



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

RESOLUCIÓN **76185** DE 2019
(**24 DIC 2019**)

Radicación No. 15-168073

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

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

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019 (en adelante “Resolución No. 54338 de 2019” o “Resolución Sancionatoria”), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso **sanciones** a **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS, ELECTRO DISEÑOS S.A.** (en adelante “ELECTRO”), **ELENCO INGENIEROS S.A.S.** (en adelante “ELENCO”), **INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S.** (en adelante “OFFILINE”) y **CONAR INGENIERÍA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** (en adelante “CONAR”) por haber incurrido en la conducta descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Así mismo, se impusieron **sanciones** a **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) y **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**), por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340, por colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Las sanciones pecuniarias impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio a los agentes de mercado y personas naturales a ellos vinculados fueron las siguientes:

Tabla No. 1: Sanciones impuestas a los agentes de mercado y personas naturales

SANCIONADO		MONTO DE LA SANCIÓN
AGENTES DE MERCADO		
1	LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS	\$20.702.900
2	ELECTRO DISEÑOS S.A.	\$937.427.312
3	ELENCO INGENIEROS S.A.S.	\$71.217.976
4	INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S.	\$634.005.610
5	CONAR INGENIERÍA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN	\$351.949.300
PERSONAS NATURALES		
1	JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA	\$49.686.960
2	JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS	\$54.655.656
3	ALEXANDER ARANA OSUNA	\$23.187.248

Fuente: Resolución No. 54338 de 2019.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 54338 de 2019 y dentro del término legal correspondiente, **ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS, JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA, CONAR, ALEXANDER ARANA OSUNA, OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** interpusieron recursos de reposición.

Los siguientes fueron los argumentos planteados por los recurrentes:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2.1. Argumentos planteados por ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA¹

- La Superintendencia de Industria y Comercio no probó el contenido de las afirmaciones realizadas en la Resolución Sancionatoria como tampoco la idoneidad de la conducta para limitar la libre competencia económica.
- La Superintendencia de Industria y Comercio fundamentó la declaratoria de responsabilidad y consecuente imposición de sanciones en indicios que no concluyen la existencia de una conducta o comportamiento reprochable a la luz del ordenamiento jurídico.
- La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en varios yerros de valoración probatoria, situación que afecta el principio de la sana crítica. De esta forma, la Entidad les dio peso a ciertos medios probatorios sin explicar por qué razón desechaba otros que probaban lo contrario. Igualmente, realizó inferencias derivadas de indicios cuya valoración atenta contra las reglas de la sana crítica.
- La situación de control es un instrumento jurídico lícito y eficiente que permite a los empresarios generar beneficios para el mercado y los consumidores. Considerar que una situación de control sirve de fundamento para ejecutar actos anticompetitivos estigmatiza negativamente la figura.
- Sociedades que compartan recursos administrativos y que se encuentren sujetas al control de una misma persona pueden rivalizar y competir en el mercado.
- No es correcto afirmar que el hecho de existir una situación de control conlleva indefectiblemente la ejecución de una conducta anticompetitiva cuando las empresas del grupo se encuentren como competidores en un mercado.
- La situación de control respecto de **ELECTRO** y **ELENCO** era de público conocimiento. En esa medida, la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** tenía conocimiento de tal situación. Por ende, no existió engaño alguno de parte de **ELECTRO** y **ELENCO** a la entidad contratante.
- Los indicios presentados en la Resolución Sancionatoria reprochan la situación de control de **ELENCO** y **ELECTRO** y su participación en el proceso de selección.
- Las eficiencias económicas de unas empresas no pueden ser consideradas como indicios de un comportamiento anticompetitivo; tampoco como elementos de la coordinación de prácticas restrictivas de la libre competencia.
- Lo único que demuestran las pruebas obrantes en el Expediente es que existen criterios comunes a las empresas y unas políticas empresariales conforme a las cuales las tareas administrativas para la elaboración y presentación de propuestas a procesos de selección adelantados por el Estado se realizaban de manera conjunta.
- **ELECTRO**, **ELENCO**, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** son comerciantes, quienes buscan generar en todo momento mayores utilidades.
- La finalidad de la constitución de **ELENCO**, empresa que comparte aspectos esenciales con **ELECTRO**, fue la de abarcar un mercado diferente.
- **ELENCO** decidió competir contra **ELECTRO** en el proceso de selección para medirse en otros segmentos de mercado y así darle impulso a la sociedad.
- No existe prueba que demuestre el ánimo de la coordinación con fines anticompetitivos.
- La elaboración y utilización del cuadro de Excel de seguimiento de procesos, no son en sí mismos comportamientos que violen la libre competencia económica. Dentro de la investigación no fue posible encontrar en dicho cuadro otro proceso de selección en el que hubiera ocurrido

¹ Folios 1659 a 1674 del cuaderno público No. 8 del Expediente. **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** aportó un documento anexo al recurso de reposición, el cual se identifica con el radicado No. 15-168073- - 280, obrante a folio 1658 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

lo mismo que en la licitación pública No. 0070005635 de 2015 adelantada por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**.

- En ningún aparte de la Resolución Sancionatoria se encuentra prueba que fundamente la afirmación consistente en que “*se tomó la decisión de presentar dos propuestas independientes*” al proceso de licitación pública No. 0070005635 de 2015. Esta surgió a partir de una conjetura de la Superintendencia.
- Para establecer la existencia de un sistema anticompetitivo es menester probar, como la ha venido haciendo la Superintendencia de Industria y Comercio, una serie de “*acuerdos colusorios o tendientes a vulnerar la competencia en más de 1 ocasión*”, hecho que no se acreditó.
- Los valores de las ofertas económicas para las uniones temporales **UT ELECTRO OFFILINE** y **UT ELEN-CO** fueron fijados junto con **CONAR** y **OFFILINE**, respectivamente. Así, tanto **OFFILINE** como **CONAR** colaboraron con cotizaciones e información relevante para la formación de esos precios.
- Las propuestas presentadas por las uniones temporales **UT ELECTRO OFFILINE** y **UT ELEN-CO** no estuvieron coordinadas, pues la finalidad de las mismas fue la de competir entre ellas.
- Existieron sendas contradicciones en los testimonios rendidos por **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** y **ALEXANDER ARANA OSUNA** en lo relacionado con la elaboración de la propuesta. Sin embargo, la Superintendencia decidió darle valor al testimonio más gravoso para los investigados, apartándose de su deber legal consistente en resolver toda duda a favor del investigado.
- **CONAR** y **ALEXANDER ARANA OSUNA** no fueron conscientes de “*ningún acuerdo competitivo*” simplemente porque no existió.
- En ningún aparte de la Resolución Sancionatoria la Entidad hizo referencia al daño o su causación con la ejecución de las conductas al interior del proceso de selección. En consecuencia, la conclusión a la que debe arribarse es a que “*la conducta fue inocua frente al mercado*”.
- Debe tenerse en cuenta que la calificación de las ofertas económicas en el proceso de licitación pública No. 0070005635 de 2015 se realizó teniendo en cuenta la Tasa Representativa del Mercado (en adelante “TRM”) vigente para el día hábil siguiente al cierre del proceso. Las dos cifras decimales de esa tasa eran las que determinarían si el método aplicable sería el de media aritmética, media aritmética alta, media geométrica con presupuesto oficial o menor valor. Así las cosas, era imposible conocer el valor de esas cifras de manera previa a presentar las propuestas.
- En el caso en que el método aplicable para la calificación de las propuestas económicas hubiese sido el menor valor, la propuesta de la **UT ELECTRO OFFILINE** no hubiera sido seleccionada y, por ende, este proponente no hubiera sido el adjudicatario del contrato.
- Resultaba imposible para **ELENCO** y **ELECTRO** conocer el número exacto de proponentes que presentarían propuesta al proceso de selección, elemento relevante, toda vez que, en procesos de condiciones similares adelantados desde 2010 el número de propuestas presentadas ha ido desde una (1) hasta cincuenta y seis (56).
- No existe prueba dentro del Expediente que acredite que las sociedades, al haber coordinado el valor establecido en las ofertas económicas presentadas por ambas uniones temporales, hubiesen aumentado sus posibilidades de resultar adjudicatarias del contrato.
- Las conductas ejecutadas por los investigados no tuvieron la potencialidad de alterar el resultado del proceso de selección adelantado por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**. Lo anterior, por cuanto la calificación de la oferta económica era “*producto del azar*”.
- La propuesta presentada por la **UT ELECTRO OFFILINE** era la más idónea para resultar adjudicataria del contrato. En esa medida, al cumplir con la totalidad de requisitos solicitados en

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los pliegos de condiciones este proponente compitió en "*franca lite*" y en igualdad de condiciones. Prueba de ello es el acta de liquidación del contrato, la cual prueba que este se ejecutó correctamente.

- El monto de la sanción impuesta a **ELECTRO** resulta desproporcionado, exagerado e injusto. Debe tenerse en cuenta que con el pago de la multa se estaría afectando el empleo de más de noventa empleados directos y doscientos indirectos.
- No ha existido una sola multa o queja por la posible manipulación de licitaciones a favor de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** o de sus empresas.
- **ELECTRO** ni su representante legal son "*millonarios*". De haber participado en procesos con corrupción seguramente sí lo serían.
- La imposición de las multas tiene a **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** y a sus compañías al "*borde del cierre*".
- Se solicita al Superintendente de Industria y Comercio revocar la Resolución Sancionatoria o, de manera subsidiaria, reducir el monto de las sanciones impuestas.

2.2. Argumentos planteados por CONAR y ALEXANDER ARANA OSUNA²

- No existe prueba dentro del Expediente que demuestre que **ALEXANDER ARANA OSUNA** conoció o estaba en posibilidad de conocer la situación de control por parte de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** respecto de **ELECTRO** y **ELENCO**.
- La situación de control de **ELENCO** y **ELECTRO** no era evidente y siempre se mantuvo oculta, bajo ese entendido la Superintendencia de Industria y Comercio resolvió compulsar copias a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**.
- **CONAR** ni su representante legal participaron de la conducta anticompetitiva desplegada por las otras empresas, pues para **ALEXANDER ARANA OSUNA** era imposible conocer la situación de control. Contrario a esto, existen elementos probatorios que demostrarían que no existió responsabilidad de **CONAR** ni de **ALEXANDER ARANA OSUNA** y en esa medida se está abusando de su buena fe.
- **CONAR** ni su representante legal conocieron el valor de la oferta económica de la **UT ELENCO**, hecho que no fue probado por la Superintendencia, tampoco que el presupuesto hubiera sido elaborado por **ALEXANDER ARANA OSUNA**. Lo que si se encuentra probado es el hecho que **DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ**, funcionario de **ELECTRO**, la elaboró.
- **CONAR** ni su representante legal conocieron que la **UT ELECTRO-OFFILINE** fuera a presentar propuesta en el proceso de selección objeto de investigación. Tampoco se encuentra probado que **ALEXANDER ARANA OSUNA** hubiese participado en la elaboración de la oferta económica de la **UT ELECTRO-OFFILINE** o que conociera el valor de la misma.
- **ALEXANDER ARANA OSUNA** no participó en la audiencia de adjudicación, momento en el cual se puso de presente la aparente situación de control de **ELENCO** y **ELECTRO**.
- Existen inconsistencias probatorias en la Resolución Sancionatoria relacionadas con las inferencias realizadas por la Superintendencia a partir de varios correos electrónicos. Igualmente, con las afirmaciones realizadas por **ALEXANDER ARANA OSUNA** referentes a la situación de que **ELENCO** fue quien elaboró la totalidad de la propuesta presentada por la **UT ELENCO**.
- Se determinó que **CONAR** no tenía antecedentes en la comisión de conductas anticompetitivas y que mantuvo una conducta procesal neutra lo que impedía una agravación de la sanción. Sin embargo, a **ALEXANDER ARANA OSUNA** por haber tolerado la conducta se le impuso una sanción equivalente al 1,4% de la multa máxima aplicable.

² Folios 1677 a 1683 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Existe un error en el cálculo del monto de la sanción de **CONAR**. De corresponder la sanción al 0,03% de la multa máxima potencialmente aplicable, el monto de la misma debería ser de **VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA (\$24.843.480)**, equivalentes a **TREINTA (30) SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (SMMLV)**.
- Solicitan al Superintendente de Industria y Comercio revocar los numerales **4.2.** y **2.5.** de los artículos **CUARTO** y **SEGUNDO** de la Resolución Sancionatoria, o en subsidio, corregir y aclarar el numeral **2.5.** del artículo **SEGUNDO** del mismo acto.

2.3. Argumentos planteados por **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS**³

- La Resolución Sancionatoria no tiene un soporte probatorio que sustente la decisión.
- No existió una adecuación típica de la conducta de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** toda vez que le fue imputado el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece el monto de las sanciones a imponer a las personas que colaboren, faciliten, autoricen, ejecuten o toleren conductas violatorias de la libre competencia.
- La Superintendencia de Industria y Comercio vulnera el principio de presunción de inocencia, pues **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** son personas distintas a las uniones temporales investigadas.
- No existe certeza de la existencia de la responsabilidad de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS**.
- Las pruebas recaudadas por la Delegatura "*no son concretas, certeras y categóricas*" pues no prueban la responsabilidad de **OFFILINE** ni de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS**.
- Existió una indebida valoración probatoria en la medida en que toda prueba pericial, en caso de no apreciarse como tal, debe valorarse como prueba documental – informe técnico. De esta manera, si se hubiera valorado se habría arribado a la conclusión de que no se cometió una "*conducta típica por imposibilidad en el objeto*".
- La única relación entre **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** y **ELECTRO** surgió para conformar la **UT ELECTRO OFFILINE**, contratista que ejecutó de manera correcta el contrato que le fue adjudicado. No puede permitirse que este tipo de situación se convierta en una "*cacería de brujas*", lo cual implica que no haya lugar a la "*condena impartida*".
- No se probó el elemento subjetivo (intención) del investigado en cometer una conducta contraria a derecho. La Superintendencia no puede sancionar el fuero interno de una persona. Está probado que los correos electrónicos que se intercambiaron en la etapa de estructuración de la propuesta fueron remitidos a los correos corporativos de **ELECTRO**.
- Las acusaciones realizadas en la Resolución Sancionatoria son conclusiones derivadas de indicios, entre los cuales se encuentran frases como que **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** "*debió conocer*" cierta situación, hecho que resulta completamente arbitrario.
- No existió una valoración seria de las pruebas, lo cual viola el principio de comunidad de la prueba y el debido proceso. Igualmente, la carga de la prueba fue trasladada al investigado, lo cual viola el debido proceso.
- No existen nexos entre **ELECTRO** y **ELENCO** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS**, tales como que este sea accionista de alguna de esas sociedades.
- La Superintendencia violó el principio de favorabilidad y buena fe, pues interpretó las pruebas dándoles un alcance conforme al cual existió una conducta anticompetitiva, cuando los investigados manifestaron lo contrario.

³ Folios 1685 a 1706 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En la Resolución no se indicó con precisión qué norma del régimen de competencia desleal había vulnerado **OFFILINE**, pues el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 *"es muy ambiguo al determinar las conductas que limitan la libre competencia; por lo que la Ley 256 de 1996 (...) reguló el asunto de la referencia"*.
- El hecho de concretar la presentación de una oferta a un proceso de selección no implica automáticamente la ejecución de una conducta anticompetitiva por quienes son parte del respectivo negocio.
- El hecho que una conducta sea coordinada debe verse de forma individual y así proceder con un análisis más riguroso, pues de lo contrario se afectan principios propios del derecho administrativo sancionatorio.
- Lo único que hizo **OFFILINE** en la audiencia de adjudicación del contrato fue guardar silencio en torno a la situación puesta en conocimiento de la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** relacionada con la aparente inhabilidad de **ELECTRO** y **ELENCO**, lo cual es un derecho y no una conducta típica que conlleve a la violación de normas de competencia por omisión.
- La multa impuesta resulta excesiva y vulnera el principio de proporcionalidad.

2.4. Argumentos planteados por **OFFILINE**⁴

- La Resolución Sancionatoria se encuentra en contravía de los principios que rigen el sistema de administración de justicia y principios constitucionales (debido proceso, buena fe, derecho de defensa, presunción de inocencia). De igual forma, el acto atenta lo establecido en el artículo 333 de la Constitución, pues es contrario a la iniciativa privada y la libre empresa.
- En la decisión se desconoce lo establecido en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley 1437 de 2011.
- La Superintendencia de Industria y Comercio omitió valorar la totalidad del material probatorio presentado en los descargos, especialmente el dictamen pericial que fue aportado, el cual demuestra que **OFFILINE** nunca realizó un comportamiento restrictivo de la libre competencia.
- Nunca se tipificó la conducta imputada a **OFFILINE**.
- Teniendo en cuenta que *"la responsabilidad administrativa obedece a los principios penales"*, la Superintendencia no logró demostrar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de **OFFILINE** en el presente proceso.
- Era imposible conocer las intenciones de las otras empresas investigadas, de las cuales logró comprobarse que adelantaron *"conductas colusorias y anticompetitivas"*.
- El Estado no se vio afectado pues la denuncia interpuesta por el funcionario público ante la Superintendencia de Industria y Comercio fue posterior a la adjudicación del proceso, lo cual implicó que no se *"desembolsara un solo peso del heraldo (sic) público en esa Unión Temporal supuestamente colusoria"*.
- Existe desproporcionalidad en el monto de la sanción impuesta. Debe tenerse en cuenta que las multas no deben ser de carácter compensatorio sino sancionatorio, sin llevar a una sociedad a la quiebra financiera. De igual manera, la multa viola los principios de lesividad y gradualidad, generándole perjuicios a la sociedad, resultando confiscatoria.
- Del contenido de la Resolución Sancionatoria se evidencia falta de –e indebida– valoración probatoria, así como una falta de motivación, lo cual resulta contrario a la sana crítica. La Entidad indicó de manera caprichosa que existía una presunción de participación en un supuesto acuerdo con el gerente de **ELECTRO** y **ELENCO**, cuando el único *"pecado"* de **OFFILINE** fue ser parte de la **UT ELECTRO OFFILINE**.

⁴ Folios 1707 a 1733 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El Despacho dio el mismo manejo procesal y sustancial a todos los agentes de mercado involucrados, cuando cada uno debía tener una imputación jurídica propia.
- No existe prueba alguna obrante en el Expediente a partir de la cual pueda concluirse, más allá de duda razonable, que **OFFILINE** hubiese sido parte de "*un acuerdo comercial restrictivo cuyo objeto o efecto era el sabotaje de una licitación pública, a saber, numeral 9, del Artículo 47, del Decreto 2153 de 1992 (...)*".
- Los funcionarios de la Superintendencia violaron sus obligaciones legales, ya que fueron arbitrarios y se extralimitaron en el ejercicio de sus funciones, pues a lo largo del proceso administrativo sancionatorio no se desvirtuó la presunción de inocencia de **OFFILINE**.
- No existe vínculo o relación de **OFFILINE** con los demás participantes del proceso de licitación pública, como tampoco existe relación de subordinación o control con los demás agentes de mercado investigados. El haberse presentado a través de una unión temporal no implica "*cometer una conducta de grupo o estar bajo la misma matriz*".
- De no revocar la decisión serán los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio que tramitan el proceso, responsables por los daños causados a **OFFILINE**, por la quiebra de la misma y la deshonra causada a su reputación.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 (en adelante "Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" o "CPACA"), los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

En la medida en que los recurrentes no solicitaron pruebas, el Despacho, de conformidad con el artículo 80 del CPACA, pasará a resolver los recursos de reposición que fueron interpuestos contra la Resolución No. 54338 de 2019, dando respuesta a los argumentos presentados por los recurrentes.

3.1. Consideraciones preliminares

Conforme lo dispuesto en el artículo 333 de la Constitución Política, la libre competencia económica es un derecho colectivo que implica responsabilidades. El Estado garantiza el efectivo cumplimiento de este derecho a través de las distintas herramientas con las que cuenta la Superintendencia de Industria y Comercio, la cual, según el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, es la Autoridad Nacional de Competencia. En esa medida, es esta Entidad la encargada de intervenir en los diferentes mercados para propender porque la libre competencia económica no se obstruya o se restrinja por parte de los agentes de mercado. Esto encuentra fundamento en la necesidad de proteger el modelo económico adoptado por el constituyente de 1991: la economía social de mercado.

En palabras de la Corte Constitucional, este modelo económico "*reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero [...] 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*". Esta concepción del modelo debe entenderse en armonía con los propósitos de las actuaciones administrativas que adelanta esta Superintendencia, los cuales son: (i) la libre participación de las empresas en el mercado, (ii) el bienestar de los consumidores y (iii) la eficiencia económica (artículo 2 de la Ley 1340 de 2009).

Ahora bien, en la intervención que hace esta Entidad a través de la herramienta de control *ex post*, lo que ocurre es que se activa un proceso administrativo sancionatorio especial –el de prácticas restrictivas de la libre competencia– mediante el cual se busca investigar la posible ocurrencia de prácticas o conductas anticompetitivas, encontrar responsables por infracciones administrativas y, de ser el caso, imponer las multas correspondientes que buscan reprimir la conducta contraria a la ley y evitar que esta se vuelva a presentar.

Así, en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control que cumple la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco de las investigaciones por posibles prácticas restrictivas de la libre competencia económica debe observarse un procedimiento estrictamente

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

establecido en la ley. Este proceso administrativo sancionatorio especial se encuentra regido por leyes especiales de competencia, el CPACA y la Ley 1564 de 2012 (en adelante “Código General del Proceso” o “CGP”). Al respecto ha referido la Corte Constitucional:

“La (sic) 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”⁵.

Una vez adelantado el referido procedimiento, esta Superintendencia, de encontrar que existió una vulneración al régimen de la libre competencia económica, debe imponer las sanciones establecidas en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por otro lado, esta Entidad ha establecido que en el ejercicio de sus facultades legales debe fomentar la transparencia y competencia en los procesos de contratación adelantados por el Estado, en los cuales éste actúa como consumidor de bienes y servicios y frente al cual el valor que por ellos se paga proviene de los recursos públicos de todos los colombianos.

