementos que deberían ser tenidos en cuenta por este Despacho para reducir el monto de las sanciones:

En primer lugar, indicó una serie de procesos en los que no debería haberse responsabilizado a **SIINCO**, por lo que argumenta que el impacto de la conducta en el mercado, la dimensión del mercado afectado y el grado de participación serían menores.

En segundo lugar, **SIINCO** consideró que no es claro cómo se configuró el beneficio determinado por el Despacho en la Resolución Sancionatoria, toda vez que no puede hablarse de un beneficio generalizado e indeterminado porque no se generó una adjudicación en todos los procesos en los que se halló responsable.

Finalmente, señaló que debería ajustarse la multa teniendo en cuenta la situación económica y financiera de **SIINCO**, por cuenta de las contingencias conocidas por la entidad. Además, **SIINCO** señaló que presuntamente se le habría impuesto la multa con base en su patrimonio bruto y no el patrimonio líquido, y que tampoco se tuvo en cuenta su tamaño como un elemento de graduación.

Frente al primer punto, el Despacho recuerda que la Ley 1340 de 2009 establece como criterios de graduación de la multa, entre otros elementos, el beneficio y el impacto, relacionadas en los artículos 25 y 26, aunque no precisa si dichas variables deben ser estimadas y/o expresadas en cierta unidad de medida, es decir, pueden ser monetarias o de otra naturaleza.

En este caso, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados permitió su actuar coordinado en diferentes procesos de selección contractual del Estado.

Por otro lado, este Despacho logró determinar que **SIINCO** debió ser hallado responsable en 56 de los 57 procesos en los que se basó inicialmente su sanción. En este sentido, la multa será ajustada, de forma que se vuelva a evaluar el impacto de la conducta, la dimensión del mercado afectado y el grado de participación.

A pesar de lo anterior, el Despacho recuerda que la conducta de **SIINCO** en todo caso afectó 56 procesos de contratación, con entidades del orden territorial y nacional, poniendo en riesgo recursos públicos por más de \$36.900 millones de pesos e impidiendo que las entidades del Estado se beneficiaran de un escenario de libre competencia económica que arrojara como resultado una asignación eficiente y transparente de los recursos públicos, privando los beneficios del funcionamiento competitivo del mercado.

Está claro entonces que, **SIINCO** se benefició de la conducta reprochada, y dicha conducta tuvo impacto en los términos definidos en el numeral 1 del artículo 25 y numeral 2 del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Finalmente, la afirmación de **SIINCO** se considera inexacta, en cuanto al uso de la información financiera de la empresa para la graduación de la multa. Lo anterior porque la Superintendencia de Industria y Comercio, con base en información oficial de la Dirección Nacional de Impuestos y Aduanas Nacionales (DIAN), determinó que su patrimonio líquido en 2019 ascendió a \$640.155.000 pesos moneda corriente, y fue sobre este monto, y no sobre el patrimonio bruto⁶⁰, que se graduó la multa. Precisamente lo anterior evidencia que este Despacho tuvo en cuenta el tamaño de **SIINCO** en la graduación de la multa al usar el patrimonio líquido.

Ahora bien, este Despacho evaluó las actas de suspensión del contrato No. 428 de 2019 suscrito con el Fondo de Desarrollo Local de Suba (del 2 de abril al 24 de junio y del 4 al 11 de septiembre de 2020) y del contrato No. 206 de 2019, suscrito con la Alcaldía Local de Usaquén (del 27 de marzo al 26 de mayo de 2020)⁶¹. Así mismo, se evaluaron los distintos comprobantes de créditos de nómina solicitados como prueba de la situación financiera actual de **SIINCO**.

Al respecto, el Despacho encuentra pertinente señalar que a partir de las actas de suspensión de los contratos antes relacionados, no es posible determinar qué porcentaje de sus ingresos o de su patrimonio de 2020 fue afectado, así como tampoco es posible determinar, a partir de los comprobantes de crédito de nómina, cuál sería el impacto sobre los costos financieros que enfrenta la empresa o sobre su flujo de caja.

Sin embargo, el Despacho reconoce que si bien las pruebas aportadas no permiten dimensionar el impacto del contexto generado por la pandemia, sí permiten evidenciar que hubo un impacto. Por otro lado, se pudo evidenciar, con estadísticas del Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE), que en 2020 la actividad constructora se contrajo 25,8%, mientras que el región económica de construcción de edificaciones cayó 24,4%⁶². En este sentido, a la fecha es posible contar con un consolidado de las cifras que dan cuenta del impacto causado por la pandemia durante 2020, advirtiendo que afectó al menos la liquidez de la empresa sancionada, y vía pago de intereses pudo haberse visto afectada también la estructura de costos de la empresa.

En consecuencia de lo anterior, a **SIINCO** le será modificada la multa impuesta en la Resolución Sancionatoria, reduciéndola a la suma de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$57.638.209.00)** equivalentes a **MIL QUINIENTAS OCHENTA Y SIETE UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (1.587 UVT)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, en cuanto a la graduación de la multa impuesta a **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO**, la sancionada señaló en su recurso de reposición que, lejos de haber participado como facilitadora del comportamiento reprochado, se limitó a ejecutar labores administrativas, a solicitud de los demás miembros del esquema de colaboración. Por lo anterior, consideró que el reproche de su comportamiento debió enmarcar una atenuación, teniendo en cuenta que el dominio del hecho y la presunta afectación de la dinámica competitiva no le correspondía, por lo que a la luz del numeral 5 del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 debería haberse considerado como elemento de graduación su participación en la conducta.

Al respecto, este Despacho recuerda que de acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, se determinó que **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO**, en su calidad de representante legal de **SIINCO**, colaboró, ejecutó y facilitó la conducta reprochada, toda vez que se logró comprobar que dentro de las actividades que la sancionada ejecutó se encontraban las tareas de búsqueda de nuevos procesos de selección en los que las empresas "*aliadas*" pudieran participar, la redacción de las manifestaciones de interés y su entrega a la entidad contratante, la solicitud de

⁶⁰ Que para el mismo año ascendió a \$974.961.000 pesos moneda corriente. Así las cosas, la multa impuesta a **SIINCO** fue de \$76.818.600 pesos moneda corriente, equivalentes al 12% de su patrimonio líquido de 2019.

⁶¹ En cuanto a los contratos No. 355 y 354 de 2019, el Despacho sólo pudo evidenciar la recomendación técnica para la suspensión por 20 días, pero no el acta.

⁶² De acuerdo con estadísticas de Cuentas Nacionales del DANE.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

pólizas de seriedad utilizadas posteriormente por los proponentes "aliados" y la estructuración de las ofertas, así como el envío de subsanaciones⁶³.

También fue posible evidenciar que **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** tenía en su computador un cuadro de Excel denominado "INDICADORES COMPAÑÍAS 2016 NANA", que contenía la información de algunas de las empresas que formaron parte de la dinámica objeto del presente caso, así como el "cuadro de mando procesos licitación 2016" en el cual se centralizaban labores⁶⁴.

Así las cosas, este Despacho no encontró dentro de los argumentos expuestos por **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** elementos de juicio para reducir la sanción, distintos a su responsabilidad en 56 y no 57 procesos de contratación, de acuerdo con lo descrito en el caso de **SIINCO**.

En consecuencia de lo anterior, a **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO** le será modificada la multa impuesta mediante la Resolución Sancionatoria, reduciéndola a la suma de **Diecinueve Millones Doscientos Trece Mil Ciento Setenta y Ocho Pesos Moneda Corriente (\$19.213.187.00)** equivalentes a **Quinientas Veintinueve Unidades de Valor Tributario (529 UVT)** por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Finalmente, en relación con la graduación de la multa impuesta a **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, el sancionado señaló que el esquema de colaboración no incrementaba las probabilidades de adjudicación, más aún, si se tiene en cuenta que el análisis realizado por el Despacho aplicaba para un tipo de procesos y no para la universalidad estudiada en la actuación administrativa.

Al respecto, este Despacho se permite recordar que la coordinación de los sancionados no se materializó únicamente mediante el análisis colaborativo de los pliegos de condiciones y la determinación de las empresas que presentarían una manifestación de interés de forma conjunta, sino también mediante la coordinación en la presentación de ofertas, obtención de pólizas de seriedad para las ofertas de los competidores y subsanación de requisitos habilitantes de los competidores. Lo anterior significa que, la conducta fue idónea para afectar procesos de selección en modalidades distintas a Selección Abreviada.

Y es que no debe perderse de vista que a **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** se le sancionó por su conducta enmarcada en el vínculo con **SIINCO, A&E y EMERSON ESCAMILLA MURTE**, donde se pudo evidenciar que ejecutó, colaboró y facilitó un acuerdo anticompetitivo que limitó la libre competencia económica, mediante la participación coordinada de la mayor cantidad de empresas "aliadas" en distintos procesos de selección contractual del Estado.

Este Despacho demostró que los tres agentes de mercado en los que se evidenció la vinculación del sancionado afectaron 69 procesos de contratación, de los cuales 63 procesos se adelantaron a través de la modalidad de Selección Abreviada.

Ahora bien, en cuanto a la graduación de las multas, **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** señaló que su imposición podría constituirse en un acto expropiatorio de la administración, toda vez que no cuenta con los recursos necesarios para atenderla, sin que se le genere una afectación sustancial a su mínimo vital y móvil.

⁶³ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del expediente. Ruta:\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA.

⁶⁴ Folio 2623 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente. Ruta:\2015-154605-IMG_DERIVADA\DATOS_EXPORTADOS\PIES DE PAGINA. Documento denominado "PROCESOS DE LICITACION"

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como evidencia de lo anterior, aportó pruebas que demostrarían que no estuvo obligado a declarar renta en el año 2019, porque sus ingresos no cumplieron los umbrales descritos en el Estatuto Tributario Nacional.

Adicionalmente, señaló que sus ingresos no le han permitido aportar para la manutención de sus hijas, tal y como consta en la declaración extra-juicio aportada por su excompañera sentimental.

Así las cosas, si bien este Despacho no logró evidenciar que la valoración dada a los elementos definidos en la Ley 1340 de 2009 para la graduación de multas se haya aplicado de forma indebida, lo que sí está claro es que, de los 69 procesos en los que se le halló responsable a **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, debe extraerse uno imputado a **SIINCO** que debía ser archivado, conforme a lo expuesto en el acápite 3.3.1 de la presente Resolución. Adicionalmente, este Despacho observó la evidencia de la situación económica del sancionado, por lo cual se procederá a ajustar la sanción.

En consecuencia de lo anterior, a **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ** le será modificada la multa impuesta mediante la Resolución Sancionatoria, reduciéndola a la suma de **SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$643.732.00)** equivalentes a **DIECIOCHO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (18 UVT)** por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

3.4.3. Consideraciones sobre las multas impuestas a EEM y EMERSON ESCAMILLA MURTE

En primer lugar, **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** afirmaron en sus recursos de reposición que las multas impuestas resultaron desproporcionadas frente la gravedad de la infracción y los fines de la medida, debido a que el Despacho presuntamente no habría valorado probatoriamente su participación en los acuerdos anticompetitivos y, tampoco fue considerada la grave situación económica por la que atraviesa el país.

Así mismo, afirmaron que este Despacho no puede ejercer su facultad sancionatoria de manera discriminatoria, sino en forma razonable, tomando en consideración que las sanciones deben ser proporcionales a la gravedad de las faltas cometidas. Para **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, la discrecionalidad que se le otorga por Ley al Superintendente de Industria y Comercio no excluye la arbitrariedad en el ejercicio de la función pública, pues la Constitución Política y el Código Contencioso Administrativo, señala que el contenido de una decisión de esta entidad, cuyas funciones son administrativas por su naturaleza, puede ser discrecional, pero debe ser adecuada a los fines de la norma que la autoriza y proporcional a los hechos que le sirven de causa.

Por otro lado, señalaron los recurrentes que no resulta plenamente probada la afectación económica al Estado con los supuestos actos restrictivos de la competencia por los que se responsabilizó a **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, toda vez que la colaboración administrativa entre los agentes de mercado sancionados por su cercanía y vínculo de amistad no son suficientes para otorgar tal gravedad a su actuación que conlleve al pago de la multa impuesta.

Para esto, **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** hicieron referencia al "*Test de Proporcionalidad*" frente a la sanción Impuesta, señalando que el mismo es un instrumento hermenéutico que permite establecer si determinada medida resulta adecuada y necesaria para la finalidad perseguida, sin que se sacrifiquen valores, principios o derechos de mayor entidad constitucional para el caso analizado.

Así las cosas, señalaron los recurrentes que un análisis más preciso de este caso conduce a afirmar que la proporcionalidad supone la existencia de una relación entre los tres elementos constitutivos de la noción de sanción, de los cuales se desprende que para apreciar la proporcionalidad de una sanción, no solamente debe analizarse la gravedad de la falta sino los objetivos de la sanción, y así considerar la importancia de los intereses que pretende proteger en concreto.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** señalaron que del análisis global de los supuestos actos colusorios perpetuados se encuentra que los mismos no cuentan con la identidad suficiente para asegurar más allá de toda duda razonable que el acuerdo tuviera como fin último alterar las condiciones del mercado en sus distintos tópicos, como: fijación de precios, alterar ilícitamente la licitación, adjudicación de contratos y repartición de utilidades.

En este sentido, señalaron que el punto relevante para imponer una sanción que fuera proporcional y razonable a la gravedad que reviste la colaboración administrativa que se presentaba entre los agentes sancionados, recae en el móvil que debe observarse en la colusión, el cual debe consistir en conductas que no permiten el acceso o libre escogencia en el proceso de selección. Por esta razón, consideraron que en el presente caso debió tenerse en cuenta que respecto de los procesos contractuales en los que presuntamente se llevaron a cabo los acuerdos colusorios, un alto porcentaje de ellos no fue adjudicado a los investigados.

Así mismo, afirmaron que, para evaluar la gravedad real de la conducta reprochada, de cara a las exigencias dogmáticas de la colusión en la contratación pública, la infracción puede generarse tanto por objeto como por efecto. En este sentido, señalaron que ninguna de estas condiciones logró probarse en la investigación, pues si bien se probó una colaboración empresarial en la búsqueda de procesos, análisis de los pliegos de condiciones, la presentación de pólizas y las manifestaciones de interés, estas circunstancias no son suficientes para concluir que su finalidad haya sido fijar el acuerdo o que su propósito fuera el de alterar los procesos de contratación, e hizo énfasis en que incluso en el caso de **EEM** se trató solamente de tres procesos de contratación, de los cuales solo se presentó manifestación de intención y ninguno fue adjudicado.

Por otro lado, **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** señalaron que el haber multado a este último como comerciante persona natural y representante legal de la sociedad, y adicionalmente a la sociedad, en el contexto de crisis económica que atraviesa el país, estaría vulnerando la finalidad última de las sanciones administrativas que es disuasoria y no confiscatoria, toda vez que el pago de las tres multas los dejaría sin recursos económicos para la reapertura del negocio de la construcción.

Finalmente, **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** señalaron que de ninguna manera les era conveniente coludir esperando efectos beneficiosos para sí mismos respecto al incremento patrimonial de su negocio, toda vez que en un proceso de selección pública dos empresarios deciden no coludir cuando el beneficio esperado de la colusión es inferior que la sanción esperada en caso de ser detectados⁶⁵. En este sentido, señalaron que las sanciones impuestas resultan significativamente superiores que el supuesto beneficio económico que potencialmente pudieron lograr con los actos colusorios en los que fueron hallados responsables.

De lo anterior, este Despacho logra extraer tres argumentos expresados por **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**: 1. No hay evidencia acerca de la responsabilidad del sancionado en la conducta reprochada; 2. No se probó la afectación al Estado con la conducta reprochada y; 3. La multa impuesta no es proporcional a la gravedad de la conducta reprochada y puede ser confiscatoria.

Frente al primer punto, este Despacho se permite recordar que la Superintendencia de Industria y Comercio encontró probado que **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** hicieron parte de un acuerdo anticompetitivo que afectó diferentes procesos de contratación pública, presentándose de manera coordinada con los otros investigados.