En consecuencia, es necesario que en el ámbito de la contratación estatal las actuaciones de las entidades públicas como de los proponentes se encuentre en línea con los principios y fines estatales, entre los que se encuentran el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y la adecuada y eficiente asignación de los recursos públicos⁶.

En este sentido, en esos mercados específicos, *“las consecuencias de una restricción indebida de la competencia en el marco de estos procesos de selección son particularmente graves [...] pues se presentan sobrecostos y pérdidas irrecuperables de recursos públicos que terminan por desfinanciar otras inversiones que el Estado debe realizar”⁷*, hecho que se traduce en afectaciones al bienestar social, desarrollo económico y eficiencia económica. Esto, por cuanto las compras públicas representan un porcentaje muy importante del PIB.

Frente a este particular, esta Superintendencia ha manifestado que:

*“Para el caso colombiano, la OCDE [ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO] presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado “Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia”. En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que **las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal.***

Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado”⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta lo señalado por la **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO** (en adelante “OCDE”):

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 61366 del 7 de noviembre de 2019.

⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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

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

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

Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, **la regulación o los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico.** Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios (...)⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Así mismo, esa Organización ha señalado que:

“Los diversos documentos que presentan las empresas en un proceso de licitación contienen señales que apuntan hacia una conspiración para manipularla. Aunque las empresas que participan en el acuerdo para manipular la licitación intentarán mantenerlo en secreto, el descuido, la culpa o la ostentación por parte de los conspiradores puede derivarse en señales que, en última instancia, llevan a descubrir la conspiración. Es importante comparar cuidadosamente todos los documentos en busca de evidencia que apunte a pruebas sobre la preparación de ofertas por la misma persona o que fueron preparadas en conjunto.

- La detección de errores idénticos en los documentos de presentación de oferta o las cartas presentadas por compañías diferentes, como las faltas de ortografía.

- **Ofertas de compañías diferentes que presentan caligrafía o tipos de letra similares o que utilizan formatos o papelería idéntica.**

- **Documentos presentados por una compañía que hacen referencia directa a ofertas de competidores o que utilizan papel membretado o el número de fax de otro licitador.**

- Ofertas de diferentes compañías que contienen errores de cálculo idénticos.

- Ofertas de diferentes compañías que contienen un número significativo de estimaciones idénticas del costo de ciertos artículos.

- Los paquetes de diferentes compañías presentan sellos postales o marcas postales similares. Los documentos de licitación de compañías diferentes presentan numerosos ajustes de último minuto, como el uso de corrector blanco u otras alteraciones físicas.

⁹ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). 2014. Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia, p. 3.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Documentos de licitación presentados por compañías diferentes que contienen menos detalles de los necesarios o esperados, o que **presenten otros indicios de no ser genuinos**.

- Los competidores presentan ofertas idénticas o los precios presentados por los licitadores aumentan en incrementos regulares¹⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Bajo este contexto, es relevante insistir en que en la presente investigación esta Entidad dio cuenta de que a través de las uniones temporales **UT ELECTRO OFFILINE** y **UT ELEN-CO**, las sociedades integrantes de las mismas –junto con el controlante de dos de ellas–, esto es **ELECTRO** y **OFFILINE** y, **ELENCO** y **CONAR**, vulneraron la libre competencia económica en el marco del proceso de licitación pública No. 0070005635 de 2015 adelantado por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**.

La anterior situación se habría presentado en tanto **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) en ejercicio del control competitivo que ostentaba sobre **ELENCO** y **ELECTRO**, determinó la presentación de las propuestas de ambas compañías a través de dos uniones temporales diferentes. De igual manera, se demostró que **ELECTRO** y **ELENCO** compartían aspectos societarios esenciales, así como instalaciones, un cuadro de seguimiento de procesos y el área encargada de estructurar las propuestas que serían presentadas a procesos de selección contractual adelantadas por entidades estatales. Así mismo, se acreditó que los valores de las ofertas económicas habían sido determinados por la misma persona, quien era funcionario de **ELECTRO**.

Por su parte, el Despacho encontró que **CONAR** y **OFFILINE** eran conscientes o al menos estuvieron en capacidad de conocer que **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) era quien controlaba a **ELECTRO** y a **ELENCO** y a pesar de esta situación, pudiendo evitar o cesar la conducta anticompetitiva, no realizaron ninguna acción encaminada a cumplir con tal fin. Igualmente, se logró probar que **CONAR** y **OFFILINE** aceptaron participar en el proceso de selección y remitieron los documentos correspondientes, habiendo otorgado su respectivo aval a cada una de las propuestas que en efecto fueron presentadas. Por ende, sin su participación y aceptación del despliegue de la conducta restrictiva de la competencia, no hubiera sido posible que esta se materializara.

Teniendo claros los motivos por los que los investigados fueron hallados responsables, y las pruebas que los sustentaron, el Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

3.2. Consideraciones respecto a la supuesta falta de motivación de la Resolución Sancionatoria y la indebida valoración probatoria

Encuentra el Despacho que un número considerable de los argumentos presentados por los recurrentes tiene que ver con la supuesta falta de motivación de la Resolución Sancionatoria, la cual se concreta en la aparente carencia de pruebas de las afirmaciones realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio. Estos están estrechamente ligados con la aparente indebida valoración probatoria realizada por esta Entidad.

En este sentido, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **ELECTRO**, **ELENCO** y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio (i) no probó el contenido de las afirmaciones realizadas en la Resolución Sancionatoria; (ii) realizó inferencias derivadas de indicios cuya valoración atenta contra las reglas de la sana crítica; (iii) realizó conjeturas equivocadas a partir de las pruebas presentadas; (iv) no demostró que **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** hubiera tomado la decisión de presentar dos propuestas independientes al proceso de licitación pública; y (v) incurrió en varios yerros de valoración probatoria, por cuanto no estableció por qué motivo le daba "peso" a ciertas pruebas y "desechaba" otras. En ese orden de ideas la conducta anticompetitiva no estaría probada.

Por su parte, **CONAR** y **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) establecieron que (i) no existe prueba que demuestre el conocimiento de la situación de control de

¹⁰ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). 2009. Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas, anexo 2, p. 91.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS (representante legal de **ELECTRO**); (ii) no participaron de la conducta ilegal; (iii) no se probó que hubieran conocido o contribuido al valor económico de la propuesta presentada por la **UT ELEN-CO**; (iv) no conocieron que **ELECTRO** fuera a presentar propuesta como tampoco participaron en la formación del valor de la oferta económica de la **UT ELECTRO-OFFILINE**; y (v) existen inconsistencias probatorias relacionadas con inferencias realizadas por la Superintendencia de Industria y Comercio de ciertos correos electrónicos.

A su vez, **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) indicó que no existe ningún soporte probatorio para la declaratoria de su responsabilidad administrativa y que existió indebida valoración probatoria del dictamen pericial aportado.

Finalmente, **OFFILINE** refirió que (i) la Superintendencia de Industria y Comercio omitió valorar la totalidad del material probatorio presentado en los escritos de descargos; (ii) valoró indebidamente las pruebas, lo que se traduce en una falta de motivación del acto; (iii) se estableció una presunción de participación en el acuerdo anticompetitivo; y (iv) no existe prueba que permita concluir más allá de duda razonable que la sociedad hubiese sido parte de un acuerdo ilegal.

Para responder los argumentos presentados por los recurrentes el Despacho se referirá a (i) las pruebas que demostraron la existencia de la conducta restrictiva de la libre competencia económica, en las que se fundamentó la decisión administrativa; (ii) los indicios como medio probatorio en el ordenamiento legal colombiano; (iii) la valoración probatoria que se realizó de conformidad con las reglas de la sana crítica; (iv) la valoración del dictamen pericial aportado por **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**); y (v) la falta de motivación de los actos administrativos. Del análisis anterior se arribará a la conclusión de que la Resolución No. 54338 de 2019 contó con un sustento probatorio sólido que demostró la violación del régimen de la libre competencia económica y consecuentemente llevó a la declaratoria de responsabilidad e imposición de sanciones.

(i) Pruebas que demostraron la existencia de la conducta restrictiva de la libre competencia

Este Despacho estableció en la Resolución Sancionatoria que **ELECTRO**, **ELENCO**, **CONAR**, **OFFILINE** y **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), al haberse presentado al proceso de licitación pública No. 0070005635 de 2015 adelantado por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** a través de las uniones temporales **UT ELECTRO OFFILINE** y **UT ELEN-CO** aparentando competir cuando en realidad dos de los integrantes de estas estructuras plurales obedecían a un interés común.

En esa medida, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), a través de esas dos uniones temporales logró incrementar las posibilidades de que el contrato estatal le fuera adjudicado a su grupo de empresas, puesto que, independientemente de cuál proponente ganara, los beneficios serían percibidos por el controlante común. Lo anterior se materializó puesto que el contrato estatal, en efecto, fue adjudicado a la **UT ELECTRO OFFILINE**.

Así, el control competitivo ejercido por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) sobre **ELENCO** y **ELECTRO** fue utilizado en su beneficio en el proceso de selección contractual para aumentar las probabilidades de resultar adjudicatario del contrato; práctica que no se hubiera materializado en el mercado sin la participación de **CONAR** y **OFFILINE**.

En esa medida, en la Resolución Sancionatoria se presentó abundante material probatorio (correos electrónicos, documentos, declaraciones, testimonios e indicios) que valorado integralmente demostró que los investigados violaron el régimen de la libre competencia. Así, se presentaron pruebas directamente relacionadas con la situación de control competitivo ejercido por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) sobre **ELECTRO** y **ELENCO** y la coordinación en la elaboración de las propuestas que fueron presentadas por las uniones temporales, en la cual **CONAR** y **OFFILINE** jugaron un papel fundamental.

A continuación, se hará un recuento de las pruebas utilizadas en la Resolución Sancionatoria, lo cual demuestra que no existió una falta de motivación en la misma, hecho que, además, conlleva a reiterar que los investigados violaron el régimen de la libre competencia económica.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En primer lugar, se encontró probado que **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) ejercía control societario y competitivo sobre **ELECTRO** y **ELENCO**. El primero quedó acreditado con los datos de la composición accionaria de las sociedades, el segundo con las pruebas que a continuación se presentan.

Tabla No. 2: Pruebas del control competitivo de ELECTRO y ELENCO

No.	Medio probatorio	Prueba
1	Declaración LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS (representante legal de ELECTRO)	<p>"DELEGATURA: ¿Quién da el visto final de participar o no participar en una licitación o no?</p> <p>LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS: Yo, yo"¹¹.</p> <p>(...)</p> <p>"DELEGATURA: ¿Quién va recopilando esa información?</p> <p>LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS: Vuelvo y repito, la información administrativa se hace ya, la información técnica del presupuesto se hace acá y tomamos la decisión, yo la tomo o asesorado por otros ingenieros que realmente conozcan. Algunos tengo la experticia y puedo tomar la decisión solo, en algunos pues consulto con gente (...)"¹².</p> <p>(...)</p> <p>"DELEGATURA: Y, ¿quiénes participan en todo ese proceso que ha dicho?</p> <p>LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS: No, participan las cuatro personas, <u>participo yo</u>, participa un ingeniero eléctrico o mecánico o civil dependiendo el proceso pues que le eche una miradita y que diga esos precios sí están estos precios no están, allá es muy difícil, acá necesitamos además de lo que nos piden otras cosas, o sea intervienen una serie de profesionales que dan sus opiniones (...)"¹³.</p> <p>"DELEGATURA: ¿Y luego posteriormente?</p> <p>LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS: No, simplemente se arma la licitación, se lleva, <u>nosotros en el cuadro de control ya le hacemos un seguimiento a las licitaciones que presentamos</u>, hay unos plazos en los que sale la licitación donde seguramente nos piden subsanar algo o (...)"¹⁴.</p>
2	Correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACION "	<p>"De: luis eduardo bermudez c. <luis.bermudez@electrodisenos.com> Enviado: 11/9/2011 4:12:18 PM +0000 Para: JAIRO LOPEZ (jairolopezu@gmail.com); 'jairo.lopez@electrodisenos.com' Asunto: RV: PLIEGOS LICITACION Datos adjuntos: PLIEGOS CONVOCATORIA_028_DE_2011_7_Pliegos_7-1.pdf</p> <p>Jairo, este es prepararla en documentos"¹⁵.</p>
3	Correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO "	<p>"De: ELENCO INGENIEROS <elenco.ingenieria@gmail.com> Enviado: 5/4/2012 12:44:05 AM +0000 Para: <u>luis.bermudez@electrodisenos.com</u> Asunto: LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO Archivos adjuntos: ETB Cableado estructurado.PDF</p> <p>PARA SU REVISION Y COMENTARIOS</p>

¹¹ Folio 439 del cuaderno público No. 3 del Expediente, DVD, carpeta TESTIMONIOS, carpeta AUDIO, archivo "Grabación de audio 2015-09-16 10-37-03 (Gerente Luis Bermúdez)". Min: 14:34.

¹² Folio 439 del cuaderno público No. 3 del Expediente, DVD, carpeta TESTIMONIOS, carpeta AUDIO, archivo "Grabación de audio 2015-09-16 10-37-03 (Gerente Luis Bermúdez)". Min: 20:07.

¹³ Folio 439 del cuaderno público No. 3 del Expediente, DVD, carpeta TESTIMONIOS, carpeta AUDIO, archivo "Grabación de audio 2015-09-16 10-37-03 (Gerente Luis Bermúdez)". Min: 19:44.

¹⁴ Folio 439 del cuaderno público No. 3 del Expediente, DVD, carpeta TESTIMONIOS, carpeta AUDIO, archivo "Grabación de audio 2015-09-16 10-37-03 (Gerente Luis Bermúdez)". Min: 21:01.

¹⁵ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: 01_ELECTRODISEÑOS_LUIS_E_BERMUDEZ.ad1/Archivos de Outlook:D:\2015\Documents\Archivos de Outlook\luis.bermudez@electrodisenos.com.pst\luis.bermudez@electrodisenos.com/Elementos enviados\RV: PLIEGOS LICITACION (OID: 843306).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	Medio probatorio	Prueba
		<p>--</p> <p>JAIRO G. LOPEZ URREA Representante Legal Calle 4 No. 34 A 16 PBX (1) 3600 742 FAX (1) 3511 158 e-mail: elenco.ingenieria@gmail.com Bogotá D.C. – Colombia¹⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).</p>
4	Correo electrónico "Oferta para presentación"	<p>"De: <u>ELENCO INGENIEROS <elenco.ingenieria@gmail.com></u> Enviado: 6/27/2014 2:38:45 PM +0000 Para: <u>carlosgonzalez@colincol.com; luis.bermudez@electrodisenos.com</u> Asunto: Oferta para presentación Archivos adjuntos: doc37322920140627093723.pdf</p> <p>ANEXO LO SOLICITADO</p> <p>--</p> <p>JAIRO G. LOPEZ URREA Representante Legal</p> <p>Calle 4 No. 34 A 16 PBX (1) 3600 742 FAX (1) 3511 158 e-mail: elenco.ingenieria@gmail.com Bogotá D.C. – Colombia¹⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto original).</p>
5	Correo electrónico "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO COLEGIO MARYMOUNT"	<p>"De: <u>ELENCO INGENIEROS <elenco.ingenieria@gmail.com></u> Enviado: 3/5/2013 6:26:09 PM +0000 Para: dianae@pizanoponcedeleon.com; fercada@hotmail.com; <u>luis.bermudez@electrodisenos.com</u> CC: agaray@pizanoponcedeleon.com Asunto: COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO - COLEGIO MARYMOUNT Archivos adjuntos: Cotizacion MARYMOUNT.pdf; Caracteristicas Tecnicas.pdf</p> <p>Adjunto a la presente nos permitimos remitir <u>Propueta para el SUMINISTRO E INSTALACIÓN DE CANCHAS PARA BALONCESTO - COLEGIO MARYMOUNT</u></p> <p>Cordialmente,</p> <p>--</p> <p>JAIRO G. LOPEZ URREA Representante Legal</p> <p>Calle 4 No. 34 A 16 PBX (1) 3600 742 FAX (1) 3511 158 e-mail: elenco.ingenieria@gmail.com Bogotá D.C. – Colombia¹⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).</p>
6	Testimonio de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ	<p>"DELEGATURA: ¿LUIS EDUARDO qué instrucciones o qué papel juega dentro de la estructura?</p> <p><u>DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHORQUEZ: Digamos que esa parte, ahí en ocasiones en que ellos se sientan, los lunes tenemos un comité, donde toda la empresa ve qué posibilidades de trabajo tenemos...</u></p>

¹⁶ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO (OID: 4856469).

¹⁷ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: 01_ELECTRODISEÑOS_LUIS_E_BERMUDEZ.ad1/Archivos de Outlook:D:\2015\Documents\Archivos de Outlook/lu.bermudez@electrodisenos.com.pst/lu.bermudez@electrodisenos.com/Principio del archivo de datos de Outlook/Bandeja de entrada/Oferta para presentación (OID: 869387).

¹⁸ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO - COLEGIO MARYMOUNT (OID: 4858438).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	Medio probatorio	Prueba
		<p>DELEGATURA: Cuando tú dices nos reunimos, ¿quiénes se reúnen?</p> <p>DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHORQUEZ: Ingenieros, ingenieros de obra, el gerente, también asiste doña NEILA LÓPEZ y asiste don JAIRO que es el de licitaciones. <u>Se presenta en el comité el cuadro de seguimiento que llevamos de todas las licitaciones y digamos que ahí nos damos por enterados todos. Y ahí mismo se charla el ingeniero con don JAIRO, bueno sí o no esta licitación cumplimos o no, esa entidad no vamos o cualquier cosa sí muy parcial, no es que se sientan a ver una por una y se decide todo no.</u> Se lee una por una y de acuerdo más o menos al objeto ahí veces dice no, no esa no vamos o de pronto solo por el presupuesto o que está en Popayán, por ejemplo. Entonces está en Popayán y vale cien millones, no por allá no vamos porque vale muy poco"¹⁹.</p>
7	Testimonio de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE	<p>DELEGATURA: Puede indicarle a este Despacho, ¿cuál es el procedimiento previo al interior de la sociedad para presentar una propuesta a un proceso de contratación pública?</p> <p>JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE: ¿El procedimiento? Sí claro. Primero se bajan las licitaciones del SETCOM, <u>después de que se bajan se pasan a un cuadro que manejamos acá, la compañía maneja un cuadro de licitaciones.</u> Después, en mi caso, yo leo la licitación, se la paso a JAIRO LÓPEZ que es la persona que maneja licitaciones y después ya, <u>la decisión de si hacemos la licitación ya queda en manos de otra instancia que es el ingeniero LUIS EDUARDO BERMÚDEZ que es el que toma la decisión, de hacer la licitación"</u>²⁰.</p>
8	Testimonio MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN	<p>DELEGATURA: ¿Quién o quiénes son las personas encargadas de tomar la decisión de participar o no en ciertos procesos?</p> <p>MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN: Eh el Gerente, JAIRO LÓPEZ y el Gerente de ELECTRO DISEÑOS LUIS EDUARDO BERMÚDEZ"²¹.</p> <p>(...)</p> <p>MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN: <u>El tema de las decisiones sí, efectivamente, se hace por mayor número de acciones que tenga la persona y en este caso generalmente las reuniones se hacen con el ingeniero LUIS EDUARDO BERMÚDEZ que es el mayor accionista y don JAIRO LÓPEZ que es el segundo accionista mayoritario entre ellos casi siempre toman las decisiones, o siempre las toman.</u></p> <p>DELEGATURA: Correcto. ¿Esta misma situación se presenta para las sociedades ELENCO y ELECTRO?</p> <p>MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN: Sí señor"²².</p> <p>DELEGATURA: <u>En el caso que el señor LUIS EDUARDO BERMÚDEZ opte por no participar en un proceso de contratación, ¿esa decisión es definitiva?</u></p> <p>DELEGATURA: <u>Sí señor, es definitiva. Él es el que decide si se participa o no se participa.</u></p> <p>MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN: Sí señor, él es el que dice.</p> <p>DELEGATURA: <u>¿Así ocurre para KA S.A., para ELENCO y para ELECTRO?</u></p> <p>MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN: Sí señor"²³.</p>

¹⁹ Folio 439 del cuaderno público No. 3 del Expediente, DVD, carpeta TESTIMONIOS, carpeta AUDIO, archivo "Grabación de audio 2015-09-16 14-22-49 (Ing. Diego Castillo)". Min: 7:20.

²⁰ Folio 239 del cuaderno público No. 2 del Expediente, CD carpeta TESTIMONIOS, carpeta GRABACION, archivo "JAIRO GUSTAVO LOPEZ URREA". Min: 4:23.

²¹ Folio 684 del cuaderno público No. 4, CD, Carpeta DECLARACION, archivo "Martha Valiente". Min: 8:30.

²² Folio 684 del cuaderno público No. 4, CD, Carpeta DECLARACION, archivo "Martha Valiente". Min: 10:30.

²³ Folio 684 del cuaderno público No. 4, CD, carpeta DECLARACION, archivo "Martha Valiente". Min: 11:18.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	Medio probatorio	Prueba
9	Testimonio de LUCY YOLANDA VARGAS BENAVIDES	<p><i>"DELEGATURA: Señora Lucy, ¿usted conoce si entre ELENCO INGENIERIA S.A.S. y ELECTRO DISEÑOS S.A. existe alguna relación entre esas dos personas jurídicas?"</i></p> <p><i>LUCY YOLANDA VARGAS BENAVIDES: Tengo entendido, ELECTRO DISEÑOS es la empresa grande y ELENCO INGENIEROS es una de las empresas pequeñas que ellos manejan, es del mismo grupo. O sea, creo que tienen es ELECTRO DISEÑOS el representante legal es el señor LUIS EDUARDO BERMÚDEZ y ELENCO INGENIEROS es JAIRO LÓPEZ, que es uno de los empleados, ELENCO INGENIEROS son como empleados de ELECTRO.</i></p> <p><i>DELEGATURA: Sabe usted si existe otra empresa relacionada con ELENCO INGENIEROS S.A.S. y ELECTRO INGENIEROS S.A.S.</i></p> <p><i>LUCY YOLANDA VARGAS BENAVIDES: KASA S.A.</i>"²⁴.</p>

Fuente: Elaboración a partir de las pruebas presentadas en la Resolución No. 54338 de 2019.