El nivel de responsabilidad de **EMERSON ESCAMILLA MURTE** fue incluso superior al de otros sancionados en el mismo caso, como **ARKING**, **C&Z**, **ERJAR** o **ARIETE**, toda vez que, aunque no

⁶⁵ De conformidad con un postulado escrito en la página 31 del recurso de reposición de **EEM** y la página 25 del recurso de **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, frente al cual este Despacho no pudo evidenciar fuente de la cita, y que en resumen señaló que en un proceso de selección pública dos empresarios deciden no coludir cuando el beneficio esperado de la colusión es inferior que la sanción esperada en caso de ser detectados.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

se le halló responsable de haber promovido u orquestado la conducta reprochada, fue evidente que su grado de participación fue muy superior al observar el número de procesos afectados.

En efecto, **EMERSON ESCAMILLA MURTE** hizo parte de la conducta reprochada desde sus inicios, afectando treinta y un (31) procesos contractuales adelantados por distintas entidades del Estado del orden nacional y territorial, poniendo en riesgo recursos públicos por el orden de los \$15.867 millones de pesos, lo que además evidencia una persistencia de la conducta, toda vez que se trata de procesos de contratación adelantados entre 2016 y 2017.

Adicionalmente **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, actuando como representante legal de **EEM**, fue encontrado responsable de colaborar y ejecutar la conducta en que incurrió la empresa. Por lo anterior, además de los 31 procesos de selección que el sancionado afectó actuando como agente de mercado, por medio de **EEM** afectó 3 procesos de selección adicionales, que representaron recursos públicos por el orden de los \$2.698 millones de pesos, con lo cual la conducta circunscrita a estos tres procesos de selección también tuvo el potencial de impactar la eficiencia de los mercados afectados ya que el esquema anticompetitivo pudo haber impedido que las entidades del Estado se beneficiaran de un escenario de libre competencia económica, poniendo en riesgo la asignación eficiente y transparente de recursos públicos.

Al respecto, la Ley 1340 de 2009 establece como criterios de graduación de la multa el beneficio y el impacto, relacionadas en los numerales 1 y 3 del artículo 25 y numeral 2 del artículo 26, pero no determina que dichas variables deban ser estimadas y/o expresadas en cierta unidad de medida, es decir, pueden ser monetarias o de otra naturaleza.

En este caso, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados permitió su actuar coordinado en diferentes procesos de selección contractual del Estado.

Por otro lado, debe recordarse que la conducta reprochada afectó 31 procesos contractuales por más de \$15.867 millones de pesos, en el caso de **EMERSON ESCAMILLA MURTE** como agente de mercado, y 3 procesos de contratación adicionales, por medio de la empresa **EEM**, por más de \$2.698 millones de pesos, con lo cual se pusieron en riesgo recursos públicos por más de \$18.565 millones de pesos. Es decir que **EMERSON ESCAMILLA MURTE** tuvo un papel protagónico en la conducta, afectando un número de procesos contratación pública solamente inferior al de **A&E** y **SIINCO**, promotores e instigadores de la misma, poniendo en riesgo la asignación eficiente de recursos públicos ejecutados por entidades del orden territorial y nacional.

Está claro entonces que en los términos definidos en los numerales 1 y 3 del artículo 25 y numeral 2 del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, la parte sancionada se benefició de la conducta reprochada y dicha conducta tuvo impacto.

Ahora bien, frente al tercer punto, relacionado con la falta de proporcionalidad de la multa impuesta y su posible efecto confiscatorio, este Despacho debe recordar que, como cualquier autoridad administrativa que cumpla funciones de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su rol de Autoridad única de Competencia tiene cierto margen de discrecionalidad respecto de la dosificación de las sanciones a imponer, guardando correspondencia con los criterios señalados por la ley. Esto implica que, de cara a determinadas conductas pueda dársele más preponderancia a un criterio que a otros.

No obstante lo anterior, dicho ejercicio de dosificación y cálculo de la multa no implica que la Autoridad se encuentre obligada a realizar un razonamiento expreso especial o detallado y específico para arribar al monto de la multa a imponer. Esta situación ha sido indicada por el Consejo de Estado, quien ha señalado que:

“[L]a 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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 (...)⁶⁶. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De conformidad con lo indicado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, 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. No obstante lo anterior, esta Autoridad en la Resolución Sancionatoria realizó una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación usados para definir el monto final de la multa de cada uno de los investigados, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la "*valoración de la gravedad de los hechos*".

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 su cálculo, así como la proporcionalidad de las sanciones impuestas que, adicionalmente, garantiza que las mismas no fueran confiscatorias o expropiatorias y se garantice la capacidad de pago de los infractores.

De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en multas confiscatorias o expropiatorias prohibidas por la misma Constitución Política⁶⁷ y por el otro, en imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión⁶⁸ que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios, como el de protección a la libre competencia que nos ocupa, en donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que termine eliminando un agente del mercado, pero tan baja que conlleve al incentivo perverso de generar una conciencia individual o colectiva sobre algo, a todas luces indeseado, como que "*violar la ley paga*".

Así las cosas, teniendo en cuenta el material probatorio que obra en el Expediente y del cual se hizo evidente la responsabilidad de **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, este Despacho valoró todos los elementos definidos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, encontrando que el grado de responsabilidad de **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, como agente de mercado, fue superior a la de **EEM** y la responsabilidad de esta empresa fue comparable a la de **ARKING**, **C&Z**, **ERJAR** o **ARIETE**, ya que fueron hallados responsables en un número de procesos de contratación pública muy inferior al número de procesos afectados por el mismo sancionado, **A&E** o **SIINCO**.

Así las cosas, de acuerdo con la valoración adelantada por esta Superintendencia, a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** como agente de mercado le correspondía una multa equivalente al 8% de su patrimonio, mientras que a **EEM** le correspondía una sanción equivalente al 6% de su patrimonio. Por su parte, como representante legal de **EEM**, a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** le correspondería una multa adicional equivalente al 8% de su patrimonio.

Lo anterior significa que a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** se le debería haber impuesto una sanción equivalente al 16% de su patrimonio por su participación en la conducta reprochada, como agente de mercado y representante legal de **EEM**, mientras que a la empresa le correspondería una sanción equivalente al 6% de su patrimonio, lo cual evidencia claramente que, en proporción al patrimonio, el sancionado terminaría recibiendo una multa mayor a la impuesta a **A&E** y **SIINCO**, quienes este Despacho encontró responsables de haber promovido u orquestado la conducta reprochada.

⁶⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. No. 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

⁶⁷ "Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social".

⁶⁸ Craycraft, C., Craycraft, J. y Gallo, J. "Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay". Review of Industrial Organization 12. 1997. P. 171-183.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por lo anterior, con el fin de imponer una sanción que cumpliera el objetivo de ser disuasoria, pero que a su vez fuera proporcional a su participación y capacidad de pago, en el caso de **EMERSON ESCAMILLA MURTE** y **EEM**, se determinó que la multa impuesta a la empresa se mantuviera en 6% y la multa impuesta a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** no excediera el 8% de su patrimonio, por su actuación como agente de mercado y facilitador.

En línea con lo anterior este Despacho observó los argumentos presentados por **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** frente a la situación económica actual del país, y en particular la afirmación de que existe la posibilidad de que su derecho al trabajo se vea restringido con el pago de las multas impuestas, al poner en riesgo su capital de trabajo.

Para efectos de explicar este argumento, **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** indicaron en sus recursos de reposición que el sector de construcción se vio especialmente afectado durante la cuarentena nacional en Colombia, y que de acuerdo con cifras del PIB del primer trimestre del 2020, este sector se contrajo 9,4%, mientras que en el subsector edificador, la caída fue del 4,6% anual durante el mismo periodo, y aún mayor en la actividad edificadora no residencial, segmento de oficinas, educación y hoteles.

EEM y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** también señalaron que la dosificación de la sanción debía tener en cuenta el tamaño de la empresa, sus ingresos operacionales, utilidades operacionales, patrimonio y en general, toda la información financiera de la misma, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

En este caso, indicaron que el Despacho efectuó un análisis sobre la implicación de la sanción respecto del patrimonio líquido de su representado para el año 2019, pero omitió la situación de emergencia económica y sanitaria por la que está atravesando el país, por cuenta de la pandemia y la reciente crisis de orden público. Así las cosas, la multa impuesta por la Superintendencia habría sido proporcional a su situación en 2019, periodo en el que el país aún no se enfrentaba al contexto adverso actual.