Del contenido de las pruebas presentadas en la tabla anterior se concluyó que (i) **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) decidía a qué procesos de selección contractual debían presentar propuesta **ELENCO** y **ELECTRO** (también la sociedad **KA S.A.**); (ii) **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), atendía las órdenes y directrices emitidas por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** pues era quien lideraba la estructuración de propuestas y a su vez le enviaba posibles oportunidades de negocio para que este último tomara una decisión y comentara; (iii) **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** era actualizado de los negocios de las compañías y hacía seguimiento de los procesos en los cuales participaban las sociedades; (iv) semanalmente se realizaban reuniones entre el personal de **ELECTRO** y **ELENCO** en las que se analizaba y revisaba el cuadro de seguimiento a distintos procesos de selección en los que se presentaría propuesta o ya se había presentado, reuniones en las que intervenía **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS**; y (v) terceras personas, tales como funcionarios del corredor de seguros que expedía las pólizas de seriedad y cumplimiento, conocían que las sociedades pertenecían al mismo "grupo", en las que **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA**, aparte de ser representante legal de **ELENCO**, era uno de los empleados.

Consecuentemente se encontró –y así se afirmó– que el control societario²⁵ ejercido por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) sobre **ELECTRO** y **ELENCO** convergía con el control competitivo. Así, dicha persona influenciaba la política empresarial de las sociedades, determinando a qué proceso de selección y de qué manera participarían en esos procesos; situación que, como se expuso en la Resolución Sancionatoria y se pasa a resumir, fue el fundamento de la infracción administrativa en la que incurrieron los investigados. Igualmente, en el acto recurrido se establecieron algunos elementos que servían como muestra del referido control competitivo.

Se encontró que entre **ELECTRO** y **ELENCO** existían sendas coincidencias en aspectos (i) societarios tales como objetos sociales similares, mismo domicilio, algunos accionistas en común, así como mismos representantes legales y miembros de junta; (ii) de funcionamiento, tales como que compartían el grupo de funcionarios que componían el área de licitaciones; y (iii) seguimiento en conjunto de los procesos de selección a los que se presentaban.

Frente al primer punto, las pruebas que sustentaron ese hecho fueron los certificados de existencia y representación legal de **ELENCO** y **ELECTRO**, así como la declaración de **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), información suministrada por las dos compañías relacionada con la composición accionaria de las mismas y sus miembros de junta directiva y lo establecido en la declaración de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**).

Respecto el segundo punto, éste encontró sustento en las declaraciones de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), **DIEGO FERNANDO LÓPEZ URREA** (funcionario de **ELECTRO**), **JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE** (funcionario de **ELENCO**), así como el correo

²⁴ Folio 569 del cuaderno público No. 4, carpeta FOLDER01, archivo "160519_003". Min: 8:27.

²⁵ Hecho que, al no encontrarse que haya habido declaratoria de la situación de control societario se decidió remitir copias de la actuación administrativa a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

electrónico “*propuesta económica*”. A partir de estas pruebas se demostró que cada una de esas personas cumplía una función determinada dentro del esquema anticompetitivo.

Tabla No. 3: Funcionarios de ELENCO y ELECTRO y sus respectivas funciones

No.	Funcionario	Funciones
1	JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA	<ul style="list-style-type: none">• Seguir directrices e instrucciones impartidas por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS.• Relacionadas con la parte jurídica y administrativa de las propuestas que eran presentadas por ELECTRO, ELENCO y KA S.A., era quien lideraba el área de licitaciones.• A su vez, era el Gerente de ELENCO y KA S.A. y representante legal de la primera.• Asesor financiero de ELECTRO.
2	DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ	<ul style="list-style-type: none">• Seguir directrices e instrucciones impartidas por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS.• Elaborar todas las ofertas económicas que presentaban ELENCO, ELECTRO y KA S.A., es decir, establecer el valor o precio final de cada oferta.
3	JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE	<ul style="list-style-type: none">• Colaborar con aspectos administrativos de la estructuración de propuestas.• Recaudar documentos para la elaboración de las propuestas.• Entregar propuestas en entidades públicas en Bogotá.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con fundamento en las pruebas obrantes en el Expediente.

Como se observa, estos tres funcionarios eran los encargados de la elaboración y estructuración de propuestas al interior de **ELECTRO** y **ELENCO**, quienes desempeñaban sus funciones de acuerdo con los lineamientos establecidos por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), contando con su aval respectivo.

En tercer lugar, se encontró un cuadro de seguimiento de procesos a los que presentaban propuesta **ELECTRO** y **ELENCO**, el cual fue referido por **JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE** (funcionario de **ELENCO**), **DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ** (funcionario de **ELECTRO**) y **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**). El referido documento fue el siguiente.

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Imagen No. 1: Cuadro “Seguimiento A Licitaciones 2015-.xlsx”

CONTROL LICITACIONES PUBLICAS OBRAS ELECTRICAS Y CIVILES										25 de junio de 2015
										1 DE 1
LICITACIONES EN PROCESO										
Proceso No.	Entidad	Objeto	Ciudad	Apertura	5-jun-15	Visita	Evaluacion	Observaciones		
				Manifestacion		Fecha	Hora	10-jul-15		
				Fecha	Hora	Obligatoria		Ponder		
				Sorteo		Cierre		Ponder		
		Presupuesto		Fecha	Hora	Fecha	Hora	# Proponen		
1	SED-LP-DCCEE-030-2015	BOGOTÁ D.C. - SECRETARIA DE EDUCACION	BOGOTÁ D.C.	26-jun-15	10:00 a. m.				CONSORCIO BRYKA	
2	DIRBOG LP N° 01 DE 2015	FISCALIA GENERAL DE LA NACION (FGN)	BOGOTÁ D.C.	2-jul-15	11:00 a. m.				CONSORCIO EDYKA	
3	LICITACION-CA-017-2015	SERVICIO NACIONAL DE APRENDIZAJE (SENA)	Tolima : El Espenal	30-jun-15	10:00 a. m.				UNION TEMPORAL HR DISEÑOS	
4	70005654(LP-07 DE 2015)	ANTIOQUIA - ALCALDIA MUNICIPIO DE MEDELLIN	Antioquia - Medellin	30-jun-15	10:00 a. m.				ELECTRO DISEÑOS S.A.	
19	SA 33 DE 2015	ANTIOQUIA - INSTITUTO TECNOLOGICO METROPOLITANO - MEDELLIN	Antioquia : Medellin	22-jun-15	5:00 p. m.				ELENCO INGENIEROS S.A.S.	
20	SA017-2015	ANTIOQUIA - INSTITUTO DE DEPORTES Y RECREACION DE MEDELLIN - INDER	Antioquia - Medellin	25-jun-15	4:00 p. m.				ELECTRO DISEÑOS S.A.	
8	SF LP-002-2015	SUPERINTENDEN FINANCIERA DE COLOMBIA	Bogotá D.C.	26-jun-15	10:00 a. m.				CONSORCIO ELENCO DISEÑOS Ato. Puesto en Evaluacion	
9	82-00-A-COFAC-DINSA-2015	FUERZA AEREA COLOMBIANA	Cundinamarca : Puerto Salgar	16-jun-15	10:00 a. m.				ELECTRO DISEÑOS S.A.	
10	0070005651 (LP-10 DE 2015)	ANTIOQUIA - ALCALDIA MUNICIPIO DE MEDELLIN	Medellin	18-jun-15	10:30 a. m.				ELECTRO DISEÑOS S.A.	

Fuente: Tomado del correo electrónico elenco.ingenieria@gmail.com²⁶.

Conforme lo indicaron algunos de los declarantes, el cuadro era utilizado para hacer seguimiento de los procesos a los que se presentaban las compañías²⁷. Como se estableció en la Resolución Sancionatoria, del contenido del documento es posible concluir el manejo, vigilancia y conocimiento común por **ELECTRO** y **ELENCO**.

En consecuencia, el Despacho encontró probado el control ejercido por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) sobre **ELECTRO** y **ELENCO**, el cual, inclusive, se vio reflejado en elementos de funcionamiento de las compañías.

El segundo elemento que quedó acreditado fue que para el proceso objeto de investigación, las sociedades **ELECTRO** y **ELENCO**, integrantes de dos uniones temporales diferentes, presentaron propuestas coordinadas a la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**. Esto siguiendo el esquema de funcionamiento de esos dos agentes de mercado. Para lo anterior, **CONAR** y **OFFLINE** jugaron un papel esencial, pues sin su participación la conducta ilegal no se hubiera materializado en el

²⁶ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Licitaciones/Seguimiento A Licitaciones 2015-.xlsx (OID= 4865603).

²⁷ Folio 439 del cuaderno público No. 3 del Expediente, DVD, carpeta TESTIMONIOS, carpeta AUDIO, archivo “Grabación de audio 2015-09-16 10-37-03 (Gerente Luis Bermúdez)”. Min: 18:06 y 21:01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

proceso de licitación pública No. 0070005635 de 2015 adelantado por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**.

La coordinación de las propuestas presentadas por la **UT ELECTRO OFFILINE** y **UT ELEN-CO** se sustentó en las siguientes pruebas.

Tabla No. 4: Pruebas de la coordinación de las propuestas presentadas

Etapas/asunto	UT ELECTRO OFFILINE	UT ELEN-CO
Identificación del negocio	Correo electrónico "RV: licitación pública medellin cam" enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA el 14 de mayo de 2015 ²⁸ .	
Solicitud de remisión de documentos para elaboración de la propuesta / envío de documentos	Correo electrónico "LICITACIÓN PÚBLICA 0070005635 DE 2015" enviado por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA desde su correo corporativo de ELECTRO a LINA GINETH MARTÍNEZ SALDARRIAGA de OFFILINE , LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y ELENCO ²⁹ el 20 de mayo de 2015, a través del cual solicitó el envío de ciertos documentos para la elaboración de la propuesta.	Correos electrónicos "CORREO 1 - DOCUMENTOS CONAR INGENIERIA S.A.S." ³⁰ , "CORREO 2 - R.U.P. CONAR INGENIERIA S.A.S." ³¹ , "CORREO 3 - CAPACIDAD RESIDUAL CONAR INGENIERIA S.A.S." ³² , "CORREO 4 - INFORMACION FINANCIERA A 2014 CONAR INGENIERIA S.A.S." ³³ , "CORREO 5 - INFORMACION FINANCIERA A 2013 CONAR INGENIERIA S.A.S." ³⁴ mediante los cuales CRISTIAN FABIÁN GÓMEZ VALENCIA remitió los documentos de CONAR al correo corporativo de ELECTRO de JAIRO LÓPEZ URREA y a ALEXANDER ARANA OSUNA .
Solicitud elaboración oferta económica	Correo electrónico "Fwd: PROPUESTA ECONÓMICA - ALCALDÍA MEDELLÍN" enviado por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA a DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ en el que aparece ligado un correo enviado por ELENCO a DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ con los formularios 3 y 6 (de la propuesta económica) del	No se encontró.

²⁸ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: 01_ELECTRODISEÑOS_LUIS_E_BERMUDEZ.ad1/Archivos de Outlook:D:\2015\Documents\Archivos de Outlook/lui.bermudez@electrodiseños.com.pst/lui.bermudez@electrodiseños.com/Elementos enviados/RV: licitacion publica medellin cam (OID: 857767).

²⁹ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/LICITACION PÚBLICA 0070005635 DE 2015 (OID: 4866617).

³⁰ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 1 - DOCUMENTOS CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709366).

³¹ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 2 - R.U.P. CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709280).

³² Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 3 - CAPACIDAD RESIDUAL CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709362).

³³ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 4 - INFORMACION FINANCIERA A 2014 CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709275).

³⁴ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 5 - INFORMACION FINANCIERA A 2013 CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709185).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	proceso objeto de investigación ³⁵ . Del 21 de mayo de 2015.	
Solicitud de información adicional / otro	Correo electrónico del 22 de mayo de 2015, "DOCUMENTOS LICITACION" a través del cual JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA solicitó a LINA GINETH MARTÍNEZ SALDARRIAGA llenar y remitir unos formatos relacionados con la capacidad residual de OFFILINE ³⁶ .	Correo electrónico del 28 de mayo de 2015, "Fwd: UNIÓN TEMPORAL", por medio del cual JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA desde su correo corporativo de ELECTRO remitió a CRISTIAN FABIÁN GÓMEZ VALENCIA el modelo de constitución de la unión temporal para que fuera firmada por JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS y devuelta para proceder a solicitar la póliza de seriedad ³⁷ .
Envío de la oferta económica	Correo electrónico del 28 de mayo de 2015, "Re: PRESUPUESTO MEDELLIN" por medio del cual DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ remitió al correo de ELENCO los formatos correspondientes a la oferta económica de la UT ELECTRO OFFILINE a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA diligenciados. El costo total de la propuesta contenido en el formulario No. 3 fue de \$5.397.715.124 ³⁸ .	Correo electrónico "Re: PRESUPUESTO MEDELLIN" ³⁹ , enviado el 29 de mayo de 2015 por DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA y a los correos electrónicos de ELENCO y KA S.A. Este tuvo como documento adjunto el formulario No. 3, en el cual se estableció que el costo total de la propuesta sería de \$5.390.751.320 ⁴⁰ .
Solicitud de la póliza de seriedad de la oferta	Correo electrónico del 28 de mayo de 2015, "PÓLIZA - ALCALDÍA DE MEDELLIN" enviado del correo de ELENCO a WILLIAM QUINTERO GONZÁLEZ ⁴¹ . Este fue enviado a las 4:00:27 p.m.	Correo electrónico del 28 de mayo de 2015, "PÓLIZA - ALCALDÍA DE MEDELLIN", enviado desde el correo de ELENCO a WILLIAM QUINTERO GONZÁLEZ a las 9:05:44 p.m. ⁴²
Envío de la póliza de seriedad de la oferta expedida	Correo electrónico "Fwd: POLIZA UT OFFILINE" enviado el 29 de mayo por WILLIAM QUINTERO GONZÁLEZ a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA y a	N/A

³⁵ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: PROPUESTA ECONÓMICA - ALCALDÍA MEDELLIN (OID: 4865257)

³⁶ Folio 347 del cuaderno público No. 2. PATH: 04_OFFILINE_LINA_MARTINEZ.ad1/usuario:C:\Users\usuario/Documents/Archivos de Outlook/licitaciones@offline.com.co.pst/[deleted]/DOCUMENTOS LICITACION (OID=6558557).

³⁷ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Fwd: UNION TEMPORAL (OID: 712739).

³⁸ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: IMG_PARC_MAIL_DIEGO_CASTANEDA_ELECTRODISENOSSA.ad1/correo juan:C:\Users\mauricio\Desktop\correo juan/diego.castaneda@electrodiseños.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: PRESUPUESTO MEDELLIN/UT_EDSA_OFFI_ALCALDIA_MEDELLIN.xlsx (OID: 1163001).

³⁹ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: IMG_PARC_MAIL_DIEGO_CASTANEDA_ELECTRODISENOSSA.ad1/correo juan:C:\Users\mauricio\Desktop\correo juan/diego.castaneda@electrodiseños.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: PRESUPUESTO MEDELLIN (OID: 1162877).

⁴⁰ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: IMG_PARC_MAIL_DIEGO_CASTANEDA_ELECTRODISENOSSA.ad1/correo juan:C:\Users\mauricio\Desktop\correo juan/diego.castaneda@electrodiseños.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: PRESUPUESTO MEDELLIN/Propuesta Economica CAM gasto KASA.xlsx (OID: 1162878).

⁴¹ Folio 347 del cuaderno público No. 2. PATH: 04_OFFILINE_LINA_MARTINEZ.ad1/usuario:C:\Users\usuario/Documents/Archivos de Outlook/licitaciones@offline.com.co.pst/[deleted]/DOCUMENTO UNION TEMPORAL (OID=6558250).

⁴² Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/PÓLIZA - ALCALDÍA DE MEDELLIN (OID: 4865187).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	los correos de ELENCO y KA S.A. ⁴³ , cuyo documento adjunto fue la póliza de la UT ELECTRO OFFILINE . Correo que a su vez, fue remitido del correo de ELENCO al correo corporativo de ELECTRO de JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA ⁴⁴ .	
Comunicación expedición póliza	Correo electrónico " <i>Fwd: POLIZA UT OFFILINE</i> " enviado por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA a LINA GINETH MARTÍNEZ SALDARRIAGA , en el que se adjuntó la póliza de seriedad que se presentaría con la propuesta de la UT ELECTRO OFFILINE ⁴⁵ .	N/A
Poder audiencia de adjudicación	Correo electrónico " <i>PODER PARA ADJUDICACIÓN</i> " remitido por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA a LINA GINETH MARTÍNEZ SALDARRIAGA el que tenía como dato adjunto el poder conferido por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ⁴⁶ .	N/A
Comunicación después de la adjudicación	Correo electrónico " <i>POLIZAS CONTRATO MEDELLIN</i> ", enviado por NANCY JOVANNA RIVERA FORERO (funcionaria de ELECTRO) a OFFILINE y LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS ⁴⁷ .	Este proponente no fue el adjudicatario.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de las pruebas presentadas en la Resolución No. 54338 de 2019.

Como se observa, quien identificó el proceso y remitió el pliego de condiciones fue **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) a **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**). Por tal razón, y, teniendo en cuenta lo establecido en la **Tabla No. 2**, resulta factible concluir que la decisión de haber presentado dos propuestas independientes hubiere proveniendo de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS**.

Este proceso interno de elaboración de las propuestas, el cual fue coordinado y que no era público hasta la expedición de la Resolución de Apertura de Investigación, encuentra correlación con algunos de los elementos establecidos por la **OCDE** como indicios de la existencia de presuntas prácticas restrictivas de la libre competencia al interior de procesos de contratación del Estado. Estos indicios fueron las similitudes en las portadas, letras, encabezados e índices de las propuestas presentadas por la **UT ELECTRO OFFILINE** y **UT ELEN-CO**⁴⁸.

⁴³ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: POLIZA UT OFFILINE (OID: 4865234).

⁴⁴ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: POLIZA UT OFFILINE (OID: 4865234).

⁴⁵ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: 04_OFFILINE_LINA_MARTINEZ.ad1/usuario:C:\Users\usuario/Documents/Archivos de Outlook/licitaciones@offline.com.co.pst/[deleted]/Fwd: POLIZA UT OFFILINE (OID: 6560021).

⁴⁶ Folio 347 del cuaderno público No. 2. PATH: 04_OFFILINE_LINA_MARTINEZ.ad1/usuario:C:\Users\usuario/Documents/Archivos de Outlook/licitaciones@offline.com.co.pst/[deleted]/PODER PARA ADJUDICACION (OID=6559368).

⁴⁷ Folio 347 del cuaderno público No. 2. PATH: 04_OFFILINE_LINA_MARTINEZ.ad1/usuario:C:\Users\usuario/Documents/Archivos de Outlook/licitaciones@offline.com.co.pst/licitaciones@offline.com.co/Elementos eliminados/POLIZAS CONTRATO MEDELLIN (OID=6568257).

⁴⁸ Folio 86 del cuaderno público No. 1 del Expediente, archivos "U.T Elenco l_08-05-2015-153019" y "U.T electro offline 1_08-05-2015-142831".

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

De conformidad con el material probatorio presentado y las conclusiones a las cuales se arribó en la Resolución Sancionatoria, el Despacho reitera que en efecto las propuestas presentadas por las uniones temporales **UT ELECTRO OFFILINE** y **UT ELEN-CO** a la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** fueron coordinadas y en tal medida, teniendo en cuenta el control ejercido por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) respecto de **ELECTRO** y **ELENCO**, se violó la libre competencia económica. Este hecho además fue reconocido por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), quienes manifestaron que su comportamiento en el proceso de selección en cuestión no había sido adecuado⁴⁹.

Vale la pena reiterar que, en efecto, los valores económicos de las propuestas presentados a la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** correspondieron a los mismos establecidos en los formularios No. 3 y enviados por **DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ** (funcionario de **ELECTRO**), como consta en el acto de adjudicación⁵⁰.

En este punto resulta relevante indicar que, contrario a lo indicado por **ELECTRO**, **ELENCO**, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) en su recurso de reposición, no fue posible determinar que **OFFILINE** o **CONAR** hubiesen intervenido en el proceso de determinación del valor de la oferta económica. Lo único que se tiene frente a este punto es el hecho que **DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ** (funcionario de **ELECTRO**) remitiera los formularios con el valor de cada una de las ofertas económicas que, en efecto fue presentado a la entidad pública.

Por ende, le asiste razón a **CONAR** y a **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) respecto a que el valor de la propuesta fue establecido por ese funcionario de **ELECTRO**. Además, ese valor se estableció de manera coordinada con la finalidad de aumentar las posibilidades de que alguna de las empresas de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) resultara adjudicataria del contrato, hecho que en efecto ocurrió.

No debe perderse de vista que durante el proceso de selección **CONAR** y **OFFILINE** pudieron conocer o confirmar que **ELECTRO** y **ELENCO** correspondían a un mismo interés: el de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**). Esto por cuanto ambas sociedades intervinieron de manera activa en el proceso.

Para el caso de **OFFILINE** dan cuenta de esta situación (i) el escrito de observaciones presentado por **OFFILINE** el 15 de mayo de 2015⁵¹, suscrito por **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) y (ii) el acta de la audiencia de adjudicación en la que aparece que un proponente manifestó que existía un conflicto de interés entre la “*U.T. Elen-co y U.T. Electro-offiline son el mismo proponente y por ende existe un mismo interés; por lo que solicita nuevamente a la administración aplicar la causal de rechazo 14*”⁵² a lo cual la apoderada de la **UT ELECTRO OFFILINE** respondió que no era el momento para “*aclarar y cambiar inhabilidades*”⁵³.

Por su parte, la participación activa de **CONAR** en el proceso en cuestión se encuentra acreditada por la presentación de observaciones el 15 y 22 de mayo de 2015⁵⁴. Además, para demostrar que la relación comercial entre **CONAR** y el grupo de empresas de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) estaba consolidada, el Despacho presentó un

⁴⁹ Folio 1289 del cuaderno público No. 6 del Expediente, archivo “15-168073-091117”. Min: 22:21 y folio 1289 del cuaderno público No. 6 del Expediente, archivo “15-168073-091117”. Min: 1:06:03.

⁵⁰ Folio 86 del cuaderno público No. 1 del Expediente, carpeta secop, archivo “ADA_PROCESO_15-1-137306_205001001_15382664”.

⁵¹ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: IMG_PARC_MAIL_DIEGO_CASTANEDA_ELECTRODISENOSA.ad1/correo_juan:C:\Users\mauricio\Desktop\correo_juan/diego.castaneda@electrodiseños.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: PRESUPUESTO MEDELLIN/Propuesta Economica CAM gasto KASA.xlsx (OID: 1162878).

⁵² Folio 86 del cuaderno público No. 1 del Expediente, archivo “DA_PROCESO_15-1-137306_205001001_15416960”.

⁵³ Folio 86 del cuaderno público No. 1 del Expediente, archivo “DA_PROCESO_15-1-137306_205001001_15416960”.

⁵⁴ Folio 86 del cuaderno público No. 1 del Expediente, archivos “DA_PROCESO_15-1-137306_205001001_14698211” y “DA_PROCESO_15-1-137306_205001001_14769084”.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

correo cuyo asunto fue "Fwd: RV: LICITACIÓN LP 002 DE 2015- REFORZAMIENTO BPP"⁵⁵ en el cual **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) remitió a **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** un link para que estudiara determinado proceso de selección junto a **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) para ver si se presentaban, pues tenían bastantes posibilidades de resultar adjudicatarios. Esta prueba fundamenta el hecho de que **ALEXANDER ARANA OSUNA** y, por ende, **CONAR** eran conscientes de que **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** trabajaban juntos.

Finalmente, otro indicio de la existencia de la práctica anticompetitiva fue el hecho de que la propuesta de la **UT ELEN-CO** hubiera sido rechazada por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** por no haber subsanado los requisitos de capacidad financiera y organizacional. Teniendo en cuenta el contexto presentado, la omisión de subsanar ese requisito demostraría la falta de interés de competir de **ELENCO** y **CONAR**.

Considera el Despacho relevante en este punto hacer una revisión de la totalidad de pruebas utilizadas en la Resolución Sancionatoria conforme las cuales fue posible arribar a la conclusión de que las personas investigadas incurrieron en responsabilidad administrativa al infringir disposiciones normativas del régimen de la libre competencia económica. Esto demuestra que la decisión que se tomó fue motivada.

Tabla No. 5: Pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria y su mérito probatorio

No.	Tema	Prueba	Mérito
1	Control societario	Información relacionada con la composición accionaria de ELECTRO .	Fue suministrada por ELECTRO y su contenido fue corroborado por ELECTRO , ELENCO , LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS (representante legal de ELECTRO) y JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA (representante legal de ELENCO) en su escrito de observaciones presentadas al Informe Motivado, así como en sus descargos.
2		Información relacionada con la composición accionaria de ELENCO .	Fue suministrada por ELENCO y su contenido fue corroborado por ELECTRO , ELENCO , LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS (representante legal de ELECTRO) y JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA (representante legal de ELENCO) en su escrito de observaciones presentadas al Informe Motivado, así como en sus descargos.
3		Observaciones al Informe Motivado de ELECTRO , ELENCO , LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA .	Corroborado con la información de la composición accionaria suministrada por ELECTRO y ELENCO y con el contenido de sus descargos.
4		Escrito de descargos ELECTRO , ELENCO , LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA .	Corroborado con la información de la composición accionaria suministrada por ELECTRO y ELENCO y reiterado en las observaciones presentadas al Informe Motivado por ELECTRO , ELENCO , LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS (representante legal de ELECTRO) y JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA (representante legal de ELENCO).
5	Control competitivo	Declaración LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	Corroborada con el correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN" enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA , correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO - COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ

⁵⁵ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: 01_ELECTRODISEÑOS_LUIS_E_BERMUDEZ.ad1/Archivos de Outlook:D:\2015\Documents\Archivos de Outlook\lui.bermudez@electrodisenos.com.pst\lui.bermudez@electrodisenos.com/Principio del archivo de datos de Outlook/Bandeja de entrada/Fwd: RV: LICITACIÓN LP 002 DE 2015- REFORZAMIENTO BPP (OID: 882866).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	Tema	Prueba	Mérito
			CARDENAS , declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ , declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE , declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN y declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .
6		Correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN " enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA .	Corroborado con la declaración de LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO – COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ , declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE , declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN y declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .
7		Correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	Corroborado con la declaración de LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN " enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA , correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO – COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ , declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE , declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN y declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .
8		Correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	Corroborado con la declaración de LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN " enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA , correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO – COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ , declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE , declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN y declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .
9		Correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO – COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	Corroborado con la declaración de LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN " enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA , correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ , declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE , declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN y declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .
10		Declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ .	Corroborada con la declaración de LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN " enviado por LUIS EDUARDO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	Tema	Prueba	Mérito
			BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA , correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO – COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE , declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN y declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .
11		Declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE .	Corroborada con la declaración de LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN" enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA , correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO – COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ , declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN y declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .
12		Declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN .	Corroborado con la declaración de LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN" enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA , correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO – COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ , declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE y declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .
13		Declaración LUCY YOLANDA BENAVIDES .	Corroborado con la declaración de LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "RV: PLIEGOS LICITACIÓN" enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA , correo electrónico "LICITACION ETB CABLEADO ESTRUCTURADO" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo electrónico "Oferta para presentación" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , correo "COTIZACIÓN CANCHAS PARA BALONCESTO – COLEGIO MARYMOUNT" enviado por ELENCO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS , declaración de DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ , declaración de JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE y declaración de MARTHA MARLENY VALIENTE PACHÓN .
14	Otros elementos del control societario y	Certificados de existencia y representación legal de ELENCO y ELECTRO .	Son documentos públicos. Información confirmada por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA en declaración.
15		Declaración JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA .	Corroborado por la información contenida en los Certificados de existencia y representación legal de ELENCO y ELECTRO .

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	Tema	Prueba	Mérito
16		Declaración LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	En consonancia con lo establecido por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA en declaración y con el documento " <i>Seguimiento A Licitaciones 2015-.xlsx</i> ".
17		Declaración JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA .	En consonancia con lo establecido por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS en declaración.
18		Declaración DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ .	En consonancia con lo establecido por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS en declaración, con lo establecido en el correo electrónico "propuesta económica" remitido por ELENCO a DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ y por lo señalado por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA en declaración.
19		Declaración JAIRO ANDRÉS LÓPEZ YATE .	En consonancia con lo establecido por DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA LÓPEZ en declaración, por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS en declaración y con el documento " <i>Seguimiento A Licitaciones 2015-.xlsx</i> ".
20		Documento en Excel " <i>Seguimiento A Licitaciones 2015-.xlsx</i> ".	Corroborado y explicado por DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA LÓPEZ y por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS en sus respectivas declaraciones.
21	Relación entre los integrantes de las uniones temporales	Correo electrónico " <i>Fwd: Cantidades eléctricos cenop</i> ", enviado por ALEXANDER ARANA OSUNA a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
22		Correo electrónico " <i>Re: DOCUMENTOS SOLICITADOS</i> ", enviado por NANCY JOVANNA RIVERA FORERO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y MAIRA ALEJANDRA MUÑOZ TINJACÁ .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
23		Documento " <i>Composición Accionaria (3)</i> " de ELECTRO .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELENCO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
24		Correo electrónico " <i>Solicitud Información Urgente</i> " enviado por OMAR GARCÍA a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a CONAR . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
25		Declaración ALEXANDER ARANA OSUNA .	Corroborada con correos electrónicos " <i>Solicitud Información Urgente</i> " enviado por OMAR GARCÍA a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y " <i>Re: DOCUMENTOS SOLICITADOS</i> ", enviado por NANCY JOVANNA RIVERA FORERO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y MAIRA ALEJANDRA MUÑOZ TINJACÁ .
26		Declaración JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS .	Corroborado por el correo electrónico " <i>PROPUESTA COLEGIO POLFAT</i> " enviado por IVÁN DAVID LEMA BERNAL a ELENCO y KA S.A.
27		Correo electrónico " <i>PROPUESTA COLEGIO POLFAT</i> " enviado por IVÁN DAVID LEMA BERNAL a ELENCO y KA S.A.	Corroborado por JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS en su declaración.
28		Coordinación en la presentación	Modelos cartas de constitución formas asociativas de ELENCO y ELECTRO presentadas al

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	Tema	Prueba	Mérito
		proceso de licitación objeto de investigación.	
29		Pliegos de condiciones proceso de licitación pública No. 0070005635.	Documento público suministrado por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN .
30		Informe de Evaluación de la licitación pública No. 0070005635.	Documento público suministrado por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN .
31		Acto de Adjudicación de la licitación pública No. 0070005635.	Documento público suministrado por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN .
32	Conducta coordinada en el proceso de licitación pública No. 0070005635	Correo "RV: licitación pública medellin cam" enviado por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
33		Correo electrónico "LICITACIÓN PÚBLICA 0070005635 DE 2015" enviado por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA a LINA MARTÍNEZ SALDARRIAGA, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y ELENCO .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELENCO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
34		Correo electrónico "Fwd: PROPUESTA ECONÓMICA - ALCALDÍA MEDELLIN".	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELENCO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
35		Documento en Excel "DOCUMENTOS MEDELLIN".	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELENCO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
36		Correo electrónico "DOCUMENTOS LICITACIÓN" enviado por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA a LINA MARTÍNEZ SALDARRIAGA .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a OFFILINE . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
37		Correo electrónico "Re: PRESUPUESTO MEDELLÍN" enviado por DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ a ELENCO .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
38		Documento "UT_EDSA_OFFI_ALCALDI A_MEDELLIN.xlsx".	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
39		Acto de adjudicación de la licitación pública No. 0070005635.	Documento público suministrado por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN .
40		Correo electrónico "PÓLIZA - ALCALDÍA DE MEDELLIN" enviado por ELENCO a WILLIAM QUINTERO .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a OFFILINE . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
41		Correo "POLIZA UT OFFILINE" enviado por WILLIAM QUINTERO a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELENCO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
42		Correo electrónico "Fwd: POLIZA UT OFFILINE" enviado por JAIRO	Información recolectada en visita de inspección administrativa a OFFILINE . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	Tema	Prueba	Mérito
		GUSTAVO LÓPEZ URREA a LINA GINETH MARTÍNEZ SILDARRIAGA.	
43		Declaración WILLIAM QUINTERO GONZÁLEZ.	Corroborado por los documentos de la composición accionaria de ELECTRO y ELENCO .
44		Declaración LINA GINETH MARTÍNEZ SILDARRIAGA.	Corroborado por el correo electrónico "Re: PRESUPUESTO MEDELLIN " enviado por DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA a ELENCO .
45		Correo electrónico " PODER PARA ADJUDICACIÓN " enviado por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA a LINA GINETH MARTÍNEZ SILDARRIAGA.	Información recolectada en visita de inspección administrativa a OFFILINE . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
46		Poder conferido por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS a JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS	Información recolectada en visita de inspección administrativa a OFFILINE . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
47		Acta audiencia de adjudicación.	Documento público suministrado por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN
48		Observaciones presentadas por OFFILINE en el marco del proceso de licitación pública No. 0070005635.	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
49		Correo electrónico " POLIZAS CONTRATO MEDELLIN ", enviado por NANCY JOVANNA RIVERA FORERO a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS y OFFILINE.	Información recolectada en visita de inspección administrativa a OFFILINE . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
50		Declaración de ALEXANDER ARANA OSUNA.	Corroborado por el correo electrónico "Re: PRESUPUESTO MEDELLIN " enviado por DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ a ELENCO, KA S.A. y JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA.
51		Correo electrónico " CORREO 1 – DOCUMENTOS CONAR INGENIERIA S.A.S. " enviado por CRISTIAN FABIÁN GÓMEZ VALENCIA a JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA y ALEXANDER ARANA OSUNA.	Información recolectada en visita de inspección administrativa a CONAR . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
52		Correo electrónico " Fwd: UNION TEMPORAL " enviado por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA a CRISTIAN FABIÁN GÓMEZ VALENCIA.	Información recolectada en visita de inspección administrativa a CONAR . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
53		Correo electrónico " PÓLIZA – ALCALDÍA DE MEDELLIN " enviado por ELENCO a WILLIAM QUINTERO GONZÁLEZ.	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELENCO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
54		Correo electrónico " Re: PRESUPUESTO MEDELLIN " enviado por DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ a ELENCO, KA S.A. y JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA.	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
55		Propuesta económica UT ELEN-CO.	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

No.	Tema	Prueba	Mérito
56		Acto de adjudicación.	Documento público remitido por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN .
57		Correo electrónico “Fwd: RV: LICITACIÓN LP 002 DE 2015- REFORZAMIENTO BPP” enviado por ALEXANDER ARANA OSUNA a LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	Información recolectada en visita de inspección administrativa a ELECTRO . El contenido del correo no fue controvertido por los investigados.
58		Observaciones presentadas por CONAR en el marco del proceso de licitación pública No. 0070005635.	Información suministrada por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN .
59		Portadas de las propuestas presentadas a la ALCALDÍA DE MEDELLÍN por la UT ELECTRO OFFILINE y UT ELEN-CO .	Información suministrada por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN .
60		Índices de las portadas de las propuestas presentadas a la ALCALDÍA DE MEDELLÍN por la UT ELECTRO OFFILINE y UT ELEN-CO .	Información suministrada por la ALCALDÍA DE MEDELLÍN .
61		Declaración LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS .	Aceptación de que el comportamiento no fue adecuado.
62		Declaración JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA .	Aceptación de que el comportamiento fue un error.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de las pruebas presentadas en la Resolución No. 54338 de 2019.

Como se observa de la información contenida en la **Tabla No. 5**, las pruebas señaladas, las cuales no fueron controvertidas por los investigados en cuanto a su contenido u originalidad, permitieron a este Despacho arribar a la conclusión de que **ELECTRO**, **ELENCO**, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **OFFILINE** y **CONAR** violaron la libre competencia económica en el proceso de licitación pública No. 0070005635 adelantado por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**.

Así, nótese existen suficientes pruebas que demuestran que para **OFFILINE** y **CONAR** era posible conocer que **ELECTRO** y **ELENCO** eran sociedades controladas por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) y en las que intervenía de manera directa **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**). En este sentido, se encontró que los representantes legales de **CONAR** y **OFFILINE** aceptaron remitir los documentos para la elaboración de la propuesta, suscribieron los documentos de constitución de las respectivas uniones temporales y aprobaron la presentación de las propuestas.

En esta línea, fue posible determinar que la posible existencia de una situación de control de **ELENCO** y **ELECTRO** se conoció desde antes de la celebración de la audiencia de adjudicación del contrato, pues desde el 25 de junio de 2015 el proponente **UT COINPLEX** remitió a la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** observaciones relacionadas con ese aspecto⁵⁶.

Debe además indicarse que el hecho que esta Superintendencia hubiera decidido remitir copias de la actuación a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES** no conlleva que existiera imposibilidad real de que las personas que tenían relación comercial con **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) no estuvieran en posibilidad de conocer tal situación de control.

Valga aclarar además en este punto que en ningún momento se ha establecido que **CONAR** u **OFFILINE** fueran sociedades controladas por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) o que fueran subordinadas de **ELENCO** o **ELECTRO**. Mucho menos que **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) sea accionista de esas sociedades. Y que lo que se reprocha es el aporte de **CONAR** y **OFFILINE** en la ejecución de la conducta, puesto que sin ellos la conducta anticompetitiva no hubiera podido llevarse a cabo y,

⁵⁶ Folio 86 del cuaderno público No. 1, carpeta secop, archivo “DA_PROCESO_15-1-137306_205001001_15231629”.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

que, teniendo la posibilidad de contribuir a la cesación de la conducta, no lo hicieron. Esto no implica que la infracción de esos agentes de mercado se hubiera configurado por el mero hecho de concretar la presentación de una oferta a un proceso de selección.

Sin embargo, le asiste razón a **CONAR** y a **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) en lo relacionado a que no existe prueba dentro del Expediente a partir de la cual pueda colegirse que **CRISTIAN LÓPEZ**, quien remitía correos electrónicos a través de crix.lobo@gmail.com, era funcionario de **CONAR**. No obstante, esto no implica que la realización de la infracción administrativa no se haya concretado, pues fueron dos correos electrónicos los presentados en la Resolución Sancionatoria a partir de los cuales se buscó (i) mostrar el contexto previo al proceso de selección objeto de investigación –envío de los formatos suministrados por la entidad pública, correo del 19 de mayo de 2015– y (ii) establecer unos procesos de selección a los cuales se había presentado propuesta de manera posterior al proceso adelantado por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** –correo del 26 de mayo de 2015–. Por ende, estos dos correos electrónicos no pueden ser tenidos como fundamento de la declaratoria de responsabilidad de esos investigados.

En esta medida, contrario a lo afirmado por los recurrentes, sí existieron suficientes pruebas a partir de las cuales se fundó la decisión de declararlos administrativamente responsables, al igual que se realizó una valoración probatoria integral y conjunta.

Ahora, de manera particular **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **ELECTRO**, **ELENCO** y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) refirieron que la Superintendencia de Industria y Comercio le había dado mayor valor a ciertas pruebas sin explicar el motivo por el cual lo hacía. Esto estuvo referido en concreto al hecho consistente en que se le dio un mayor peso probatorio a la declaración de **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) que a la de **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** en lo relacionado con la elaboración de la propuesta de la **UT ELEN-CO**. Esto por cuanto **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) refirió que esta había sido realizada en conjunto con **CONAR**, mientras que **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) fue enfático en señalar que la totalidad de la propuesta había sido realizada por **ELENCO**.

Para entrar a dilucidar el motivo por el cual se le dio un mayor peso probatorio a la declaración de **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) y no a la de **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), conviene presentar lo que cada uno de ellos estableció frente a la elaboración de la propuesta.

ESPACIO EN BLANCO

ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 6: Comparación declaraciones en torno al tema de elaboración de la propuesta presentada por la UT ELEN-CO

JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA	ALEXANDER ARANA OSUNA
<p>"DELEGATURA: Para el de ALCALDÍA DE MEDELLÍN – Frente a este proceso de contratación señor LÓPEZ, ¿podemos puntualizar quiénes fueron las personas encargadas de la elaboración de la propuesta? Desde su portada hasta pólizas como usted me dice.</p> <p>JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA: Sí señor, esa licitación se preparó acá, acá se hicieron las pólizas, el presupuesto lo mandó CONAR.</p> <p>(...)</p> <p>DELEGATURA: ¿La elaboración de las propuestas económicas para este proceso de selección también estuvo a cargo del ingeniero DIEGO CASTAÑEDA?</p> <p>JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA: Esa no, esa no porque esa la envió CONAR⁵⁷</p>	<p>"DELEGATURA: Usted podría informarnos, esa propuesta, ¿quién la elaboró?</p> <p>ALEXANDER ARANA OSUNA: La elaboró la compañía ELENCO.</p> <p>DELEGATURA: ¿En su totalidad?</p> <p>ALEXANDER ARANA OSUNA: En su totalidad"⁵⁸.</p> <p>(...)</p> <p>DELEGATURA: Dentro de la propuesta que fue presentada por la UNIÓN TEMPORAL ELEN-CO, ¿Quién elaboró la propuesta económica?</p> <p>ALEXANDER ARANA OSUNA: La compañía ELENCO.</p> <p>DELEGATURA: ¿Y la jurídica?</p> <p>ALEXANDER ARANA OSUNA: La compañía ELENCO.</p> <p>DELEGATURA: ¿Igual que la técnica?</p> <p>ALEXANDER ARANA OSUNA: La compañía ELENCO (...) "⁵⁹.</p> <p>"DELEGATURA: Y, ¿usted aprobó la propuesta que se presentó?</p> <p>ALEXANDER ARANA OSUNA: Sí "⁶⁰.</p>

Fuente: Declaraciones rendidas por **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** y **ALEXANDER ARANA OSUNA**.

Como se observa, **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) aseveró que la totalidad de la propuesta que fue presentada por la unión temporal fue elaborada y estructurada en las instalaciones de **ELENCO**. Por su parte, **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) indicó que la "licitación" en efecto se había preparado en las instalaciones de **ELENCO**, sin embargo, que **CONAR** había remitido el presupuesto.

En primer lugar, está claro que la propuesta fue preparada por personas que laboraban en las instalaciones de **ELENCO** –que eran compartidas por **ELECTRO**, **ELENCO** y **KA S.A.**–. En ese sentido, **CONAR** remitió la totalidad de documentos requeridos para la estructuración de la misma a **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**). Esto fue corroborado por los correos electrónicos "CORREO 1 – DOCUMENTOS CONAR INGENIERÍA S.A.S.", "CORREO 2 - R.U.P. CONAR INGENIERIA S.A.S.", "CORREO 3 – CAPACIDAD RESIDUAL CONAR INGENIERIA S.A.S.", "CORREO 4 – INFORMACION FINANCIERA A 2014 CONAR INGENIERIA S.A.S.", "CORREO 5 – INFORMACION FINANCIERA A 2013 CONAR INGENIERIA S.A.S.". Este fue el contenido de los referidos correos, los cuales fueron remitidos por **CRISTIAN FABIÁN**

⁵⁷ Folio 239 del cuaderno público No. 2 del Expediente, CD carpeta TESTIMONIOS, carpeta GRABACION, archivo "JAIRO GUSTAVO LOPEZ URREA". Min: 19:42.