A pesar de los argumentos anteriores, este Despacho no evidenció que **EEM** y **EMERSON ESCAMILLA MURTE** hayan aportado evidencia que dé cuenta de la situación financiera actual de los sancionados, por lo cual no procederá el ajuste de las sanciones. En consecuencia, las sanciones impuestas, mediante la Resolución Sancionatoria a ambos sancionados se mantendrán de acuerdo con lo definido en dicho acto administrativo.

3.4.4. Consideraciones sobre las multas impuestas a ERJAR y JAIME ALFONSO ARIAS MURAD

En primer lugar, **ERJAR** señaló que la Superintendencia no realizó una adecuada aplicación de los criterios de graduación de las sanciones previstos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Así mismo, afirmó que la Superintendencia decidió calcular una multa porcentualmente equivalente entre algunos de los investigados, con independencia de su grado de participación, rol y diferencia cuantitativa en la presunta dinámica anticompetitiva.

De otra parte, señaló que la Superintendencia impuso multas equivalentes al 6% del patrimonio de los investigados para el año 2019, salvo a **SIINCO** y **A&E**, quienes recibieron multas equivalentes al 12% de su patrimonio. Para **ERJAR** estos porcentajes fueron fijados indiscriminadamente entre los distintos investigados sin considerar algún criterio objetivo de los hechos, es decir, presuntamente la única distinción usada para la determinación de las multas fijadas fue del 12% del patrimonio, para **SIINCO** y **A&E**, y del 6% para las demás investigadas.

Como evidencia de la presunta desproporcionalidad, **ERJAR** presentó un cuadro en el que se calcula la multa promedio por proceso contractual expresada como porcentaje del patrimonio. A partir de esta tabla, **ERJAR** usó el cálculo de la multa promedio por proceso de contratación sancionado para afirmar que, mientras a la empresa **A&E** se multó por cada proceso con el 0,19% de su patrimonio, a **ERJAR** se le multó con el 0,75% de su patrimonio. Producto de esta

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

comparación, **ERJAR** señaló que esta es una diferencia abismal y podría concluir que ser instigador, creador y buscar afectar la competencia en un mayor número de procesos de selección pública trae una mejor recompensa.

En la misma línea, **ERJAR** destacó que, mientras **A&E** y **SIINCO** participaron en el 100% y 89,06% de los procesos sancionados, respectivamente, **ERJAR** se halló responsable en el 12,5% de dichos procesos, por lo cual la multa impuesta a la empresa debía ser máximo una séptima parte de la multa impuesta a **A&E**, es decir, 1,71% de su patrimonio.

Para **ERJAR** la desproporcionalidad en la multa no solo es evidente en la comparación con las sanciones impuestas a **SIINCO** y **A&E**, sino también al observarse la multa impuesta a **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, toda vez que a este se le impuso una multa del 6% de su patrimonio, por haber participado en el 48,43% de los procesos de contratación, por lo que la sanción recibida por proceso equivalió al 0,19% del patrimonio por proceso de contratación, mientras que en el caso de **ERJAR** este promedio fue de 0,75% de su patrimonio por proceso.

Con base en lo anterior, **ERJAR** afirmó que la multa impuesta no consideró la participación de los investigados en los procesos presuntamente afectados por la supuesta dinámica anticompetitiva, ni las pruebas existentes contra los mismos, lo cual se ve agravado con que presuntamente la Superintendencia habría ignorado el papel de instigador y creador de algunos investigados.

Al respecto, si bien **ERJAR** se refirió de forma más detallada frente a los criterios de graduación de la multa impuesta en la Resolución Sancionatoria, frente a los cuales este Despacho se pronunciará más adelante, vale la pena hacer mención de los elementos anteriores señalados por la sancionada.

En primer lugar, no es cierto que el Despacho haya impuesto las multas en 6% y 12% del patrimonio de los investigados de forma indiscriminada sin considerar algún criterio objetivo de los hechos.

Por el contrario, la graduación de la multa impuesta a **ERJAR** y, al resto de agentes de mercado sancionados, se basó completamente en los criterios de graduación definidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, así como las circunstancias de agravación y atenuación.

En la misma línea, es importante señalar que sin duda alguna en la graduación de la multa a **ERJAR**, así como al resto de sancionados, se tuvo en cuenta el número de procesos en los se halló responsable a cada agente de mercado, como elemento transversal que afectó la valoración de la Superintendencia frente al impacto de la conducta, la dimensión del mercado afectado y el grado de participación de cada implicado. Es decir, el número de procesos fue un elemento transversal a varios de los criterios de graduación valorados por la Superintendencia, y en últimas permitió, junto con los demás criterios de graduación, determinar el nivel de gravedad de la conducta de cada sancionado.

En este sentido, resulta impreciso generar comparaciones simples a partir de los promedios de multas presentados en la tabla de la página 29 del recurso de reposición presentado por **ERJAR**, pues la Superintendencia hizo para cada sancionado un análisis particular de cada uno de los criterios y circunstancias definidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Que dos sancionados hayan recibido una multa equivalente al 12% de su patrimonio, mientras que el resto, con excepción de **EMERSON ESCAMILLA MURTE** actuando como infractor, haya recibido una multa equivalente al 6% es el resultado de la evaluación conjunta de cada uno de los elementos de graduación, agravación y atenuación valorados por el Despacho.

Precisamente, en el caso de **ARKING**, **C&Z** y **ARIETE**, la multa impuesta fue equivalente al 6% del patrimonio, por su responsabilidad en 8, 5 y 12 procesos, respectivamente, mientras que en el caso de **ERJAR** la multa fue del 6% del patrimonio por afectar 9 procesos. Además, la valoración de la participación de las cuatro empresas en la conducta reprochada, a diferencia de **A&E** o **SIINCO**, no incluyeron recriminaciones por haber promovido u orquestado la conducta reprochada.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Lo anterior evidencia la proporcionalidad de la multa impuesta a **ERJAR**, en función de su responsabilidad en la conducta que, al margen de los demás elementos del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 valorados por el Despacho, se caracterizó por no haberla encontrado responsable de promover u orquestar la conducta, así como por haber afectado un número de procesos muy inferior al de **A&E** o **SIINCO**, lo mismo que en los casos de **ARKING**, **C&Z** y **ARIETE**.

Ahora bien, frente a la comparación que realiza **ERJAR** de su sanción *versus* la impuesta a **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, cabe señalar que tanto en este caso, como en el de **EEM**, empresa en la que **EMERSON ESCAMILLA MURTE** participó como representante legal, este Despacho valoró de igual forma los elementos definidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, encontrando que la responsabilidad de **EMERSON ESCAMILLA MURTE** como agente de mercado fue mayor a la de **C&Z**, **ARKING**, **ARIETE** y **ERJAR**, pero inferior a la de **A&E** y **SIINCO**.

Por otro lado, el Despacho pudo identificar que la responsabilidad de **EEM** fue comparable a la de **ERJAR** y las otras tres empresas a las que se les impusieron una multa equivalente al 6% de su patrimonio, no solo porque en la valoración de la Superintendencia no se incluyeron reproches por haber promovido u orquestado la conducta, sino porque afectó un número de procesos muy inferior al de **A&E**, **SIINCO** e incluso el número de procesos afectados por el mismo **EMERSON ESCAMILLA MURTE** actuado como agente de mercado.

Con base en lo anterior, el Despacho valoró con base en los elementos del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** como agente de mercado le correspondía una sanción equivalente al 8% de su patrimonio, mientras que a **EEM**, de la cual fungió como representante legal, le correspondía una multa equivalente al 6% de su patrimonio. En este sentido, también se encontró que, en su calidad de representante legal de **EEM**, a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** le correspondía otra sanción equivalente al 8% de su patrimonio.

Lo anterior significa que a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** se le debería haber impuesto una sanción equivalente al 16% de su patrimonio por su participación en la conducta reprochada, como agente de mercado y representante legal de **EEM**, mientras que a su empresa le correspondería una sanción equivalente al 6% de su patrimonio. Esto evidencia claramente que, en proporción al patrimonio, el sancionado terminaría recibiendo una multa mayor a la impuesta a **A&E** y **SIINCO**, quienes este Despacho encontró responsables de haber promovido u orquestado la conducta reprochada, y afectaron un número de procesos mayor.