⁵⁸ Folio 168 del cuaderno público No. 4 del Expediente, DVD, Carpeta TOTAL TESTIMONIOS, carpeta TESTIMONIO ALEXANDER ARANA, carpeta GRABACION, archivo "Audio recording 2015-09-16 16-49-01". Min: 12:01.

⁵⁹ Folio 168 del cuaderno público No. 1 del Expediente, DVD, Carpeta TOTAL TESTIMONIOS, carpeta TESTIMONIO ALEXANDER ARANA, carpeta GRABACION, archivo "Audio recording 2015-09-16 16-49-01". Min: 17:50.

⁶⁰ Folio 168 del cuaderno público No. 4 del Expediente, DVD, Carpeta TOTAL TESTIMONIOS, carpeta TESTIMONIO ALEXANDER ARANA, carpeta GRABACION, archivo "Audio recording 2015-09-16 16-49-01". Min: 18:33.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

GÓMEZ VALENCIA (funcionario de **CONAR**) a **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** con copia a **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**).

Tabla No. 7: Correos electrónicos a través de los cuales CONAR remitió a ELENCO los documentos para la elaboración de la propuesta de la UT ELEN-CO

Asunto	Correo
"CORREO 1 – DOCUMENTOS CONAR INGENIERÍA S.A.S."	<p>"Chia Cundinamarca, 25 de mayo de 2015</p> <p>Señor <u>ING. JAIRO LOPEZ</u> <u>ELECTRODISEÑOS</u></p> <p>Buenos días</p> <p>Por medio de la presente envío documentos de la compañía Conar Ingeniería S.A.S. para el proceso de LICITACION PÚBLICA 0070005635 DE 2015.</p> <p>Envío adjunto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Certificado de existencia y representación legal. • Cédula de ciudadanía de representante legal. • Declaración de renta. • Formulario diligenciado declaración de pago de aportes. • Registro único tributario. • Formularios en excel diligenciados segun formato de pliego de condiciones (...)”⁶¹ (Negrilla propia).
"CORREO 2 - R.U.P. CONAR INGENIERIA S.A.S."	<p>"Chia Cundinamarca, 25 de mayo de 2015</p> <p>Señor ING. JAIRO LOPEZ ELECTRODISEÑOS</p> <p>Buenos días</p> <p>Por medio de la presente envío documentos de la compañía Conar Ingeniería S.A.S. para el proceso de LICITACION PÚBLICA 0070005635 DE 2015.</p> <p>Envío adjunto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Registro unico de proponentes a fecha 25 de mayo de 2015 (...)”⁶² (Negrilla propia).
"CORREO 3 – CAPACIDAD RESIDUAL CONAR INGENIERIA S.A.S."	<p>"Chia Cundinamarca, 25 de mayo de 2015</p> <p>Señor ING. JAIRO LOPEZ ELECTRODISEÑOS</p> <p>Buenos días</p> <p>Por medio de la presente envío documentos de la compañía Conar Ingeniería S.A.S. para el proceso de LICITACION PÚBLICA 0070005635 DE 2015.</p> <p>Envío adjunto:</p>

⁶¹ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raiz Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 1 - DOCUMENTOS CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709366).

⁶² Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raiz Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 2 - R.U.P. CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709280).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Aplicativo capacidad residual de Colombia compra eficiente en formato excel editable</i> • <i>Certificado de experiencia segmento 72 en rup para cap. residual</i> • <i>Calculo capacidad residual en formato .PDF (...)</i>⁶³.
<p>"CORREO 4 - INFORMACION FINANCIERA A 2014 CONAR INGENIERIA S.A.S."</p>	<p>"Chia Cundinamarca, 25 de mayo de 2015</p> <p>Señor ING. JAIRO LOPEZ ELECTRODISEÑOS</p> <p>Buenos días Por medio de la presente envio documentos de la compañía Conar Ingenieria S.A.S. para el proceso de LICITACION PÚBLICA 0070005635 DE 2015.</p> <p>Envío adjunto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Balance y Estados financiero a 2014</i> • <i>Notas a los estados financieros</i> • <i>Cédula y tarjeta profesional revisor fiscal</i> • <i>Vigencia revisor fiscal (...)</i>⁶⁴.
<p>"CORREO 5 - INFORMACION FINANCIERA A 2013 CONAR INGENIERIA S.A.S."</p>	<p>"Chia Cundinamarca, 25 de mayo de 2015</p> <p>Señor ING. JAIRO LOPEZ ELECTRODISEÑOS</p> <p>Buenos días Por medio de la presente envio documentos de la compañía Conar Ingenieria S.A.S. para el proceso de LICITACION PÚBLICA 0070005635 DE 2015.</p> <p>Envío adjunto:</p> <ul style="list-style-type: none"> • <i>Balance, renta y Estados financiero a 2013</i> • <i>Notas a los estados financieros</i> • <i>Cédula y tarjeta profesional revisor fiscal y contador</i> • <i>Vigencia revisor fiscal y contador (...)</i>⁶⁵.

Fuente: Correos electrónicos recaudados en la visita de inspección administrativa realizada a **CONAR**.

Conforme las pruebas señaladas en la tabla anterior, se encuentra acreditado que **CONAR** remitió los documentos correspondientes para que **ELENCO** elaborara la propuesta. De igual forma, con el fin de que **CONAR** firmara el documento de constitución de la unión temporal para proceder a solicitar la expedición de la garantía de seriedad de la oferta, **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) remitió, desde su correo corporativo de **ELECTRO**, el siguiente correo a **CRISTIAN FABIÁN GÓMEZ VALENCIA** (funcionario de **CONAR**):

"De: JAIRO LOPEZ <jairo.lopez@electrodiseños.com>
Enviado: 5/28/2015 9:18:54 PM +0000
Para: Cristian Fabián Gómez Valencia <cristian.gomez@conarser.co>
Asunto: Fwd: UNION TEMPORAL
Archivos adjuntos: MODELO CARTA CONSTITUCIÓN U.T.pdf

⁶³ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]\[root]\Users\Cristian\AppData\Local\Microsoft\Outlook\cristian.gomez@conarser.co.ost\[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 3 - CAPACIDAD RESIDUAL CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709362).

⁶⁴ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]\[root]\Users\Cristian\AppData\Local\Microsoft\Outlook\cristian.gomez@conarser.co.ost\[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 4 - INFORMACION FINANCIERA A 2014 CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709275).

⁶⁵ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]\[root]\Users\Cristian\AppData\Local\Microsoft\Outlook\cristian.gomez@conarser.co.ost\[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Elementos enviados/CORREO 5 - INFORMACION FINANCIERA A 2013 CONAR INGENIERIA S.A.S. (OID: 709185).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

De: JAIRO LOPEZ <jairo.lopez@electrodiseños.com>

Fecha: 28 de mayo de 2015, 15:15

Asunto: UNION TEMPORAL

Para: Cristian Fabian Gomez Valencia <cristian.gomez@conarser.co>


POR FAVOR FIRMAR Y REENVIAR PARA TRAMITAR LA POLIZA

GRACIAS⁶⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto).

Luego, mediante correo electrónico del 28 de mayo de 2015⁶⁷, **ELENCO** solicitó a **WILLIAM QUINTERO GONZÁLEZ** (corredor de seguros)–unas horas después a la solicitud de póliza de **ELECTRO**– la expedición de la garantía de seriedad que sería presentada a la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** junto con la propuesta de la **UT ELEN-CO**.

Así mismo, se encuentra demostrado que la propuesta económica fue elaborada exclusivamente por **DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ** (funcionario de **ELECTRO**) de **ELECTRO**. Esta situación se encontró probada mediante correo electrónico "Re: **PRESUPUESTO MEDELLIN**" remitido por **DIEGO FERNANDO CASTAÑEDA BOHÓRQUEZ** a los correos de **ELENCO**, **KA S.A.** y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), al cual adjuntó el documento "*Propuesta Economica CAM gasto KASA.xlsx*"⁶⁸. Ese documento resultó ser el formulario No. 3 suministrado por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** en el marco del proceso de licitación pública objeto de investigación, en el cual se estableció como valor total de la oferta \$5.390.751.320. Ese valor fue el mismo que ofertó la **UT ELEN-CO** a la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**, tal como consta en el acto de adjudicación. Estos fueron los documentos que probaron tal situación.

Imagen No. 2: Propuesta económica UT ELEN-CO (Formulario No. 3)

 Alcaldía de Medellín SECRETARÍA DE SERVICIOS ADMINISTRATIVOS LICITACIÓN PÚBLICA 0070005635 DE 2015					
Adecuación y mejoramiento de las instalaciones del CAM (Gasto)					
Formulario No. 3 CANTIDADES DE OBRA Y PRECIOS UNITARIOS					
Item	Descripción	Un	Cant	Vr. Unitario	Vr total
8.15	Suministro transporte e instalación de tandem de cuatro puestos, asiento Y ESPALDAR EN CONCHA color a definir por la interventoría estructura metálica	UN	52	\$ 452.846	\$ 23.547.992
COSTO DIRECTO:					\$ 4.530.804.606
AN					18.98% \$ 859.946.714.77
COSTO TOTAL:					\$ 5.390.751.320
Nombre del Proponente:			Firma representante legal		

Fuente: Tomado del correo electrónico diego.castaneda@electrodiseños.com (recuadro rojo no original)⁶⁹.

⁶⁶ Folio 160 del cuaderno público No. 1. PATH: 01_PC_CRISTIAN_GOMEZ_PARC_INTENTO2.ad1/C:\Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/Cristian/AppData/Local/Microsoft/Outlook/cristian.gomez@conarser.co.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Fwd: UNION TEMPORAL (OID: 712739).

⁶⁷ Folio 209 del cuaderno público No. 2. PATH: IMG_PARC_CORREOS_ELENCOSAS.ad1/correo tefi:C:\Users\mauricio\Desktop\correo tefi/elenco.ingenieria@gmail.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/PÓLIZA - ALCALDÍA DE MEDELLIN (OID: 4865187).

⁶⁸ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: IMG_PARC_MAIL_DIEGO_CASTANEDA_ELECTRODISENOSSA.ad1/correo juan:C:\Users\mauricio\Desktop\correo juan/diego.castaneda@electrodiseños.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: PRESUPUESTO MEDELLIN (OID: 1162877).

⁶⁹ Folios 428, 432 y 437 del cuaderno público No. 3. PATH: IMG_PARC_MAIL_DIEGO_CASTANEDA_ELECTRODISENOSSA.ad1/correo juan:C:\Users\mauricio\Desktop\correo juan/diego.castaneda@electrodiseños.com - offline.ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Re: PRESUPUESTO MEDELLIN/Propuesta Economica CAM gasto KASA.xlsx (OID: 1162878).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

**Imagen No. 3: Valor de las ofertas económicas contenidos en el acto de adjudicación
RESUMEN DEL PUNTAJE Y ORDEN DE ELEGIBILIDAD**

	OFERENTE	Valor corregido	Puntaje precio	Cumplimiento en contratos anteriores	Estimulo a la industria nacional colombiana	Puntaje total	Orden de elegibilidad
1	UT ELECTRO OFFILINE	\$ 5.397.715.124	799,5347342	100	100	999,53473	1
2	UT ELEN-CO	\$ 5.390.751.320					
3	UT COIN-PLEX	\$ 5.406.665.000	798,2791369	100	100	998,27914	2
4	CONINTEL S.A.	\$ 5.384.962.162	797,645706	100	100	997,64571	3
5	INVERSIONES GUERFOR S.A.	\$ 5.409.408.016	797,4665203	100	100	997,46652	4
6	UNION TEMPORAL J.M.W. 2015	\$ 5.366.555.300	794,9251207	100	100	994,92512	5
7	LINEAS INSAP UNION TEMPORAL	\$ 5.362.186.592					
8	MODERLINE S.A.S	\$ 5.357.264.471	793,5429948	100	100	993,54299	6
9	UT DISEÑOS Y ADECUACIONES 2015	\$ 5.436.949.938					
10	UNION TEMPORAL S&S	\$ 5.326.952.452	789,0530372	100	100	989,05304	7
11	UT MEJIA ACEVEDO S.A.- INGEOMEGA S.A.	\$ 5.324.252.433	788,6530978	100	100	988,6531	8
12	MAURO VÉLEZ GÓMEZ	\$ 5.213.445.927					

Fuente: Folio 86 del cuaderno público No. 1 del Expediente (recuadro rojo no original) ⁷⁰.

En este sentido, y al no existir prueba alguna que demuestre que **CONAR** remitió el presupuesto o contribuyó a la formación del valor final de la propuesta presentada por la **UT ELEN-CO**, para este Despacho resulta evidente que **CONAR** no realizó aporte alguno al establecimiento del valor de la propuesta económica.

Sin embargo, esto no implica que **CONAR** no haya prestado su colaboración para la estructuración de la misma, pues remitió los documentos correspondientes y posteriormente aprobó –bien que la hubiera revisado o no– la presentación de la misma a la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**.

Conforme el anterior razonamiento, la razón por la cual se le dio mayor credibilidad a la declaración de **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**) y no a la de **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), fue porque lo señalado por ese declarante encontró sustento y fue corroborado por pruebas documentales obrantes dentro del Expediente.

En este orden de ideas, habiendo realizado nuevamente una valoración integral del material probatorio obrante en el Expediente, de conformidad con las reglas de la sana crítica, el Despacho reitera que la conducta desplegada por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **ELECTRO**, **ELENCO**, **CONAR** y **OFFILINE** violó lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). De esta manera queda demostrado, una vez más que:

“(i) [E]l esquema de funcionamiento del área de licitaciones de las empresas controladas por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) fue puesto en funcionamiento para la **licitación pública No. 0070005635 de 2015** adelantada por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**, (ii) **OFFILINE** conocía que **ELENCO**, **ELECTRO**, **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) y **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** intervinieron en la estructuración de la propuesta presentada por la **UT ELECTRO OFFILINE** y (iii) **OFFILINE** conociendo de la situación de control de **ELENCO** y **ELECTRO** y el papel que jugaba especialmente **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA**, al ver que como competidor se encontraba **ELENCO** como integrante de otra unión temporal con **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** como representante legal de **ELENCO**, decidió no realizar gestión alguna para evitar que la limitación a la libre competencia se concretara, evitara o suspendiera”⁷¹.

(...)

“[S]e encuentra acreditado que entre **CONAR**, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **ELENCO** y **ELECTRO** existía una relación comercial consolidada. En este sentido, **CONAR** conocía –o estaba en posibilidad de conocer– la situación de control ejercida por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** sobre **ELENCO** y **ELECTRO** y el papel cumplido por **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA**

⁷⁰ Folio 86 del cuaderno público No. 1 del Expediente, carpeta secop, archivo “ADA_PROCESO_15-1-137306_205001001_15382664”.

⁷¹ Folio 1604 del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 59).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(representante legal de **ELENCO**) dentro de la estructura de esas sociedades. En el mismo sentido, de acuerdo con las pruebas presentadas, **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**), consciente de la conducta anticompetitiva desplegada en el proceso de selección, colaboró de manera activa en la ejecución de la misma. [...] Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio reprocha el hecho de que ni **ALEXANDER ARANA OSUNA** ni ningún otro funcionario de **CONAR** hubiera revisado la propuesta de la **UT ELEN-CO**, teniendo en cuenta lo señalado por este investigado en declaración⁷²⁷³.

(...)

"Es evidente entonces que, la **UT ELEN-CO** y la **UT ELECTRO OFFILINE** no compitieron realmente por resultar adjudicatarios del contrato, sino que en cambio aparentaron competencia con la única finalidad de aumentar las probabilidades de que alguna de las empresas controladas por **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) resultara adjudicataria"⁷⁴.

En consecuencia, contrario a lo afirmado por **ELECTRO**, **ELENCO**, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), **CONAR**, **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**), **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) existen pruebas suficientes para haber arribado a la conclusión de que estas personas infringieron el régimen de la libre competencia económica, motivo por el cual se les impusieron sanciones. En ese entendido, las pruebas recaudadas por la Delegatura dieron certeza de la existencia de la vulneración de las normas de competencia y, por ende, se declaró la responsabilidad administrativa de esos investigados. Así las cosas, todas las afirmaciones realizadas por este Despacho en la Resolución Sancionatoria estuvieron fundadas en pruebas legalmente incorporadas al Expediente.

(ii) Los indicios como medio probatorio en el ordenamiento legal colombiano

Los indicios en Colombia son un medio probatorio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 165 del CGP⁷⁵. Frente a esa condición de los indicios, el Consejo de Estado ha indicado que:

*"[S]u naturaleza enseña que es un medio de prueba, que tiene un vehículo, que tiene un objeto de prueba y que conlleva una valoración; de igual forma, que sus elementos son: i) el hecho indicador, que debe estar probado; ii) la inferencia lógica, que es la razonabilidad del argumento y que debe estar en grado de hipótesis y tesis, mas no de sospecha o conjetura, aunado a la lógica; y iii) el hecho indicado, que es la conclusión, un hecho nuevo, claro, contundente y sin dudas, que debe valorarse armónicamente con los demás indicadores, pruebas o elementos"*⁷⁶.

En ese sentido, "el hecho indicador –que debe estar probado– debe estar sucedido por una inferencia lógica que se desprenda de una hipótesis y es el hecho indicado o la conclusión el medio que finalmente se va a valorar en conjunto con las demás pruebas o elementos"⁷⁷.

⁷² Folio 168 del cuaderno público No. 4 del Expediente, DVD, Carpeta TOTAL TESTIMONIOS, carpeta TESTIMONIO ALEXANDER ARANA DIA 2, carpeta GRABACION, archivo "TESTIMONIO ING. ALEXANDER ARANA". Min: 12:00 y 12:50.

⁷³ Folio 1608R del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 68).

⁷⁴ Folio 1607 del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 65).

⁷⁵ "Artículo 165. Medios de prueba. 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.

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio, preservando los principios y garantías constitucionales". (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁷⁶ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección A, sentencia del 24 de octubre de 2016, rad. 38555.

⁷⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 22233 del 20 de junio de 2019.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

El máximo tribunal de lo contencioso administrativo indicó recientemente en una decisión, en la que analizó la legalidad de unas resoluciones proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio a través de las cuales se sancionó a algunas empresas cementeras y personas naturales a ellas vinculadas por haber violado el régimen de la libre competencia económica, que en ciertas ocasiones no resulta fácil demostrar la existencia de prácticas restrictivas de la libre competencia económica, motivo por el cual es menester recurrir a la prueba indirecta o indiciaria. Señaló que:

“En efecto, en reiteradas oportunidades, la autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia”.

(...)

Así las cosas, considera la Sala que el análisis en conjunto de, entre otros, los elementos probatorios descritos previamente en realidad permite asentar la existencia de las conductas anticompetitivas sancionadas, **sin que sea de recibo la censura del demandante quien parece echar de menos o exigir la existencia de una prueba única o directa del elemento consciente y, en tal sentido, pretende restar valor a las evidencias recaudadas que, analizadas en conjunto por la administración dieron cuenta de conductas concertadas entre competidores**, pasando por alto que sobre esta materia se ha definido recientemente por esta corporación que:

“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. (...)”⁷⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De esta manera, tal y como lo ha venido señalando esta Superintendencia, los indicios son medios de prueba considerados pruebas indirectas, los cuales, pueden ser los medios idóneos para demostrar una conducta contraria a la libre competencia. Corresponderá al juzgador, a través de la sana crítica, valorar los indicios y demás pruebas en conjunto para determinar la existencia o no de una conducta contraria a derecho que viole el régimen de la libre competencia económica.

En síntesis, la Autoridad de Competencia puede utilizar los indicios como medio de prueba, puesto que la misma ley les otorgó esa calidad, hecho que ha sido avalado por el Consejo de Estado frente a decisiones que han sido tomadas por esta Superintendencia. Sin embargo, no puede perderse de vista que para poder recurrir a los mismos deben reunirse los elementos de (i) hecho indicador, (ii) inferencia lógica y (iii) conclusión –hecho nuevo. Además, es labor del juzgador valorar de manera conjunta e integral, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, los medios de prueba que integren el acervo probatorio en cada caso particular.

Ahora bien, en relación con el argumento consistente en que los indicios presentados en la Resolución Sancionatoria reprocharon la situación de control de **ELENCO** y **ELECTRO** y su participación en la licitación pública adelantada por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**, debe aclararse que en ningún momento se reprocharon esas situaciones de manera aislada. Lo que sí se reprochó es el hecho que dos agentes de mercado, controlados competitivamente por la misma persona se hubiesen presentado a través de dos estructuras plurales, como lo son dos uniones temporales – figura legal consagrada en el artículo 7 de la Ley 80 de 1993– aparentando competencia en un mismo proceso de selección cuando en realidad obedecían a un interés común. Es decir, el reproche está en el hecho que unos agentes de mercado se hubiesen valido de un vehículo legal para incrementar las posibilidades de que el contrato estatal terminara siendo adjudicado a cualquiera de ellos.

Por ende, en ningún momento buscó esta Entidad establecer que por el mero hecho de existir una situación de control societario o que dos o más sociedades compartan recursos administrativos se

⁷⁸ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta (Descongestión), sentencia del 9 de agosto de 2018, Rad. 250002324000201000334 01. Ver también Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 21 de junio de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2010-00305-02 y sentencia del 14 de junio de 2018, Rad. 25000-23-24-000-2010-00291-01.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

configure una práctica restrictiva de la libre competencia económica, tal y como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria⁷⁹, pues no siempre dichas situaciones implican que en efecto exista control competitivo; el cual, además, no es ilegal *per sé*, pues para que se configure una conducta anticompetitiva es necesario, como ocurrió en el caso objeto de estudio, que los agentes de mercado aparenten competencia y se logre probar a lo largo del procedimiento administrativo sancionatorio que esa aparente competencia obedeció realmente a un interés común.

Sin embargo, conforme las reglas de la experiencia, por lo general cuando existe control societario de un agente de mercado existe control competitivo⁸⁰, sin embargo, esta situación debe ser probada por la Autoridad de Competencia en cada caso particular.