Por lo anterior, con el fin de imponer una sanción que cumpliera el objetivo de ser disuasoria, pero que a su vez fuera proporcional a su participación y capacidad de pago, en el caso de **EMERSON ESCAMILLA MURTE** y **EEM**, se determinó que la multa impuesta a **EEM** se mantuviera en 6%, mientras que la multa impuesta a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** no excediera el 8% de su patrimonio, por su actuación como agente de mercado y facilitador. En este sentido está claro que la sanción impuesta a **EMERSON ESCAMILLA MURTE** y su empresa fue superior a la impuesta a **C&Z**, **ARKING**, **ARIETE** y **ERJAR**, pero inferior a la de **A&E** y **SIINCO**, lo cual es consistente con el grado de responsabilidad de los sancionados.

Ahora bien, en cuanto al análisis particular sobre criterios aplicables, al igual que cualquier autoridad administrativa que cumpla funciones de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su rol de Autoridad única de Competencia tiene un margen de discrecionalidad respecto de la dosificación de las sanciones a imponer, guardando correspondencia con los criterios señalados por la ley. Esto implica que, de cara a determinadas conductas pueda dársele más preponderancia a un criterio que a otros.

No obstante lo anterior, dicho ejercicio de dosificación y cálculo de la multa no implica que la Autoridad se encuentre obligada a realizar un razonamiento expreso especial o detallado y específico para arribar al monto de la multa a imponer. Esta situación ha sido indicada por el Consejo de Estado, quien ha señalado que:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"[L]a 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 (...)"⁶⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De conformidad con lo indicado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, 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. No obstante lo anterior, esta Autoridad en la Resolución Sancionatoria realizó una consideración expresa sobre los criterios de graduación usados para definir el monto final de la multa de cada uno de los investigados, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la "valoración de la gravedad de los hechos".

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.

De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en multas confiscatorias o expropiatorias prohibidas por la misma Constitución Política⁷⁰ y por el otro, en imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión⁷¹ que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios, como el de protección a la libre competencia que nos ocupa, en donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que termine eliminando un agente del mercado, pero tan baja que conlleve al incentivo perverso de generar una conciencia individual o colectiva sobre algo, a todas luces indeseado, como que "violiar la ley paga".

A pesar de lo anterior, este Despacho procede a pronunciarse frente a los elementos particulares referidos en el recurso de reposición por parte de **ERJAR** y **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**.

Frente al impacto de la conducta, **ERJAR** reconoció que los acuerdos colusorios son considerados en sí mismos graves por la afectación que tienen no sólo a los competidores sino también a las entidades públicas, los recursos públicos, y en últimas a la población en general. Sin embargo, señaló que es necesario analizar caso a caso el impacto real y efectivamente causado, así como los mercados afectados.

En este sentido, señaló que en las Resoluciones de Apertura de Investigación y Sancionatoria no se tuvo en cuenta que en ninguno de los procesos en los que fue hallada responsable **ERJAR**, le fue adjudicado algún proceso contractual y, sólo en uno de ellos resultó beneficiaria del sorteo, pero no presentó propuesta económica. Por lo anterior, y teniendo en cuenta que a esta empresa se le sancionó por afectar sólo nueve procesos, **ERJAR** afirma que las conductas investigadas no impactaron finalmente a la entidad pública y sólo pudo potencialmente afectar el mercado en aquellos procesos en que resultó beneficiaria del sorteo.

⁶⁹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. No. 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

⁷⁰ "Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social".

⁷¹ Craycraft, C., Craycraft, J. y Gallo, J. "Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay". Review of Industrial Organization 12. 1997. P. 171-183.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En la misma línea, frente al beneficio obtenido por el infractor con la conducta, **ERJAR** señaló que ninguno de los procesos respecto de los cuales se sancionó a la empresa le fue adjudicado, por lo que considera que no existió beneficio económico derivado de la ejecución de la conducta.

Al respecto, este Despacho encuentra los argumentos presentados por **ERJAR** insuficientes para mostrar que la Superintendencia de Industria y Comercio realizó una valoración inadecuada del impacto y beneficio de la conducta reprochada, en tanto la Ley 1340 de 2009 establece como criterios de graduación de la multa el beneficio y el impacto, relacionadas en los numerales 1 y 3 del artículo 25, pero no determina que dichas variables deban ser estimadas y/o expresadas en cierta unidad de medida, es decir, pueden ser monetarias o de otra naturaleza.

En este caso, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados permitió su actuar coordinado en diferentes procesos de selección contractual del Estado.

Por otro lado, en la Resolución Sancionatoria se encontró probado que **ERJAR** afectó nueve (9) procesos de contratación pública, que representaron recursos públicos por más de \$6.400 millones de pesos, adelantados por entidades del orden territorial y nacional, a las que se les impidió beneficiarse de un escenario de libre competencia económica que arrojará como resultado una asignación eficiente y transparente de los recursos públicos, privando los beneficios del funcionamiento competitivo del mercado. Es decir, está probado el impacto de la conducta en la que se le halló responsable a **ERJAR** sobre los mercados relevantes definidos por cada proceso de contratación pública.

En todo caso, cabe mencionar que producto de la revisión motivada por el recurso de reposición, este Despacho pudo evidenciar que **ERJAR** es responsable en ocho de los nueve procesos por los que inicialmente había sido sancionada, los cuales representan recursos públicos por el orden de los \$5.824 millones de pesos, razón por la cual la sanción será ajustada.

Frente al grado de participación de la empresa sancionada, **ERJAR** señaló que no tenía conocimiento del alcance de la conducta reprochada, y que no existe una sola prueba directa que mencione que fuera partícipe de la estrategia o que conociera la existencia del presunto acuerdo anticompetitivo. Además, señaló que su papel no fue determinante en la ejecución de la dinámica anticompetitiva.

Al respecto, este Despacho recuerda que, tanto en el presente acto administrativo, como en la Resolución Sancionatoria se encontró probada la responsabilidad de **ERJAR** en la conducta reprochada, toda vez que se pudo probar que la empresa participó en un acuerdo cuya finalidad era la presentación coordinada de la mayor cantidad de empresas "aliadas", lo que en sí mismo es una conducta contraria a la libre competencia.

Sin embargo, este Despacho evidenció que la responsabilidad de **ERJAR** debía circunscribirse sólo a ocho de los nueve procesos por los que fue sancionada, por lo cual, después de revisar la valoración dada a la participación de **ERJAR** en la graduación de la multa impuesta, este Despacho procede a ajustarla⁷².

Frente a la valoración de la conducta procesal, **ERJAR** señaló que estuvo siempre disponible a atender oportunamente y de manera clara los requerimientos y solicitudes de la autoridad, por lo que esta valoración no debería tener un efecto neutro sino que debería beneficiar a **ERJAR** con la atenuación de la sanción. Por ejemplo, afirmó que fue de los pocos investigados que cumplió con publicar el aviso de apertura de la investigación de acuerdo con lo requerido por la SIC.

Al respecto, este Despacho recuerda que el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 señala lo siguiente:

⁷² Al respecto, cabe mencionar que, en la Resolución Sancionatoria se había establecido una baja participación de **ERJAR**, pues afectó un número reducido de procesos, en comparación con **A&E**, **SIINCO** o **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, por lo cual el ajuste de 9 a 8 procesos en los que se halló responsable solo refuerza la conclusión de baja participación usada para la graduación de la multa impuesta en la Resolución Sancionatoria.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"PARÁGRAFO. Serán circunstancias de **agravación** para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con **incumplimiento** de compromisos adquiridos o **de órdenes** de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La **colaboración** con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será **circunstancia de atenuación** de la sanción."*

Lo anterior significa que el simple cumplimiento de una orden de la autoridad, en este caso publicar el aviso de apertura de la investigación, así como cualquier otro requerimiento formulado por la Superintendencia durante la investigación, evitó que **ERJAR** viera aumentada su sanción por cuenta del agravante que implica el incumplimiento de órdenes de esta autoridad, por lo que el trámite observado y la participación de la sancionada se desarrollaron en el marco del cumplimiento de órdenes de esta autoridad.

Finalmente, frente al patrimonio, **ERJAR** señaló que para efectos de la determinación de la sanción no se debía imponer la misma sanción sobre el patrimonio independientemente del número de procesos presuntamente vulnerados, toda vez que esta participó en apenas el 12% de los procesos sancionados.