Tampoco le interesa a esta Superintendencia reprochar que agentes de mercado participen en los procesos de selección adelantados por el Estado. En esta línea, se ha establecido que:

“[E]n el ámbito de la contratación estatal, la adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permiten el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y con ello, se logra una asignación eficiente de los recursos públicos, por naturaleza escasos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia por el mercado.

En este orden de ideas, las conductas restrictivas de la competencia en materia de contratación estatal se consideran como un tipo de infracciones a la libre competencia que tienen un alto impacto negativo, por cuanto que no sólo vulneran ese bien jurídico, sino también los bienes públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo atractivo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado (...)”⁸¹.

Igualmente, ha manifestado que:

“[L]a colusión y demás comportamientos restrictivos en la contratación estatal producen, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) se pueden incrementar injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes infractores”⁸².

Por ende, resultaría absurdo que la Superintendencia de Industria y Comercio reprochara la mera participación de un agente de mercado en un proceso de selección contractual del Estado. De esta manera, estos argumentos no tienen ningún fundamento.

Por otro lado, también aseveraron los recurrentes que la declaratoria de responsabilidad y la consecuente imposición de sanciones había estado basada en indicios que no concluyen la existencia de una conducta ilegal.

Contrario a lo afirmado por los recurrentes, resulta evidente que en la Resolución Sancionatoria se presentó abundante material probatorio (correos electrónicos, documentos, declaraciones,

⁷⁹ “[E]l control competitivo se concreta en la posibilidad real que tiene un agente de mercado de influir en las decisiones empresariales o corporativas de otro agente. Este control no siempre coincide con una situación de control societario. No obstante, por regla general en los casos en los que existe control societario existe a su vez control competitivo. En este sentido, en la medida en que en el presente caso se encuentra acreditada la situación de control de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** respecto de **ELENCO** y **ELECTRO**, no habría que ir más allá para arribar a la conclusión de que esta persona natural ejerce control competitivo sobre las dos sociedades referidas. Sin embargo, para mayor ilustración, se presentará el acervo probatorio que da cuenta del ejercicio del control competitivo por parte de **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** sobre **ELENCO** y **ELECTRO**” (Resolución Sancionatoria, p. 19).

⁸⁰ No debe perderse de vista que, tal y como quedó establecido en el numeral **8.1.4.** de la Resolución Sancionatoria, el control competitivo y el control societario son fenómenos completamente diferentes.

⁸¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019.

⁸² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

testimonios e indicios) que valorado en su integridad demostró que los investigados violaron el régimen de la libre competencia, hecho que además fue reiterado en líneas precedentes.

En esa medida, no es cierto que esta Entidad únicamente hubiera presentado indicios para acreditar la existencia de la conducta contraria a derecho.

Fue con base en la valoración conjunta de las pruebas obrantes en el Expediente –las más relevantes presentadas en la Resolución Sancionatoria– que se encontraron responsables a los investigados de violar el régimen de la libre competencia. Por ese motivo se declaró su responsabilidad administrativa y se les impusieron sanciones.

En consecuencia, los argumentos propuestos por los recurrentes relacionados con la utilización de indicios en la Resolución Sancionatoria no son fundados.

(iii) La valoración probatoria se realizó de conformidad con las reglas de la sana crítica

En relación con los argumentos relacionados con la sana crítica, advierte el Despacho que en Colombia el sistema de la sana crítica ha sido el adoptado por el legislador. En este sentido, el artículo 176 del CGP establece que:

*“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.*

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba”.

La sana crítica se instituye como un sistema de valoración de la prueba, en el cual la razón y el conocimiento experimental del juzgador son los elementos que forman la convicción del mismo. Esto se traduce en que el juzgador no puede ser arbitrario ni goza de una discrecionalidad plena al realizar un determinado juicio administrativo o judicial. En este sentido, la Corte Constitucional ha señalado que:

“Lo anterior significa que el juez cuenta con autonomía e independencia para valorar las pruebas que se aportan al proceso. Ese análisis probatorio debe realizarse de manera conjunta, descartando las pruebas ilegales, las que no fueron aportadas oportunamente y justificando el valor que se le da a aquellas que sustentan la decisión. No obstante, la Corte ha expresado que a pesar de la libertad que tiene el juzgador para interpretar las pruebas, ella no puede ser caprichosa y debe fundarse en razonamientos justos e imparciales:

“Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (C.P.C., art.187 y C.P.L., art.61), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecua a éste desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente. Se aprecia la arbitrariedad judicial en el juicio de evaluación de la prueba, cuando precisamente ignora la presencia de una situación de hecho que permite la actuación y la efectividad de los preceptos constitucionales consagratorios de derechos fundamentales, porque de esta manera se atenta contra la justicia que materialmente debe realizar y efectivizar la sentencia, mediante la aplicación de los principios, derechos y valores constitucionales”⁸³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De la misma forma ha establecido que:

“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 y/o juez puedan analizar la prueba

⁸³ Corte Constitucional, sentencia SU-355 de 2017.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

(ya sea de testigos, peritos, de inspección judicial) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas”⁸⁴.

Según la doctrina, la sana crítica “[e]s la razón, entendida de una manera sencilla, como la capacidad de abstracción deductiva que tiene el ser humano para comprender la realidad universal, estableciendo verdades a través de la percepción empírica”⁸⁵ o es “el conjunto de reglas para juzgar la verdad de las cosas, o la conducta libre de error y de vicio [que] resultan del conjunto de principios y de normas éticas y psicológicas que la propia mentalidad del juez de haya forjado, tanto por el examen de su propia conciencia como del análisis de los hechos del mundo externo”⁸⁶.

Por su parte, el Consejo de Estado también ha indicado que teniendo en cuenta la libre valoración racional o libre convicción, el juzgador debe en todos los casos aplicar la sana crítica y los criterios de valoración de la prueba en cada caso particular. Al respecto ha indicado:

“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 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**”⁸⁷. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Teniendo en cuenta las acepciones de la sana crítica como sistema de valoración probatoria resulta relevante señalar que esta debe ser aplicada a la integralidad de las pruebas obrantes en cada expediente. Así, la valoración que se realice del material probatorio debe ser en conjunto. Es decir, para poder arribar a conclusiones a partir de las cuales pueda colegirse la responsabilidad de una persona es necesario apreciar de manera inescindible la totalidad de pruebas, esto con el fin de llegar a un grado de persuasión que conlleve a la convicción. Frente a este particular la Corte Suprema de Justicia ha aseverado que:

“[C]onviene 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**”⁸⁸. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

(...)

“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**”⁸⁹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia T-041 de 2018.

⁸⁵ García, F. & Vicuña, M. (2014). Elementos de la sana crítica en el proceso civil. Revista Justicia, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia. No. 26, p. 49.

⁸⁶ Cañón en García, F. & Vicuña, M. (2014). Elementos de la sana crítica en el proceso civil. Revista Justicia, Universidad Simón Bolívar, Barranquilla, Colombia. No. 26, p. 49.

⁸⁷ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 26 de junio de 2015, rad. No. 200012331000 2003 01951 01.

⁸⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2004, rad. No. 7779.

⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 30 de septiembre de 2010, rad. No. 110013103022-1998-01485-01.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En consecuencia, el juzgador se encuentra en la obligación de valorar las pruebas de manera conjunta e integral conforme las reglas de la sana crítica.

Ahora bien, **ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en yerros que “*transgreden los criterios de valoración probatoria (...) por el continuo uso y abuso de inferencias indiciarias carentes de respaldo y que les había dado peso a ciertos medios probatorios sin explicar por qué razón lo hacía*”.

Al respecto, este Despacho debe afirmar que (i) a las conclusiones a las que se llegó a partir de indicios no vulneraron las reglas de la sana crítica, pues estos estuvieron en la mayoría de casos corroborados por otros medios probatorios; y (ii) si bien no se explicó de manera expresa la razón por la cual en determinados casos se le había dado mayor peso probatorio a un medio en concreto, la valoración conjunta de las pruebas permitía llegar a la conclusión de por qué se utilizó uno u otro, hecho que, como ha quedado claro, realizó este Despacho al momento de proferir la Resolución No. 54338 de 2019.

(iv) La valoración del dictamen pericial aportado por OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS

OFFILINE y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) señalaron que toda prueba pericial debe ser valorada así sea como prueba documental o informe técnico.

Encuentra el Despacho que no existe norma legal alguna que establezca dicha consecuencia para los casos en que el director del proceso rechace tal prueba.

Frente al particular, se observa que la Delegatura, mediante la Resolución No. 67410 del 24 de octubre de 2017 estableció que el dictamen pericial aportado por **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) no reunía los requisitos formales previstos en los numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8 y 9 del artículo 226 del CGP, motivo por el cual, se les concedió un plazo de tres (3) días hábiles para que subsanaran tales requisitos. En esa resolución se indicó:

*“Las omisiones destacadas deberían provocar el rechazo de la prueba en cuestión. No obstante lo anterior, la Delegatura conferirá un término de tres (3) días hábiles, contados a partir del día siguiente de aquel en el que los investigados reciban la comunicación de esta decisión, para que **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** y **OFFILINE** aporten el dictamen pericial con los requisitos formales resaltados en el aparte anterior. En caso de que los investigados no atiendan oportunamente este requerimiento la prueba será rechazada”⁹⁰. (Subraya y negrilla de texto original)*

Vencido el término concedido por la Delegatura, los investigados aportaron un documento con un pronunciamiento realizado por el perito **ALBERTO ANTONIO ÁLVAREZ ARANGO** (ingeniero industrial) pero no aportaron información complementaria en relación con el perito **WILSON DE JESÚS FORONDA GALLEGO** (estadístico). Luego de analizado el documento, la Delegatura concluyó que “*los investigados no atendieron el requerimiento encaminado a que presentaran un dictamen que reuniera los requisitos de admisión previsto (sic) en la normativa aplicable*”, por tal motivo decidió rechazar el dictamen aportado por **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**).

Frente a la decisión de rechazo los investigados interpusieron recurso de reposición, el cual fue resuelto mediante Resolución No. 81662 del 11 de diciembre de 2017, mediante la cual se confirmó el rechazo de la prueba.

Así, la Delegatura garantizó el debido proceso administrativo de los investigados en lo relacionado con el rechazo del dictamen pericial. Además, no existe ningún fundamento jurídico para afirmar que este, pese a haber sido rechazado debió haber sido valorado como prueba documental o informe técnico.

⁹⁰ Folio 1136 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Por ende, no le asiste razón a **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) en su razonamiento frente a la valoración del dictamen pericial.

(v) La falta de motivación de los actos administrativos

Finalmente, como consecuencia de la supuesta indebida valoración probatoria, **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) señalaron que en la Resolución No. 54338 de 2019 existió falta de motivación. Para desvirtuar tal situación, el Despacho explicará en qué consiste la falta de motivación de los actos administrativos para concluir que, conforme se ha explicado en este acto, tal situación no se configuró, y, por ende, la decisión de la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra plenamente motivada.

En esta línea, resulta importante establecer que la motivación del acto administrativo es uno de sus elementos esenciales, pues este refleja los fundamentos de hecho y de derecho que llevan a la decisión del funcionario. Frente a la motivación de los actos administrativos el Consejo de Estado ha referido que:

“[L]a motivación como elemento del acto administrativo, esta se entiende como la expresión de los móviles que impulsaron al titular de la función administrativa a adoptar determinada decisión. Comporta los fundamentos de hecho y de derecho que la autoridad ha debido tener en cuenta para pronunciarse en uno u otro sentido. En ese orden, los fundamentos de hecho constituyen los supuestos fácticos en los que se soporta la decisión, mientras los de derecho vienen a ser los cimientos de orden constitucional y legal que sirvieron de base a la autoridad para decidir determinado asunto”⁹¹.

Por su parte, la falsa motivación y la falta de motivación se configuran como defectos que pueden viciar la legalidad de un acto, y que son diferentes entre sí. Esto por cuanto la falta de motivación se traduce en que no existieron fundamentos de hecho o de derecho para la toma de la decisión, mientras que en la falsa motivación si bien existen esos fundamentos, estos no tienen correlación o no llevan a la decisión que el funcionario tomó. Para el máximo tribunal de lo contencioso administrativo, la falta de motivación de un acto administrativo se configura cuando:

“[E]l acto carece por completo de fundamentos de hecho y/o de derecho, o cuando la motivación incorporada en el acto administrativo es tan precaria e insuficiente que no puede tenerse el acto como motivado. Se trata de un vicio que afecta el aspecto formal de la decisión administrativa a partir de la exigencia que contempla el artículo 42 ejusdem”⁹².

(...)

“Al tratarse de un vicio de forma se debe tener en cuenta el criterio fijado por la jurisprudencia que apunta a establecer qué tipo de vicios formales tienen la entidad de comprometer la validez del acto administrativo. Al respecto se ha podido establecer que existen formalidades sustanciales y no sustanciales, siendo las primeras aquellas con la capacidad de enervar la presunción de legalidad que se predica de los actos administrativos. Estas formalidades se caracterizan por ser mecanismos que garantizan los derechos de los afectados y aseguran que la decisión adoptada se de en un sentido y no en otro. Además de ello, no puede perderse de vista que la exigencia de la motivación se explica por la necesidad de permitir a los ciudadanos del común, conocer las razones y fundamentos que invoca la administración para adoptar la decisión, pues es a partir de allí que los destinatarios del acto administrativo puedan acudir ante esta jurisdicción especializada para cuestionar su legalidad”⁹³.

Bajo este entendido, y teniendo en cuenta los fundamentos de hecho y de derecho señalados en la Resolución Sancionatoria, los cuales han sido reiterados en el presente acto, no es correcto afirmar que haya existido falta de motivación en la Resolución No. 54338 de 2019, mediante la cual se

⁹¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de marzo de 2017, rad. 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016).

⁹² Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de marzo de 2017, rad. 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016).

⁹³ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, sentencia del 23 de marzo de 2017, rad. 11001-03-25-000-2016-00019-00 (0034-2016).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

declaró la responsabilidad de **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**), entre otros, por infringir el régimen de la libre competencia económica.

3.3. Consideraciones relacionadas con la supuesta violación de principios constitucionales y legales por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio

Según **OFFILINE**, lo establecido en la Resolución Sancionatoria atenta contra los principios que rigen el sistema de administración de justicia, debido proceso, buena fe, derecho de defensa y presunción de inocencia. En esa misma línea refirió que **(i)** se había desconocido lo establecido en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley 1437 de 2011 y **(ii)** los funcionarios de esta Entidad violaron sus obligaciones, puesto que fueron arbitrarios y se extralimitaron en el ejercicio de sus funciones al no haber desvirtuado su presunción de inocencia.

Por su parte, **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) aseveró que se le habían violado los principios a la presunción de inocencia, favorabilidad y buena fe, puesto que la Superintendencia había dado a las pruebas un alcance distinto al manifestado por los investigados a lo largo del proceso administrativo sancionatorio. Así mismo, que los principios de comunidad y debido proceso habían sido vulnerados al haber sido trasladada la carga de la prueba a los investigados. También, refirió que para analizar la coordinación en una conducta era necesario realizar un examen riguroso puesto que de lo contrario se violarían principios propios del derecho administrativo sancionatorio.

Para responder estos argumentos, se hará referencia al tipo de funciones que cumple esta Entidad en el presente procedimiento, para luego hacer unas precisiones frente a la solicitud y aporte de pruebas, a la supuesta extralimitación de funciones de los funcionarios de esta Entidad y a los derechos supuestamente violados.

Valga señalar que esta Superintendencia, dentro de este trámite, actúa en ejercicio de sus funciones de inspección, vigilancia y control, a través de las cuales busca vigilar que los agentes económicos no cometan infracciones administrativas al régimen de la libre competencia económica. En este sentido, los principios que debe observar esta Entidad dentro de este tipo de procedimientos son los propios de la función pública y administrativa, consagrados estos en el artículo 209 de la Constitución y 3 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Por su parte, frente al argumento consistente en que, conforme el numeral 8 del artículo 5 del CPACA, la administración está obligada a valorar y tener en cuenta todo documento o cualquier otro elemento de prueba presentado por el administrado debe considerarse lo siguiente.

El derecho de los administrados a solicitar y aportar pruebas, lo cual generará que la administración tenga en cuenta y valore todos esos elementos, debe entenderse en armonía con lo dispuesto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 modificado por el Decreto 19 de 2012, el artículo 74 del CPACA y los artículos 168 y 169 del CGP.

El artículo 52, que regula el procedimiento por prácticas restrictivas de la competencia señala enfáticamente que:

"Cuando 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. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes".

Como se observa, la primera oportunidad preclusiva y perentoria que tienen los investigados para solicitar y aportar pruebas es el término otorgado por ley para rendir descargos. Solicitudes probatorias que serán analizadas y decididas por la Delegatura para la Protección de la Competencia.

En el curso del trámite administrativo, una vez se profiere la decisión definitiva, los sancionados pueden interponer recurso de reposición. En ese recurso, según lo establece el numeral 3 del artículo 77 del CPACA, tienen una nueva oportunidad para solicitar y aportar pruebas, esta también es preclusiva. El citado artículo dispone:

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

“Artículo 77. Requisitos. Por regla general los recursos se interpondrán por escrito que no requiere de presentación personal si quien lo presenta ha sido reconocido en la actuación. Igualmente, podrán presentarse por medios electrónicos.

(...)

3. Solicitar y aportar las pruebas que se pretende hacer valer.

(...)”

Ahora, lo establecido en las normas transcritas debe estar en consonancia con lo indicado en los artículos 168 y 169 del CGP conforme los cuales el director del proceso debe rechazar las pruebas ilícitas, las impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles mediante decisión motivada.

Frente a este particular esta Superintendencia ha indicado que:

“[C]uando el numeral 8 del artículo 5 del CPACA dispone que el administrado tiene derecho a “aportar documentos u otros elementos de prueba en cualquier actuación administrativa en la cual tenga interés”, es una prerrogativa que debe leerse en armonía con los artículos 168 y 169 del Código General del Proceso que establecen que se “(...) rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles” y que “[l]as pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”.

(...)

El entendimiento expuesto por este Despacho en relación con el numeral 8 del artículo 5 del CPACA resulta ratificado con el numeral 14 del artículo 9 del CPACA. Allí se prohíbe expresamente a las autoridades administrativas “[n]o practicar oportunamente las pruebas decretadas o denegar sin justa causa las solicitadas”, de donde se infiere claramente que a la práctica de cualquier prueba en el procedimiento administrativo le precede su decreto y, por la misma lógica, existe la posibilidad de denegar las pruebas solicitadas con justa causa, esto es, precisamente cuando sean ilícitas, impertinentes, inconducentes y manifiestamente superfluas o inútiles.

Teniendo en cuenta las razones expuestas, el numeral 8 del artículo 5 del CPACA debe ser interpretado en forma armónica con el numeral 14 del artículo 9 del CPACA y los artículos 168 y 169 del Código General del Proceso, lo que permite que el cuerpo normativo tenga plena coherencia y, a su vez, se atienda a su contenido esencial y a sus fines, sin que se incurra en un ejercicio inadecuado e irrazonable del derecho”⁹⁴.

En este sentido, no es correcto afirmar que la Superintendencia se encuentra obligada a decretar y valorar todo medio probatorio aportado por los investigados en cualquier momento del trámite, pues esto implicaría desnaturalizar el procedimiento administrativo sancionatorio y violar flagrantemente las normas del procedimiento administrativo sancionatorio especial contenidas en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2019, del CPACA y del CGP.

En consecuencia, ese argumento es infundado.

En lo relacionado con el argumento consistente en que los funcionarios de esta Entidad se extralimitaron en sus funciones al no haber desvirtuado la presunción de inocencia de **OFFILINE**, el Despacho se remitirá a lo establecido en el numeral 3.2. del presente acto, en el cual, conforme se indicó en la Resolución Sancionatoria, existen suficientes elementos de juicio que permiten arribar a la conclusión de que ese investigado vulneró el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En este sentido, de acuerdo con las facultades otorgadas a esta Superintendencia mediante la Ley 1340 de 2009, Decreto 1486 de 2011 y Decreto 2153 de 1992, los funcionarios de la Delegatura para la Protección de la Competencia adelantaron la investigación y posteriormente, previa sesión del Consejo Asesor de Competencia, el Superintendente de Industria y Comercio declaró administrativamente responsable a la sociedad. En consecuencia, no ha existido ningún tipo de

⁹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 11640 del 6 de mayo de 2019.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

extralimitación en el ejercicio de las funciones de los funcionarios intervinientes en el presente proceso.

Ahora, el Despacho explicará cada uno de los principios que según **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) fueron violados a lo largo de la investigación, esto es: debido proceso, la presunción de inocencia, derecho de defensa, favorabilidad y buena fe.

El debido proceso administrativo se instituye como un derecho de los administrados y a su vez como límite al poder del Estado, y se traduce en que las autoridades no pueden actuar de manera arbitraria sino conforme a los procedimientos legales establecidos en la ley. A su vez, este derecho de rango constitucional debe obedecer en forma estricta tanto a principios procesales como a los principios que rigen la función pública. Al respecto, la Corte Constitucional ha referido que:

“[L]a regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y establece las garantías de protección a los derechos de los administrados, de modo que ninguna de las actuaciones de las autoridades públicas dependa de su propio arbitrio, sino que se encuentren sujetas siempre a los procedimientos señalados en la ley”⁹⁵.

(...)

“i) [E]l derecho al debido proceso administrativo es de rango constitucional, porque se encuentra consagrado en el artículo 29 superior; (ii) este derecho involucra principios y garantías como el principio de legalidad, el de competencia, el de publicidad, y los derechos de defensa, contradicción y controversia probatoria, así como el derecho de impugnación; (iii) por lo tanto, el derecho al debido proceso administrativo no existe solamente para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación, y (iv) el debido proceso administrativo debe responder no sólo a las garantías estrictamente procesales, sino también a la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública, como lo son los de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad”⁹⁶.