Al respecto, este Despacho encuentra tales afirmaciones inexactas, pues conforme se señaló antes, en la graduación de las multas se tuvo en cuenta el número de procesos en los que se halló responsable a cada agente de mercado, como elemento transversal que afectó la valoración de la Superintendencia frente al impacto de la conducta, la dimensión del mercado afectado y el grado de participación, con lo cual está claro que el número de procesos fue un elemento presente en la graduación de la multa en varios de los criterios valorados por esta entidad. En efecto, es claro que la multa impuesta a **ERJAR** fue proporcional a la impuesta a empresas que evidenciaron niveles de responsabilidad comparables en la conducta, tales como **ARKING, C&Z** y **ARIETE**.

Ahora bien, tal y como fue indicado por el Despacho en el acápite 3.2.1 del presente acto administrativo, deberá tenerse en cuenta que en lo referente a la responsabilidad de **ERJAR** y en relación con el proceso de selección contractual No. LP-002-2016 del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS) operó la caducidad de la facultad sancionatoria, por lo que se procederá a ajustar la sanción impuesta a la compañía.

En consecuencia de lo anterior, a **ERJAR** le será modificada la multa impuesta mediante la Resolución Sancionatoria, reduciéndola a la suma de **CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO CATORCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$151.832.114.00)** equivalentes a **CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y DOS UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (4.182 UVT)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, frente a la aplicación de los criterios de graduación de la multa impuesta a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, este señaló en su recurso de reposición que el Despacho no hizo una adecuada aplicación de los criterios de graduación de las sanciones previstas en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Para el sancionado la Entidad no sólo hizo un análisis insuficiente de cada uno de los criterios definidos por la norma, sino que además sólo los aplicó de cara a agravar la sanción, más no a atenuarla.

Específicamente, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** señaló que la Entidad decidió imponer multas claramente desproporcionadas y sin ningún criterio aparente, lo cual se vería reflejado en la tabla presentada en la página 22 de su recurso de reposición, donde se expresan las multas impuestas a personas naturales sancionadas, como porcentaje de la máxima multa aplicable de acuerdo con lo definido en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. A partir del cuadro presentado, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** resalta que recibió una multa equivalente al 12,26% del máximo aplicable por Ley, mientras que al resto de sancionados se les impone una multa que oscila entre el 0,39% y el 1,71% de la máxima multa aplicable.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por ejemplo, indicó que se le impuso una multa que es más de treinta veces superior a la impuesta a los representantes legales de **A&E** y **SIINCO**, que fueron las empresas sancionadas con un mayor porcentaje del patrimonio. Lo anterior, a pesar de que la Superintendencia identificó a **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA** y **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCIO** como las personas que diseñaron y ejecutaron la presunta dinámica anticompetitiva.

Para **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** lo anterior sería evidencia de que el Despacho se abstuvo de aplicar los distintos criterios de graduación de las sanciones para fijar multas realmente proporcionales para cada uno de los investigados, en consideración a su participación en la conducta objeto de investigación, el rol ocupado y la evidencia en su contra, contraviniendo los criterios de graduación de la sanción establecidos en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en concordancia con el artículo 50 del CPACA, que determina el imperativo legal de motivar y dosificar la sanción de acuerdo a la conducta del sujeto sancionado entre otros factores relacionados con la conducta, no con factores patrimoniales que nada tienen que ver con el comportamiento investigado.

Al respecto, este Despacho se permite recordar que, al igual que cualquier autoridad administrativa con funciones de inspección, vigilancia y control, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su rol de Autoridad única de Competencia tiene cierto margen de discrecionalidad respecto de la dosificación de las sanciones a imponer, guardando correspondencia con los criterios señalados por la ley. Esto implica que, de cara a determinadas conductas pueda dársele más preponderancia a un criterio que a otros.

No obstante lo anterior, dicho ejercicio de dosificación y cálculo de la multa no implica que la Autoridad se encuentre obligada a realizar un razonamiento expreso especial o detallado y específico para arribar al monto de la multa a imponer. Esta situación ha sido indicada por el Consejo de Estado, quien ha señalado que:

"[L]a 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 (...)"⁷³. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De conformidad con lo indicado por el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, 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. No obstante lo anterior, esta Autoridad en la Resolución Sancionatoria realizó una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación usados para definir el monto final de la multa de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**.

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, lo cual en este caso se logró al tener en cuenta el patrimonio de los infractores.

⁷³ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 20 de octubre de 2005, rad. No. 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en multas confiscatorias o expropiatorias prohibidas por la misma Constitución Política⁷⁴ y por el otro, en imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión⁷⁵ que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios, como el de protección a la libre competencia, en donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que termine eliminando un agente del mercado, pero tan baja que conlleve al incentivo perverso de generar una conciencia individual o colectiva sobre algo, a todas luces indeseado, como que "violar la ley paga".

Cabe recordar que el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 define los dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes (SMMLV) como tope máximo de multa a quien colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen.

En este sentido, si la Superintendencia de Industria y Comercio no hubiera tenido en cuenta la capacidad de pago de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** y se hubiera centrado solo en los criterios definidos por el mismo artículo para la graduación de la multa, al sancionado se le habría impuesto una multa de \$737.352.786, es decir, cerca de 812 SMMLV. Lo anterior evidencia que haber aplicado como criterio de proporcionalidad el patrimonio del sancionado, aseguró multas no expropiatorias o confiscatorias, no solo para los representantes legales de **A&E** y **SIINCO**, sino para **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** y los demás sancionados.

Así las cosas, este Despacho procede a pronunciarse frente a las observaciones particulares formuladas por **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, en cuanto a la valoración de los criterios de graduación de la multa impuesta:

Frente a la persistencia en la conducta, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** señaló que la persistencia de la conducta no puede ser medida con base en el número de procesos objeto de investigación, como lo hace la Superintendencia, sino que este criterio hace referencia a la existencia de antecedentes de investigaciones o sanciones impuestas por las mismas conductas objeto de la investigación, así como en la permanencia en la ejecución de la conducta investigada. Por lo anterior, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** afirmó que al no existir dichos antecedentes, ni evidencia de persistencia en la conducta, el criterio debería considerarse para atenuar la sanción impuesta.

Al respecto, este Despacho recuerda que los siguientes son criterios definidos para la graduación de sanciones a personas naturales, de acuerdo con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009:

1. La persistencia en la conducta infractora.
2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.
3. La reiteración de la conducta prohibida.
4. La conducta procesal del investigado, y
5. El grado de participación de la persona implicada.

Nótese que el artículo 26 citado no proporciona una definición de qué se entiende por persistencia de la Conducta, ni es explícito frente a los antecedentes como uno de los elementos de graduación de multas a personas naturales, como sí lo es para el caso de agentes de mercado en el párrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, donde la incluye como circunstancia agravante, junto con la persistencia en la conducta infractora. Es decir, está claro de la lectura de la Ley 1340 de 2009 que persistencia de la conducta y antecedentes en relación con infracciones no son sinónimos.

⁷⁴ "Artículo 34. Se prohíben las penas de destierro, prisión perpetua y confiscación.

No obstante, por sentencia judicial, se declarará extinguido el dominio sobre los bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro Público o con grave deterioro de la moral social".

⁷⁵ Craycraft, C., Craycraft, J. y Gallo, J. "Antitrust Sanctions and a Firm's Ability to Pay". Review of Industrial Organization 12. 1997. P. 171-183.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, frente a la persistencia de la conducta del sancionado, la valoración de esta Superintendencia resultó beneficiosa, teniendo en cuenta que su responsabilidad se halló probada sólo en un número reducido del total de procesos de contratación sancionados y, también se tuvo en cuenta que la participación de la empresa no persistió en el tiempo, toda vez que los contratos en los que se le halló responsable fueron de 2016, aun cuando la conducta en el resto de sancionados se extendió incluso a 2018. En el mismo sentido se expresa este Despacho en cuanto a la reiteración de la conducta, toda vez que esta Entidad valoró en su Resolución Sancionatoria que el sancionado no habría reiterado la conducta.