De igual forma refirió la Corte que:

“En el plano de las actuaciones y procedimientos administrativos, la Corte ha considerado que el debido proceso tiene como caracteres básicos siguientes: se trata de un derecho de rango constitucional; involucra las características propias del debido proceso general; existe y es operativo no sólo para impugnar una decisión de la Administración, sino que se extiende durante toda la actuación administrativa que se surte para expedirla, y posteriormente en el momento de su comunicación e impugnación; responde por la integridad de las garantías procesales y por la efectividad de los principios que informan el ejercicio de la función pública (igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad); tiene entre sus componentes fundamentales los principios de publicidad y celeridad de la función administrativa; y determina que las actuaciones administrativas se rijan por el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, en la concurrencia de procedimientos administrativos especiales”⁹⁷.

Dentro del debido proceso administrativo se encuentran las garantías de los investigados a la presunción de inocencia, derecho de defensa, favorabilidad y buena fe, las cuales deben ser aplicadas de conformidad con los principios propios de la función pública.

Como se estableció en la Resolución Sancionatoria, la presunción de inocencia se traduce en que:

“[C]ualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad”⁹⁸ y tiene tres características esenciales: “(i) se trata de un derecho fundamental, (ii) es una garantía cuyo alcance se extiende hasta el perfeccionamiento de

⁹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-1082 de 2012.

⁹⁶ Corte Constitucional, sentencia T-1082 de 2012.

⁹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.

⁹⁸ Corte Constitucional, sentencia C-342 de 2017.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

la ejecutoria de la sentencia que declara la responsabilidad, y (iii) es una garantía que debe ser aplicada tanto de las sanciones penales, como de las administrativas”⁹⁹.

Esa garantía constitucional se extiende hasta que la administración profiere una decisión de fondo en la que establece si existió o no responsabilidad administrativa de los investigados. En este sentido, como puede observarse de las diferentes actuaciones desplegadas por esta Entidad, la presunción de inocencia de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) se mantuvo incólume hasta que fue proferida la Resolución No. 54338 el 15 de octubre de 2019. En tal sentido, no encuentra el Despacho que este derecho haya sido vulnerado.

Por su parte, el derecho de defensa hace alusión a la posibilidad que tiene una persona de controvertir, contradecir y objetar pruebas en el marco de un proceso judicial o administrativo. Así, el hecho de poder hacer valer sus argumentos, solicitar la práctica de pruebas y ejercer los recursos que la ley le otorga también hacen parte integral de ese derecho. Así, *“el derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas. Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primero lugar el derecho de contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica”¹⁰⁰.*

Esta Superintendencia ha establecido que:

“Según lo establecido por la Corte Constitucional el derecho de defensa tiene dos dimensiones: el derecho a la contradicción y el derecho a la defensa técnica. El derecho a la contradicción “implica la potestad de presentar pruebas, solicitarlas, “participar efectivamente en [su] producción” y en “exponer los argumentos en torno a lo que prueban los medios de prueba”. Es decir, las partes dentro de un proceso tienen la posibilidad de presentar pruebas, solicitarlas, participar del debate probatorio controvirtiendo o discutiendo las pruebas con argumentos –tanto formales como de fondo–, exponiendo sus razones o argumentos para demostrar situaciones concretas.

Esto implica la posibilidad que tienen las partes de “[r]ebatir los argumentos que desfavorecen al encartado y discrepar de las razones que en su contra obran, son facetas relevantes del derecho de contradicción que, como postulado medular se incorpora a lo largo del área sancionatoria”¹⁰¹.

Por su parte, la otra dimensión del derecho, esto es la defensa técnica,

“se materializa mediante actos de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación, ésta puede ser ejercida de acuerdo con las circunstancias y los diferentes elementos probatorios recaudados, pudiendo ser practicada con tácticas diversas, lo que le permite a los sujetos procesales ser oídos y hacer valer sus argumentos y pruebas en el curso de un proceso que los afecte, y mediante ese ejercicio “impedir la arbitrariedad de los agentes estatales y evitar la condena injusta, mediante la búsqueda de la verdad, con la activa participación o representación de quien puede ser afectado por las decisiones que se adopten sobre la base de lo actuado”¹⁰².

Conforme lo anterior, dentro de este derecho está lo relacionado con las garantías de contradicción, notificación, impugnación, solicitud probatoria y alegación”¹⁰³.

En consecuencia, dentro del derecho de defensa se encuentran el de contradicción y el de defensa técnica. Derechos que deben ser observados a lo largo de toda actuación judicial o administrativa. Estos fueron garantizados por esta Superintendencia a lo largo de la actuación administrativa como se muestra en la siguiente tabla.

⁹⁹ Corte Constitucional, sentencia C-342 de 2017.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, sentencia T-544 de 2015.

¹⁰¹ Ossa, Jaime. (2009). Derecho administrativo sancionador, p. 262.

¹⁰² Corte Constitucional, sentencia T-018 de 2017.

¹⁰³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 22233 del 20 de junio de 2019.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Tabla No. 8: Respeto al derecho de defensa de OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS a lo largo de la actuación administrativa

Actuación	Observación
Resolución No. 40103 del 10 de julio de 2017 ¹⁰⁴ “Por la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”.	En aplicación de lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia encontró mérito para adelantar una investigación formal.
Citación para notificación personal de la Resolución No. 40103 del 10 de julio de 2017 a OFFILINE ¹⁰⁵ y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹⁰⁶ .	En aplicación de lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 de 2012 y Artículo 23 Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.
Notificación por aviso de la Resolución No. 40103 del 10 de julio de 2017 a OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹⁰⁷ .	Artículo 23 Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.
Presentación de los escritos de descargos por parte de OFFILINE ¹⁰⁸ y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹⁰⁹ , en los cuales solicitaron el decreto de varias pruebas.	Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 de 2012.
Resolución No. 67410 del 24 de octubre de 2017 “Por a cual se resuelve sobre la práctica de pruebas” ¹¹⁰ .	Artículo 52 del Decreto 2153, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y Artículo 20 Ley 1340 de 2009.
Comunicación de la Resolución No. 67410 del 24 de octubre de 2017 a OFFILINE ¹¹¹ y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹¹² .	Artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 y Artículo 23 Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012
Solicitudes OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS de participación en audiencias del periodo probatorio de manera virtual ¹¹³ .	Parágrafo 1 artículo 107 del CGP.
Autorización de la apoderada de OFFILINE para que autorizado revisara el Expediente ¹¹⁴ .	Artículo 123 del CGP.
Respuesta a solicitudes de OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS de participación en audiencias de manera virtual ¹¹⁵ .	Parágrafo 1 artículo 107 del CGP.
Aporte de documentos de OFFILINE , conforme lo ordenado en la Resolución de pruebas ¹¹⁶ .	En cumplimiento de lo ordenado en acto administrativo
Aporte elementos del dictamen para cumplir con los requisitos establecidos en el artículo 226 del CGP por parte de OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹¹⁷ .	En cumplimiento de lo ordenado en acto administrativo

¹⁰⁴ Folios 769 a 787 del cuaderno público No. 5 del Expediente.

¹⁰⁵ Folios 795 a 796 del cuaderno público No. 5 del Expediente.

¹⁰⁶ Folio 801 del cuaderno público No. 5 del Expediente.

¹⁰⁷ Folios 802 a 803 del cuaderno público No. 5 del Expediente.

¹⁰⁸ Folios 917 a 1013 del cuaderno público No. 5 del Expediente.

¹⁰⁹ Folios 1014 a 1101 del cuaderno público No. 5 del Expediente.

¹¹⁰ Folios 1134 a 1137 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹¹¹ Folios 1138 a 1139 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹¹² Folios 1140 a 1141 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹¹³ Folios 1223 a 1224 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹¹⁴ Folios 1225 a 1228 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹¹⁵ Folios 1266 a 1267 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹¹⁶ Folio 1268 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹¹⁷ Folio 1275 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Declaración rendida por LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS el 9 de noviembre de 2017 ¹¹⁸ .	Artículo 221 CGP.
Declaración rendida por JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA el 9 de noviembre de 2017 ¹¹⁹ .	Artículo 221 CGP.
Declaración rendida por JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS el 9 de noviembre de 2017 ¹²⁰ .	Artículo 221 CGP.
Declaración rendida por SERGIO RUIZ CUARTAS el 10 de noviembre de 2017 ¹²¹ .	Artículo 221 CGP.
Declaración rendida por JUAN FELIPE OCHOA GARCÉS el 10 de noviembre de 2017 ¹²² .	Artículo 221 CGP.
Resolución No. 73464 del 15 de noviembre de 2017 "Por la cual se rechaza la práctica de una prueba" ¹²³ .	Artículo 52 del Decreto 2153, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 y Artículo 20 Ley 1340 de 2009.
Comunicación de la Resolución No. 73464 del 15 de noviembre de 2017 a OFFILINE ¹²⁴ y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹²⁵ .	Artículo 23 Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.
Recurso de reposición presentado por OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS contra la Resolución No. 73464 de 2017 ¹²⁶ .	Artículo 20 de la Ley 1340 de 2009 en consonancia con el artículo 75 del CPACA.
Resolución No. 81662 del 11 de diciembre de 2017 "Por la cual se resuelve un recurso de reposición dentro de una investigación y se niega por improcedente un recurso de apelación" ¹²⁷ . En esta misma resolución se citó a los investigados a la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.	Artículo 80 del CPACA.
Comunicación Resolución No. 81662 del 11 de diciembre de 2017 a OFFILINE ¹²⁸ y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹²⁹ .	Artículo 23 Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.
Sustitución poder apoderada de OFFILINE a apoderada de JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹³⁰ .	Artículo 75 del CGP.
Participación de forma virtual de la apoderada de OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS en la audiencia contemplada en el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 ¹³¹ .	Parágrafo 1 artículo 107 del CGP.
Traslado Informe Motivado a OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹³² .	Artículo 52 Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

¹¹⁸ Folio 1289 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹¹⁹ Folio 1289 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²⁰ Folio 1289 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²¹ Folio 1290 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²² Folio 1290 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²³ Folios 1299 a 1300 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²⁴ Folios 1324 a 1328 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²⁵ Folios 1329 a 1333 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²⁶ Folios 1356 a 1360 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²⁷ Folios 1361 a 1366 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²⁸ Folios 1408 a 1409 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹²⁹ Folios 1410 a 1411 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹³⁰ Folio 1423 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹³¹ Folios 1425 a 1426 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

¹³² Folio 1474 del cuaderno público No. 6 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Observaciones al Informe Motivado presentadas por OFFILINE y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹³³ .	Artículo 52 Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.
Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019 “Por la cual se imponen unas sanciones y se toman otras determinaciones” ¹³⁴ .	Artículo 52 Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012 en concordancia con lo establecido en el artículo 49 del CPACA.
Citación notificación personal Resolución No. 54338 de 2019 de OFFILINE ¹³⁵ y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹³⁶ .	Artículo 23 Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.
Notificación por aviso de la Resolución No. 54338 de 2019 a OFFILINE ¹³⁷ y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹³⁸ .	Artículo 23 Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012.
Recursos de reposición contra la resolución sancionatoria presentados por OFFILINE ¹³⁹ y JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS ¹⁴⁰ .	Artículo 74 CPACA.

Fuente: Elaboración a partir de los documentos contenidos en el Expediente.

Como se observa, los derechos de contradicción y defensa fueron garantizados por esta Superintendencia a lo largo de la actuación administrativa.

De otro lado, el principio de favorabilidad es aplicable a situaciones en las que una disposición normativa no vigente al momento de la ocurrencia de un hecho puede ser aplicada en beneficio del investigado. Es decir, este se configura como una excepción al principio general de aplicación inmediata de la ley y abre el espacio para que el operador jurídico aplique normas que ya han sido derogadas o normas que no se encontraban vigentes al momento de comisión de la conducta. Respecto al principio de favorabilidad la Corte Constitucional ha afirmado que:

“[U]na situación de hecho puede someterse a la regulación de disposiciones jurídicas no vigentes al momento de su ocurrencia cuando, por razón de la benignidad de aquellas, su aplicación se prefiere a las que en, estricto sentido, regularían los mismos hechos. No obstante, la tradición jurídica ha reconocido la posibilidad de establecer una excepción a tal precepto para permitir que situaciones de hecho acaecidas bajo la vigencia de una ley sean reguladas por otra.

Para efectuar la aplicación favorable de la norma y dar entidad al principio mismo se recurre generalmente a dos vías: la de la retroactividad de la ley, fenómeno en virtud del cual la norma nacida con posterioridad a los hechos regula sus consecuencias jurídicas como si hubiese existido en su momento; y la de la ultraactividad de la norma, que actúa cuando la ley favorable es derogada por una más severa, pero la primera proyecta sus efectos con posterioridad a su desaparición respecto de hechos acaecidos durante su vigencia.

En materia penal y, actualmente, en el campo del derecho disciplinario, el principio de favorabilidad se aplica también a las normas procesales, a pesar de que se mantiene el principio general de la aplicación inmediata”¹⁴¹.

Frente al caso concreto se observa que mediante la Resolución de Apertura de Investigación se le imputó a **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) la conducta descrita en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley

¹³³ Folios 1499 a 1544 del cuaderno público No. 7 del Expediente.

¹³⁴ Folios 1575 a 1635 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹³⁵ Folio 1637 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹³⁶ Folio 1636 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹³⁷ Folio 1656 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹³⁸ Folio 1657 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹³⁹ Folio 1707 a 1734 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹⁴⁰ Folio 1685 a 1706 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

¹⁴¹ Corte Constitucional, sentencia C-181 de 2002.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

1340 de 2009, norma que desde entonces no ha sufrido ninguna modificación. Este artículo se encontraba vigente en el momento en que la conducta anticompetitiva ejecutada por **OFFILINE** se llevó a cabo. En este sentido, se estableció que **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** habría colaborado, facilitado y tolerado la conducta anticompetitiva. Debe tenerse en cuenta que no ha habido una nueva norma posterior y favorable para los investigados que haya modificado o derogado tal artículo.

JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS (representante legal de **OFFILINE**) refirió concretamente que se había vulnerado el principio de favorabilidad en la medida en que esta Superintendencia le dio un alcance diferente a las pruebas el cual resultó contradictorio con lo manifestado por los investigados. Señaló expresamente: “*se le prohíbe a la Superintendencia interpretar las pruebas distintamente al alcance que las mismas tienen, es decir, no puede asumir la existencia de una conducta cuando las partes claramente manifiestan lo contrario*”¹⁴².

Esta afirmación no tiene ningún sustento, pues el principio de favorabilidad no tiene nada que ver con la valoración de las pruebas, lo cual, como se explicará más adelante, se realiza conforme las reglas de la sana crítica, análisis en el cual debe realizarse una valoración integral del material probatorio legalmente incorporado al Expediente.

Por los motivos expuestos, y al no ser aplicable el principio de favorabilidad, este no fue vulnerado por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Finalmente, en cuanto al principio de la buena fe (artículo 83 de la Constitución), encuentra el Despacho que este fue referido por los investigados en el contexto según el cual, la Entidad no probó la conducta investigada, realizó aseveraciones y sacó conclusiones asumiendo la mala fe en los comportamientos adelantados a lo largo del proceso de selección investigado. No obstante lo anterior, no es clara la relación que quiere hacer ver el investigado de este principio con “*las meras conjeturas*” que, asevera realizó la Superintendencia y Comercio respecto de las cuales ha quedado claro que son afirmaciones sustentadas por una gran cantidad de pruebas. Por ese motivo no se encuentra que haya habido una violación a ese principio.

Finalmente, no comparte este Despacho la afirmación de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal de **OFFILINE**) consistente en que la carga de la prueba haya sido invertida, trasladándola a los investigados, pues ha quedado establecido, de manera exhaustiva y suficiente, la existencia de pruebas fundamento de la decisión.

Como se observa, en la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia probó de manera exhaustiva la configuración de la conducta anticompetitiva investigada, tal como se reiteró en el numeral **3.2.** del presente acto. Así las cosas, fue probado el supuesto de hecho de las normas imputadas a los investigados, conforme lo dispone el artículo 167 del CGP.

En resumen, esta Superintendencia no vulneró los principios de debido proceso administrativo, presunción de inocencia, derecho de defensa, favorabilidad y buena fe, como tampoco se desconoció lo establecido en el numeral 8 del artículo 5 de la Ley 1437 de 2011. Mucho menos se invirtió la carga de la prueba en desmedro de los investigados.

3.4. Consideraciones relacionadas con la responsabilidad penal, disciplinaria y administrativa

OFFILINE refirió en su recurso de reposición que la responsabilidad administrativa debía obedecer a los principios del derecho penal y, por ende, era obligación de la Superintendencia de Industria y Comercio demostrar la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la sociedad, situación que no ocurrió. Adicionalmente, en varios apartes de su escrito hizo referencia a elementos de la responsabilidad disciplinaria, trayendo a colación la Ley 734 de 2002 y el Decreto 01 de 1984 (Código Contencioso Administrativo).

En relación con esos argumentos el Despacho considera que, si bien el derecho penal, disciplinario y administrativo sancionatorio son modalidades del poder punitivo del Estado, cada uno de ellos busca cumplir una finalidad diferente dentro del ordenamiento a través de la protección de diferentes

¹⁴² Folio 1695 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

bienes jurídicos mediante la represión de comportamientos ilegales. Respecto del poder punitivo del Estado, la Corte Constitucional ha referido que:

*“Dentro de sus manifestaciones, se han distinguido de un lado el **derecho penal delictivo, que por lo mismo que está encaminado a proteger bienes jurídicos más preciados para el ordenamiento admite la punición más severa**, y de otro, los que representan en general poderes del Derecho administrativo sancionador, como es el caso del contravencional, del disciplinario y del correccional, en el que el **derecho disciplinario procura asegurar el cumplimiento de deberes y obligaciones por parte de servidores públicos o profesionales de determinadas profesiones como médicos, abogados o contadores**. Entre los diversos tipos de derecho sancionador existen diferencias: es así como en el derecho penal no sólo se afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso y admite una punición más severa. En cambio, **otros derechos sancionadores** no sólo no afectan la libertad física, pues **se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial, por lo que las sanciones aplicables son de diferente entidad**”¹⁴³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Teniendo en cuenta esta distinción en las finalidades que cada una de estas modalidades del *ius puniendi* del Estado busca proteger, debe indicarse que en materia penal la Ley 599 de 2000 establece las conductas que en Colombia se consideran delitos, la Ley 734 de 2002 o Código Disciplinario Único¹⁴⁴ consagra las faltas disciplinarias en que pueden incurrir los servidores públicos y finalmente en materia administrativa sancionatoria, dependiendo del bien que se proteja se encuentran distintas normas especiales.

Tabla No. 9: Comparación elementos derecho penal, derecho disciplinario y derecho administrativo sancionatorio

Elemento	Derecho penal	Derecho disciplinario	Derecho administrativo sancionatorio
Finalidad	Penalizar los comportamientos catalogados como delitos y prevenir la ocurrencia de los mismos.	Asegurar el cumplimiento de los principios que regulan el ejercicio de la función pública. Igualmente, <i>“salvaguardar la obediencia, la disciplina, la rectitud y la eficiencia de los servidores públicos”</i> ¹⁴⁵ .	Garantizar la preservación y del ordenamiento jurídico. Vigilar el estricto cumplimiento de la ley.
Sujetos	Toda persona que habite en Colombia.	Servidores públicos o privados que ejerzan esta función.	Depende del ámbito específico. Personas que ejerzan determinada actividad.
Tipo de infracción	Delito.	Faltas gravísimas, graves y leves.	Administrativa.
Tipo de sanciones	Privación de la libertad personal, multas y órdenes.	Destitución, inhabilidad, suspensión en el ejercicio del cargo, multa, amonestación escrita.	Multas pecuniarias y órdenes administrativas.
Integración normativa	Normas que tipifican delitos y consagran el procedimiento judicial para declarar la responsabilidad penal de una persona: Ley 599 de 2000 y Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004.	Normas que exigen a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones. No pueden omitir funciones o extralimitarse en el ejercicio de las mismas. Procedimiento establecido en la Ley 734 de 2002.	Depende del ámbito específico. No obstante, las normas residuales se encuentran contenidas en los artículos 47 a 52 del CPACA.
Tipo de decisión	Sentencia judicial.	Acto administrativo sujeto a control de la jurisdicción contencioso administrativa.	Acto administrativo sujeto a control de la jurisdicción contencioso administrativa.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

¹⁴³ Corte Constitucional, sentencia C-762 de 2009.

¹⁴⁴ Ley que continúa vigente de conformidad con lo establecido en el artículo 140 de la Ley 1955 de 2019.

¹⁴⁵ Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En relación con el derecho administrativo sancionatorio, se ha establecido que este representa una ruptura del principio de división de poderes, pues busca reprochar ilícitos pero no a través de ejercicio judicial. A través de este, la ley otorga a las autoridades administrativas la facultad de imponer sanciones cuando se verifique que una norma jurídica ha sido incumplida, esto con el fin de reprobado y prevenir que la infracción administrativa vuelva a presentarse. Ha manifestado la Corte Constitucional que:

“En consecuencia, a juicio de esta Corporación, la potestad sancionadora de la Administración permite asegurar la realización de los fines del Estado, al otorgarle a las autoridades administrativas la facultad de imponer una sanción o castigo ante el incumplimiento de las normas jurídicas que exigen un determinado comportamiento a los particulares o a los servidores públicos, a fin de preservar el mantenimiento del orden jurídico como principio fundante de la organización estatal (C.P. arts. 1°, 2°, 4° y 16)”¹⁴⁶.

(...)

“a través del derecho administrativo sancionador se pretende garantizar la preservación y restauración del ordenamiento jurídico, mediante la imposición de una sanción que no sólo repruebe sino que también prevenga la realización de todas aquellas conductas contrarias al mismo. Se trata, en esencia, de un poder de sanción ejercido por las autoridades administrativas que opera ante el incumplimiento de los distintos mandatos que las normas jurídicas imponen a los administrados y aún a las mismas autoridades públicas”¹⁴⁷.