Así las cosas, no resultan de recibo los argumentos de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** frente a unas supuestas imprecisiones de este Despacho en la graduación de la multa impuesta; sin embargo, la sanción se ajustará teniendo en cuenta para la valoración de la persistencia, que **SIINCO** fue encontrada responsable en ocho de los nueve procesos por los que había sido sancionado su representante legal.

Frente al impacto de la conducta, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** reconoció que los acuerdos colusorios son considerados en sí mismos graves por la afectación que tienen no sólo a los competidores sino también a las entidades públicas, los recursos públicos, y en últimas a la población en general. Sin embargo, considera necesario analizar caso a caso el impacto real y efectivamente causado, así como los mercados afectados.

Frente al caso particular, señaló igualmente que ninguno de los procesos respecto de los cuales se investigó a **ERJAR** y consecuentemente a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, le fue adjudicado a esta compañía y de hecho en sólo uno de ellos **ERJAR** resultó beneficiado del sorteo, pero no presentó oferta económica. A lo anterior, agregó que tanto él como **ERJAR** se encontraron responsables de tan solo nueve procesos de selección, por lo que considera que las conductas investigadas no impactaron finalmente a la entidad pública y sólo pudo potencialmente afectar el mercado en aquellos procesos en que **ERJAR** resultó beneficiaria del sorteo.

Al respecto, este Despacho recuerda que **ERJAR** fue sancionada por afectar nueve procesos de contratación pública, que representaron recursos públicos por más de \$6.400 millones de pesos, adelantados por entidades del orden territorial y nacional, a las que se les impidió en estos nueve procesos de contratación, beneficiarse de un escenario de libre competencia económica que arrojara como resultado una asignación eficiente y transparente de los recursos públicos, privando los beneficios del funcionamiento competitivo del mercado.

En este sentido es evidente el impacto que tuvo la conducta reprochada sobre cada uno de los procesos de contratación pública en los que se probó la responsabilidad de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**.

Ahora bien, como ya se mencionó, este Despacho evidenció que la responsabilidad de **ERJAR** debía circunscribirse sólo a ocho de los nueve procesos de contratación, en los cuales se probó que la empresa participó en la conducta reprochada. En este sentido, se procede a ajustar la valoración del impacto, en función de los procesos en los que se probó responsable la empresa.

En cuanto a la valoración de la conducta procesal, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** señaló que se mantuvo siempre disponible a atender oportunamente y de manera clara los requerimientos y solicitudes de la autoridad, por lo que la valoración de la Entidad frente a este criterio no debe tener un efecto neutro sino que debe beneficiarlo con la atenuación de la sanción.

Al respecto, este Despacho recuerda que el simple cumplimiento de una orden de la autoridad durante la investigación es una obligación del investigado, que evita que sea sancionado por omisión a la hora de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta la autoridad de competencia. En este sentido, la participación de **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** durante los procedimientos de la Superintendencia se consideró normal dentro del trámite de la investigación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Finalmente, frente al grado de participación, este Despacho se permite recordar que la participación de **ERJAR** se encontró probada en ocho de los nueve procesos en los que se le halló responsable inicialmente en la Resolución Sancionatoria. En este contexto, **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** (representante legal de **ERJAR**), colaboró y ejecutó un acuerdo anticompetitivo cuyo fin era la participación coordinada de la mayor cantidad de empresas "aliadas" en distintos procesos de selección contractual del Estado.

Así entonces, teniendo en cuenta que respecto del proceso de selección No. LP-002-2016 del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD (INS), operó el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria, este Despacho procederá a ajustar la multa impuesta a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**.

En consecuencia de lo anterior, a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD** le será modificada la multa impuesta mediante la Resolución Sancionatoria, reduciéndola a la suma de **DOSCIENTOS NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$209.678.549.00)** equivalentes a **CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (5.775 UVT)** por incurrir en la responsabilidad dispuesta en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

3.4.5. Consideraciones sobre las multas impuestas a ARIETE y CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA

En primer lugar, **ARIETE** y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA** afirmaron en su recurso de reposición una indebida dosificación de las multas, por presuntamente no haber tenido en cuenta los criterios de los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por un lado, señalaron que la conducta de **ARIETE** no tuvo ningún beneficio, que por definición legal debe ser real y no meramente potencial. Por otro lado, afirmaron que no se tuvo en cuenta la cuota de mercado de la firma, lo cual presuntamente evidenciaría la poca incidencia del sancionado en el mercado.

Al respecto, este Despacho encuentra los argumentos de **ARIETE** y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA** insuficientes para demostrar que en efecto la dosificación de la multa no fue adecuada. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente: en primer lugar, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 establece, para efectos de graduar la multa, no solo el impacto que la conducta tenga sobre el mercado y el beneficio obtenido por el infractor, sino cinco criterios adicionales, los cuales también fueron usados para tasar la multa impuesta.

En segundo lugar, la Ley 1340 de 2009 establece como criterios de graduación de la multa el beneficio y el impacto, relacionadas en los numerales 1 y 3 del artículo 25, pero no determina que dichas variables deban ser estimadas y/o expresadas en cierta unidad de medida, es decir, pueden ser monetarias o de otra naturaleza.

En este caso, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados permitió su actuar coordinado en diferentes procesos de selección contractual del Estado, afectando doce (12) procesos de contratación bajo la modalidad de Selección Abreviada de Menor Cuantía, poniendo en riesgo recursos públicos por más de \$2.750 millones de pesos.

Así las cosas, la conducta reprochada afectó numerosos procesos de contratación pública, con entidades del orden territorial y nacional, impidiendo que estas entidades se beneficiaran de un escenario de libre competencia económica que arrojara como resultado una asignación eficiente y transparente de los recursos públicos, privando los beneficios del funcionamiento competitivo del mercado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Está claro entonces que, al margen de los cinco criterios adicionales de graduación de la multa definidos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, quedó probado que **ARIETE** se benefició de la conducta reprochada, y, es evidente que dicha conducta tuvo impacto en los términos definidos en el numeral 1 del artículo 25 y numeral 2 del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Ahora bien, frente a la participación de mercado de **ARIETE**, este Despacho encontró probada su participación en doce procesos de selección, y que su conducta afectó el 100% de los mercados definidos por estos procesos de selección, ya que el actuar coordinado de la sancionada con los demás competidores afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos. A partir de lo anterior, junto con el resto de criterios determinados en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho graduó la multa impuesta a **ARIETE**.

De otra parte, frente a la sanción impuesta a **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA**, representante legal de **ARIETE**, señaló que es evidente que el impacto de la conducta fue indebidamente valorado, pues la misma no tenía el potencial de causar ningún daño a la competencia.

Al respecto, este Despacho encuentra el argumento del sancionado insuficiente para demostrar que en efecto la dosificación de la multa no fue la adecuada. Lo anterior, teniendo en cuenta lo siguiente: en primer lugar, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 establece, para efectos de graduar la multa, no solo el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, sino cuatro criterios adicionales, los cuales también fueron usados por este Despacho en la graduación de la multa.

En cuanto al impacto de la conducta, este Despacho encontró probado que **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA**, colaboró, facilitó y ejecutó un acuerdo anticompetitivo cuyo fin era la participación coordinada de la mayor cantidad de empresas "aliadas" en distintos procesos de selección contractual del Estado. Con esta conducta **ARIETE** pudo afectar doce procesos de contratación pública bajo la modalidad de Selección Abreviada, que en total sumaron recursos públicos por más de \$2.750 millones de pesos, impidiendo que las entidades del Estado afectadas se beneficiaran de un escenario de libre competencia económica.

Por lo anterior, no resultan de recibo los argumentos presentados por **ARIETE** y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA**. En consecuencia, las multas impuestas, mediante la Resolución Sancionatoria, a ambos sancionados se mantendrán de acuerdo con lo definido en dicho acto administrativo.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2.1 del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Resolución No. 30415 del 20 de mayo de 2021, en relación con la multa impuesta a **SERVICIOS INTEGRALES DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. – SIINCO S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.264.026-9, por los motivos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución, el cual quedará así:

*"2.1. A **SERVICIOS INTEGRALES DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. – SIINCO S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.264.026-9, una multa de **CINCUENTA Y SIETE MILLONES SEISCIENTOS TREINTA Y OCHO MIL DOSCIENTOS NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$57.638.209.00)** equivalentes a **MIL QUINIENTAS OCHENTA Y SIETE UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (1.587 UVT)** por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992."*

ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2.5 del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Resolución No. 30415 del 20 de mayo de 2021, en relación con la multa impuesta a **ERJAR Y CIA S.A.S.**, identificada con NIT No. 860.354.608-7, por los motivos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución, el cual quedará así:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"2.5. A ERJAR Y CIA S.A.S., identificada con NIT No. 860.354.608-7, una multa de CIENTO CINCUENTA Y UN MILLONES OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS MIL CIENTO CATORCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$151.832.114.00) equivalentes a CUATRO MIL CIENTO OCHENTA Y DOS UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (4.182 UVT) por el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992."

ARTÍCULO TERCERO: MODIFICAR el numeral 4.1 del **ARTÍCULO CUARTO** de la Resolución No. 30415 del 20 de mayo de 2021, en relación con la multa impuesta a **JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.787.631, por los motivos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución, el cual quedará así:

"4.1. A JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.787.631, una multa de DIECINUEVE MILLONES DOSCIENTOS TRECE MIL CIENTO SETENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$19.213.187.00) equivalentes a QUINIENTAS VEINTINUEVE UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (529 UVT) por su participación en la ejecución de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009."

ARTÍCULO CUARTO: MODIFICAR el numeral 4.2 del **ARTÍCULO CUARTO** de la Resolución No. 30415 del 20 de mayo de 2021, en relación con la multa impuesta a **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.393.844, por los motivos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución, el cual quedará así:

"4.2. A CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.393.844, una multa de SEISCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL SETECIENTOS TREINTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$643.732.00) equivalentes a DIECIOCHO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (18 UVT) por su participación en la ejecución de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009."

ARTÍCULO QUINTO: MODIFICAR el numeral 4.6 del **ARTÍCULO CUARTO** de la Resolución No. 30415 del 20 de mayo de 2021, en relación con la multa impuesta a **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, identificado con cédula de ciudadanía No. 396.768, por los motivos señalados en la parte considerativa de la presente Resolución, el cual quedará así:

"4.6. A JAIME ALFONSO ARIAS MURAD, identificado con cédula de ciudadanía No. 396.768, una multa de DOSCIENTOS NUEVE MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$209.678.549.00) equivalentes a CINCO MIL SETECIENTOS SETENTA Y CINCO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (5.775 UVT) por su participación en la ejecución de la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009."

ARTICULO SEXTO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 30415 del 20 de mayo de 2021.

ARTÍCULO SÉPTIMO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **SERVICIOS INTEGRALES DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. – SIINCO S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.264.026-9; **ALCALÁ & ESPINOSA DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LTDA.**, identificada con NIT No. 900.214.108-0; **EMERSON ESCAMILLA MURTE**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.706.793; **EEM INGENIERÍA ELÉCTRICA, CIVIL Y DE TELECOMUNICACIONES S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.914.995-0; **ERJAR Y CIA S.A.S.**, identificada con NIT No. 860.354.608-7; **ARQUITECTURA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS DE COLOMBIA LTDA. – ARKING COLOMBIA LTDA.**, identificada con NIT No. 900.042.485-3; **C&Z INGENIEROS CIVILES S.A.S.**, identificada con NIT No. 830.048.012-7; **ARIETE INGENIERÍA & CONSTRUCCIÓN S.A.S.**, identificada con NIT No. 900.593.828-1;

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

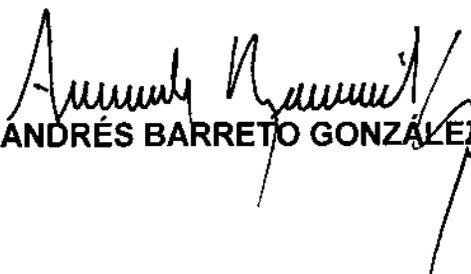
JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.787.631; **CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.393.844; **LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 93.392.034; **ORLANDO FEDERICO POLO OSPINO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 72.126.554; **JAIME ALFONSO ARIAS MURAD**, identificado con cédula de ciudadanía No. 396.768; **JOHAN CHÁVES REDONDO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.577.918 y **CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 83.229.949, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO OCTAVO: COMUNICAR la presente Resolución a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, identificada con el NIT. 800.152.783-2, para lo de su competencia, y a las Cámaras de Comercio de las ciudades en donde las sociedades sancionadas se encuentren registradas

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **31 AGO 2021**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

NOTIFICAR:

SERVICIOS INTEGRALES DE INGENIERÍA Y CONSTRUCCIÓN S.A.S. – SIINCO S.A.S.

NIT No. 900.264.026-9

JOHANNA ANDREA VILLAMIL FERRUCCIO

C.C. No. 52.787.631

CARLOS MARIO RAMÍREZ RODRÍGUEZ

C.C. No. 93.393.844

Apoderado

CARLOS ANDRÉS URIBE PIEDRAHITA

C.C. No. 71.788.301

T.P. 105.887 del C.S. de la J.

Transversal 1A No. 57 – 45, Piso 1 (103)

Bogotá D.C.

ALCALÁ & ESPINOSA DISEÑO Y CONSTRUCCIÓN LTDA.

NIT No. 900.214.108-0

LUIGI FABIÁN ALCALÁ ESPINOSA

C.C. No. 93.392.034

Apoderado

ALEXIS FARUTH PEREA SÁNCHEZ

C.C. No. 11.812.241

T.P. 146.643 del C.S. de la J.

Calle 31 No. 13A – 51, Oficina 337

Bogotá D.C.

aperea@pereasanchez.com

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

EMERSON ESCAMILLA MURTE

C.C. No. 79.706.793

EEM INGENIERÍA ELÉCTRICA, CIVIL Y DE TELECOMUNICACIONES S.A.S.

NIT No. 900.914.995-0

Apoderado

ERIK FERNANDO CAMACHO TOLOSA

C.C. No. 79.751.949

T.P. No. 165.910 del C.S. de la J.

ericfernandoc@yahoo.com

ERJAR Y CIA S.A.S.

NIT No. 860.354.608-7

JAIME ALFONSO ARIAS MURAD

C.C. No. 396.768

Apoderada

MARÍA CLAUDIA MARTÍNEZ BELTRÁN

C.C. No. 53.907.508

T.P. No. 190.493 del C.S. de la J.

Carrera 7 No. 71 – 21, Torre B – Oficina 602

Bogotá D.C.

mcmartinez@dlapipermb.com

ISUS OJA T E

ARQUITECTURA INGENIERÍA CONSTRUCCIONES Y SERVICIOS DE COLOMBIA LTDA. – ARKING COLOMBIA LTDA.

NIT No. 900.042.485-3

ORLANDO FEDERICO POLO OSPINO

C.C. No. 72.126.554

Apoderado

LUIS ALEJANDRO FERNÁNDEZ AGUILERA

C.E. No. 792.768

T.P. 308.702 del C.S. de la J.

Carrera 16 No. 86 B – 71, Oficina 101

Bogotá D.C.

luis@fernandezaguilera.com

C&Z INGENIEROS CIVILES S.A.S.

NIT No. 830.048.012-7

JOHAN CHÁVES REDONDO

C.C. No. 79.577.918

Apoderado

LUIS GABRIEL CAMPUZANO ALZATE

C.C. No. 1.014.198.941

T.P. No. 210.766 del C.S. de la J.

gcampuzano.lgca@gmail.com

ARIETE INGENIERÍA & CONSTRUCCIÓN S.A.S.

NIT No. 900.593.828-1

CARLOS AUGUSTO DÍAZ HERRERA

C.C. No. 83.229.949

Apoderada

MONICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO

C.C. No. 51.835.643

T.P. No. 54.310 del C.S. de la J.

Calle 69 No. 4 – 18, Oficina 501

Bogotá D.C.

monica.barrera@cpeconsultores.com

COMUNICAR

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NIT 800.152.783-2

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

BOGOTÁ D.C.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

CAMARA DE COMERCIO DE BOGOTA

NIT 8600073229
Calle 67 No. 8 – 32
BOGOTÁ D.C.

CAMARA DE COMERCIO DE IBAGUÉ

NIT 890700622-4
Carrera. 8 #60-55
ccibague@ccibague.org
IBAGUÉ TOLIMA