Ahora bien, se ha reconocido que los principios y reglas del derecho penal son aplicables y deben guiar las actuaciones de las autoridades administrativas en el desarrollo del ámbito administrativo sancionatorio, sin embargo, cada procedimiento es diferente, pues cada uno de ellos tiene elementos y características específicas. De esta forma, la Corte ha referido que:

*“Si bien la doctrina sobre la materia ha reconocido que la aplicación de los principios y reglas del derecho penal delictivo al derecho administrativo sancionador, y entre ellos, al derecho disciplinario, tiene como fundamento la homogeneización o unidad punitiva exigible en tratándose del ejercicio del ius puniendi; de igual manera **se ha admitido la existencia de una singularidad en cada uno de sus procedimientos (penal, correccional, contravencional o disciplinario), en respuesta a la naturaleza de los ilícitos y de sus sanciones, así como a la mayor intervención de las sanciones administrativas sobre las penales en el ordenamiento jurídico**”¹⁴⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En igual forma, no debe perderse de vista que:

“[E]ntre el derecho penal y los otros derechos sancionadores existen diferencias que no pueden ser desestimadas. Así, el derecho penal no sólo afecta un derecho tan fundamental como la libertad sino que además sus mandatos se dirigen a todas las personas, por lo cual es natural que en ese campo se apliquen con máximo rigor las garantías del debido proceso. En cambio, otros derechos sancionadores no sólo no afectan la libertad física, pues se imponen otro tipo de sanciones, sino que además sus normas operan en ámbitos específicos, ya que se aplican a personas que están sometidas a una sujeción especial - como los servidores públicos- o a profesionales que tienen determinados deberes especiales, como médicos, abogados o contadores. En estos casos, la Corte ha reconocido que los principios del debido proceso se siguen aplicando pero pueden operar con una cierta flexibilidad en relación con el derecho penal”¹⁴⁹. (Subrayado del texto original).

En este sentido, cada una de las modalidades sancionatorias tiene intereses, sujetos, sanciones y efectos completamente diferentes.

Teniendo claras las diferencias en la aplicación de cada uno de los sistemas, esta Superintendencia ha establecido que para determinar la responsabilidad administrativa por infracciones al régimen de

¹⁴⁶ Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.

¹⁴⁷ Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.

¹⁴⁸ Corte Constitucional, sentencia C-818 de 2005.

¹⁴⁹ Corte Constitucional, sentencia C-948 de 2002.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

la libre competencia económica no se requiere demostrar los elementos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad tal y como sucede en el derecho penal, puesto que la aplicación de los principios propios del derecho penal es menos rigurosa. Esto ha sido reconocido por la Corte Constitucional, quien ha referido 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. Desde esta perspectiva, el derecho administrativo sancionador suele contener normas con un grado más amplio de generalidad, lo que en sí mismo no implica un quebrantamiento del principio de legalidad si existe un marco de referencia que permita precisar la determinación de la infracción y la sanción en un asunto particular”¹⁵⁰.

(...)

*“En el derecho sancionador de la Administración, la presunción de inocencia y el elemento de la culpabilidad resultan aplicables como criterio general. No obstante, como se verá a continuación, pueden ser objeto de ciertos matices -ámbito de la responsabilidad subjetiva- y excepcionalmente establecerse la responsabilidad sin culpa -objetiva-. (...) **Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva)**”¹⁵¹ (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Por las sendas diferencias que existen entre el derecho penal y administrativo sancionatorio, no es posible trasladar el juicio de responsabilidad penal al análisis que hace esta Superintendencia en el cumplimiento de sus funciones como Autoridad Nacional de Competencia. Pues, conforme lo establecido por la Corte Constitucional, la aplicación de los principios penales en este ámbito es menos riguroso por cuanto a través de este tipo de procesos se busca garantizar la preservación del ordenamiento jurídico mediante la imposición de multas pecuniarias que buscan cumplir una función de reproche y prevención. Situación que funciona de la misma manera en el campo del derecho disciplinario.

De esta forma, aseveraciones realizadas por **OFFLINE** tales como “*quien adelante la actuación disciplinaria deberá, conforme a las reglas del debido proceso, demostrar que la conducta que se acusa a una persona, está establecida como disciplinable; se encuentra efectivamente probada; y, que la autoría y responsabilidad de ésta se encuentra en cabeza del sujeto pasivo de la acción disciplinaria*”¹⁵² no tienen ninguna correlación con el procedimiento ni con el tipo de conducta que mediante este procedimiento administrativo sancionatorio se reprocha.

De conformidad con los motivos expuestos, la Superintendencia de Industria y Comercio en el juicio por la posible infracción a normas del régimen de la libre competencia no debe realizar el análisis que en materia penal debe realizar un juez de la República, en el que se demuestre la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad de la conducta punible.

En consecuencia, los argumentos relacionados con dicho juicio son infundados.

3.5. Consideraciones relacionadas con la imputación jurídica

LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS (representante legal de **ELECTRO**), **ELECTRO**, **ELENCO** y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) indicaron en su recurso que, de conformidad con el precedente administrativo de la Superintendencia de Industria y Comercio, para declarar la existencia de un sistema anticompetitivo se requiere probar la existencia de una serie de “*acuerdos colusorios o tendientes a vulnerar la libre competencia*”.

¹⁵⁰ Corte Constitucional, sentencia C-394 de 2019.

¹⁵¹ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010.

¹⁵² Folio 1726 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Además, que **CONAR** y **OFFILINE** no eran conscientes de la existencia de un acuerdo anticompetitivo simplemente porque este no existió.

A su vez, **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) establecieron que la Superintendencia de Industria y Comercio (i) atentó contra la iniciativa privada y la libre empresa en la Resolución Sancionatoria; (ii) nunca tipificó la conducta imputada a la sociedad; (iii) no tipificó la conducta de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** pues le imputó el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que hace referencia al monto de las sanciones; y (iv) que en ningún momento se hizo referencia a las normas de competencia desleal que se imputaban en correspondencia del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Lo primero que debe advertirse es que, mediante la Resolución No. 40103 del 10 de julio de 2017 no se imputó a ningún agente de mercado la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. La conducta imputada fue el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 o prohibición general de competencia. Por ende, es inadmisibile que se establezca que al no existir un acuerdo anticompetitivo la conducta no existió y que, por esa razón, **CONAR** y **OFFILINE** no eran conscientes de ninguna práctica restrictiva.

En esa línea tampoco resulta acertado señalar que para declarar la existencia de un sistema anticompetitivo la Entidad debía haber probado la existencia de una serie de acuerdos restrictivos de la libre competencia. Esta se constituye como una afirmación sin sustento jurídico, la cual fue formulada sin una carga argumentativa o probatoria. Esto no ha sido establecido en el precedente administrativo de esta Superintendencia.

Ahora, en relación con el argumento consistente en que al declarar a **OFFILINE** administrativamente responsable e imponerle una multa –teniendo en cuenta que ya fue sancionada este año– se violan los principios de iniciativa privada y libre empresa, debe tenerse en cuenta lo que la Corte Constitucional ha establecido frente a estas dos prerrogativas de los particulares, los cuales son pilares de la economía social de mercado. Respecto a la libertad de empresa la Corte Constitucional ha establecido que esta es “aquella que se le reconoce a los ciudadanos para afectar o destinar bienes de cualquier tipo para la realización de actividades económicas, para la producción e intercambio de bienes y servicios, conforme a las pautas o modelos de organización propias del mundo económico contemporáneo, con el objetivo de obtener beneficios o ganancias”¹⁵³.

Y, frente a la iniciativa privada el alto Tribunal ha indicado que esta es el motor de la economía. Sin embargo, como derechos que son, no puede pretenderse que estos sean absolutos. En tal medida, la libre competencia económica, se instituye como un derecho, pero también como límite a las dos prerrogativas anteriores. En relación con la libre competencia económica la Corte ha dicho que:

*“La Constitución contempla la libre competencia como un derecho. La existencia del mismo 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”*¹⁵⁴.

En calidad de derecho colectivo, la libre competencia busca proteger un interés general, buscando otorgar mejores precios y condiciones a los consumidores de todo tipo de bienes y servicios. En contraposición, los derechos a la libre empresa e iniciativa privada satisfacen un interés particular. No debe entonces perderse de vista que, el interés general, en estos casos de protección del régimen de la libre competencia económica, debe primar sobre el interés particular.

¹⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.

¹⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-032 de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Teniendo en cuenta lo anterior, con la conducta reprochada a **OFFILINE** y su respectiva declaratoria de responsabilidad y sanción se busca que la multa cumpla una función sancionatoria y de prevención general. No se observa que con esta se afecte o viole la libre empresa o iniciativa privada de la sociedad. En consecuencia, no le asiste razón a la sancionada.

Por otro lado, nuevamente **OFFILINE** refirió que la Superintendencia de Industria y Comercio no tipificó en el Resolución de Apertura de Investigación la conducta que se le imputaba. Sin embargo, esto no es cierto. Como puede observarse, en dicho acto se establecieron de manera clara las imputaciones jurídicas realizadas a las personas investigadas. Esto en los numerales **10.1.1.**, **10.1.2.**, **10.2.1.**, **10.2.2.** y **10.2.3.** a partir de estos numerales se estableció en la parte resolutive de ese acto:

"ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.265.186, **ELECTRO DISEÑOS S.A.** (NIT. 800122460-0), **ELENCO INGENIEROS S.A.S.** (NIT. 900048718-1, **INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S.** (NIT. 890907052-6) y **CONAR INGENIERÍA S.A.S.** (NIT. 900522207-2), para determinar si en el curso de la licitación pública No. 0070005635 de 2015, adelantada por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**, infringieron la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959"¹⁵⁵ (Subraya fuera de texto original).

En este sentido, la prohibición general le fue imputada a **OFFILINE**. Como se estableció en la Resolución Sancionatoria, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que esta infracción no constituye un enunciado indeterminado que se configure como una violación al principio de tipicidad. En ese sentido, tres son las prohibiciones que contiene dicha norma:

"(i) [L]a prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros, (ii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos". (Subraya y negrilla fuera de texto).

En esta medida, la Superintendencia de Industria y Comercio fue clara en la imputación jurídica formulada contra **OFFILINE**. Por tal razón no le asiste razón a la recurrente.

Finalmente, frente a la alegación de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) conforme la cual esta Superintendencia no tipificó su conducta pues le imputó el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que hacía referencia al monto de las sanciones, debe reiterarse que dicha norma otorga la facultad a esta Entidad de "Imponer a cualquier persona que 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, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio", deben resaltarse tres elementos de la norma: **(i)** la facultad conferida a esta Entidad; **(ii)** la consagración de los verbos en los que pueden incurrir los facilitadores de conductas anticompetitivas; y **(iii)** el monto máximo de la sanción que puede ser impuesta.

De esta forma, se encuentra que en esa norma converge tanto la prohibición (norma sustancial) como el monto de la posible multa a imponer.

En resumen, el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 el cual modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 contiene dos de los tres elementos del derecho administrativo sancionatorio: las conductas tipificadas como infracciones, así como el monto de las sanciones a imponer. En esa medida, a una persona que no actúa como agente de mercado, pero que pudo haber contribuido a la materialización de una conducta anticompetitiva la norma jurídica que se le imputa debe ser el artículo 26, pues contiene los verbos: colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar o tolerar.

En consecuencia, no tiene sustento la afirmación realizada por **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**).

¹⁵⁵ Folio 805 del cuaderno público No. 5 del Expediente (Resolución de Apertura de Investigación, p. 36).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Finalmente, frente al argumento relacionado con la falta de aplicación de las normas de competencia desleal, resulta inadmisibles que a lo largo de la investigación se haya indicado que en la imputación jurídica no se mencionó qué conducta se imputó, puesto que como quedó establecido en el numeral 4.6. de la Resolución Sancionatoria la aplicación de las normas del régimen de la libre competencia económica no depende ni está en correlación con las normas de competencia desleal.

De acuerdo con los motivos expuestos, no son fundados los argumentos encaminados a atacar la imputación jurídica realizada en la Resolución de Apertura de Investigación y por la cual se sancionó efectivamente a los investigados.

3.6. Consideraciones relacionadas con el régimen de responsabilidad por prácticas restrictivas de la libre competencia no requiere probar el ánimo anticompetitivo

ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS (representante legal de **ELECTRO**) y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) manifestaron que no se encuentra acreditado el ánimo de la coordinación con fines anticompetitivos en la presentación de las propuestas de las uniones temporales **UT ELECTRO OFFILINE** y **UT ELENCO**.

De igual forma, **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) estableció que en ningún momento se probó su intención de cometer una conducta ilegal, motivo por el cual no es posible declarar su responsabilidad administrativa. Además, refirió que esta Superintendencia no puede sancionar el fuero interno de la persona.

Teniendo en cuenta que en la Resolución Sancionatoria el Despacho resolvió el mismo argumento, el cual había sido presentado por **OFFILINE, JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**), **ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) en las observaciones al Informe Motivado, se reiterará lo señalado en el numeral 8.4.5. de ese acto.

Se advierte que la Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado¹⁵⁶ que para declarar la responsabilidad de un agente de mercado o de una persona natural vinculada a este no se requiere probar aspectos subjetivos tales como el ánimo de coordinación con fines anticompetitivos en el mercado. Esta posición ha sido decantada por el Consejo de Estado y sentada en el precedente administrativo de esta Entidad.

Como quedó establecido en el numeral 3.4. de la presente Resolución, los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionatorio, sin embargo, estos aplican con menor rigurosidad en el derecho administrativo sancionatorio. Esto ha sido indicado por la Corte Constitucional, quien ha establecido que:

“La rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva)”¹⁵⁷.

En tal sentido, el análisis de las conductas que la Autoridad realiza en el ámbito del procedimiento por prácticas restrictivas de la competencia admite que este sea objetivo, excluyendo cualquier valoración de factores subjetivos de responsabilidad. Esto ha sido establecido por el Consejo de Estado así:

“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

¹⁵⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resoluciones No. 57600 del 28 de octubre de 2019, 12156 del 7 de mayo de 2019, 31079 del 29 de julio de 2019 y 35208 del 9 de agosto de 2019.

¹⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-595 de 2010.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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 (...)¹⁵⁸. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Conforme lo anterior, para demostrar la responsabilidad de una persona en el ámbito del derecho administrativo sancionatorio es suficiente probar el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida ¹⁵⁹. Por ende, el juicio de responsabilidad que realiza esta Superintendencia en cada caso en particular, no exige que se tengan en cuenta factores subjetivos.

A su vez, el máximo tribunal de lo contencioso administrativo también ha establecido que:

“Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionada a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa (...)¹⁶⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En la medida en que los principios de eficiencia, economía y celeridad son propios de la función administrativa, los cuales rigen plenamente las actuaciones de esta Entidad, se hace necesario que para el adecuado funcionamiento y cumplimiento de la misión legal encomendada el juicio que debe realizar el Superintendente de Industria y Comercio en los casos de prácticas restrictivas de la competencia no puede estar sujeto a que se logre probar factores subjetivos en los comportamientos desplegados por agentes del mercado o personas naturales a ellos vinculadas.

En casos de acuerdos restrictivos de la competencia, el Consejo de Estado ha determinado expresamente que no es necesario que la Autoridad de Competencia demuestre o pruebe la intención de los agentes de mercado al momento exacto en que celebran un contrato o convenio contrario a la libre competencia económica. Ha establecido que:

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

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

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

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 precios¹⁶¹. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

¹⁵⁸ Consejo de Estado, Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 2009. Rad. No. 13495.

¹⁵⁹ Ver, entre otras, Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 28350 de 2004, 37033 de 2011, 46111 de 2011 y 70736 de 2011.

¹⁶⁰ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 6 de agosto de 1992, rad. No. 3941.

¹⁶¹ Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, rad. No. 25000-23-24-000-2001-00364-01.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Incluso, debe resaltarse que la Corte Constitucional ha señalado que puede haber casos en los que las sanciones por responsabilidad objetiva se encuentren ajustadas a la Constitución Política. Al respecto ha indicado que:

“En efecto, las sanciones por responsabilidad objetiva se ajustan a la Carta siempre y cuando (i) carezcan de la naturaleza de sanciones que la doctrina llama ‘rescisorias’, es decir, de sanciones que comprometen de manera específica el ejercicio de derechos y afectan de manera directa o indirecta a terceros; (ii) tengan un carácter meramente monetario; y (iii) sean de menor entidad en términos absolutos (tal como sucede en el caso de las sanciones de tránsito) o en términos relativos (tal como sucede en el régimen cambiario donde la sanción corresponde a un porcentaje del monto de la infracción o en el caso del decomiso en el que la afectación se limita exclusivamente a la propiedad sobre el bien cuya permanencia en el territorio es contraria a las normas aduaneras)”¹⁶².

En segundo lugar, el Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria en relación con que la prohibición general de competencia (artículo 1 de la Ley 155 de 1959) no establece que se requiera para su configuración probar la culpabilidad, aspecto eminentemente subjetivo:

*“Inclusive, de la misma lectura del artículo es posible anotar que el legislador estableció que la prohibición era frente a “toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas **tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos**” (Subraya y negrilla fuera de texto). **La expresión tendientes a se traduce en que no se requiere la intención de los agentes o la concreción de un resultado para que la prohibición se entienda violada. De esta forma puede aseverarse que el concepto tendiente a debe entenderse de la misma forma que el concepto por objeto. Así las cosas, ambas expresiones se traducen como el fin o intento a que se dirige o encamina determinada acción. En este entendido, la prohibición general prohíbe todo tipo de prácticas, procedimientos o sistemas que tengan como objeto limitar la libre competencia y así, al ser unas conductas que reprocha el ordenamiento que no requieren de la consumación de un resultado o efecto la intención de los agentes no es un elemento configurativo de la responsabilidad.** La Superintendencia de Industria y Comercio ha referido “que la implicación de las denominadas conductas “por objeto” recae específicamente en el hecho que la Autoridad no solo no está en la obligación de establecer los efectos de la conducta en el mercado, sino que tampoco está en la obligación de determinar la **intención** de los investigados”^{163, 164} (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Y, teniendo en cuenta ese razonamiento, el Consejo de Estado ha manifestado que en las conductas que tengan por objeto la violación del régimen de la libre competencia económica no resultan relevantes aspectos subjetivos.

*“[S]e ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan **por objeto** la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, **no resultan relevantes aspectos subjetivos** relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. **Así, la intención o propósito no es un elemento que deba tenerse en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción**”¹⁶⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Posición, que ha sido enfatizada por esta Superintendencia y que quedó fijada en la Resolución Sancionatoria. Se estableció en ese acto:

*“[A]l tratarse de una conducta analizada bajo la modalidad de anticompetitiva por objeto, la función de la autoridad no es otra que la de analizar si por las condiciones y naturaleza de dicha conducta, la misma tiene la potencialidad o idoneidad de afectar el mercado. **Así, el análisis recae sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto**”*

¹⁶² Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2002.

¹⁶³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019.

¹⁶⁴ Folio 1627 del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 105).

¹⁶⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado”¹⁶⁶.

(...)

*“[E]n la medida en que las consecuencias de la expresión tendiente a, contenida en la prohibición general, son las mismas a las de la expresión por objeto, resulta evidente que, como lo ha establecido esta Superintendencia y lo ha señalado el Consejo de Estado, los aspectos subjetivos relacionados con la intención o propósito de los agentes de mercado que desarrollan los comportamientos prohibidos por el régimen de la libre competencia no resultan relevantes al momento de analizar su responsabilidad. En esa medida, la intención o propósito no es un elemento configurativo de la violación de la prohibición general”*¹⁶⁷.

Por los motivos expuestos, el argumento de **ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) relacionado con la necesidad de probar el ánimo o intención en la ejecución de la conducta no es fundado, como tampoco el de **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** frente a su supuesta falta de responsabilidad.

3.7. Consideraciones relacionadas con la idoneidad de la conducta y su impacto en la licitación pública No. 0070005635 de 2015

ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS (representante legal de **ELECTRO**) y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) refirieron que la conducta no fue idónea para limitar la libre competencia económica y que, en consecuencia, no había existido ningún daño real en el mercado. Igualmente, que la propuesta presentada por la **UT ELECTRO OFFILINE** había sido la más idónea para la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**. En forma similar, **OFFILINE** refirió que el Estado no se vio afectado, pues no existió ningún detrimento patrimonial del erario público.

El Despacho reiterará los argumentos presentados en la Resolución Sancionatoria, toda vez que, como quedó demostrado, la conducta desplegada por los investigados fue idónea para afectar la libre competencia al interior del proceso de la licitación pública No. 0070005635. A su vez, se insiste en que la Superintendencia de Industria y Comercio no se encuentra obligada a demostrar los daños causados con la conducta en el mercado y que, por ende, en el ámbito sancionatorio de esta Entidad no se requiere la existencia probada de un detrimento patrimonial del Estado.

Conforme se indicó en la Resolución Sancionatoria, el propósito principal de la libre competencia económica en el marco de procesos de selección adelantados por el Estado es que todas las personas que se encuentren interesadas en participar del mismo “*puedan acceder con igualdad de oportunidades a formular sus ofertas y, además, que de ese ejercicio de autonomía y de sana rivalidad se obtengan las mejores condiciones de contratación para el Estado*”¹⁶⁸. En este sentido, se busca que (i) haya igualdad de condiciones y (ii) que, a partir de la sana competencia, el Estado reciba los mejores bienes o servicios para el cumplimiento de sus fines.

En línea con este propósito, el Despacho encontró que:

*“[L]os comportamientos de los proponentes, encaminados a simular autonomía, individualidad y real competencia en el marco de la **licitación pública No. 0070005635** adelantada por la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** para incrementar las probabilidades de resultar adjudicatario del proceso, constituyen una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica. Lo anterior, debido a que un comportamiento de esa naturaleza resulta idóneo para impedir la materialización de condiciones de igualdad de oportunidades entre los demás proponentes que sean parte en dicho proceso.*”

¹⁶⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019.

¹⁶⁷ Folio 1628 del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 107).

¹⁶⁸ Folio 1611R del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 72).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En efecto, como lo estableció la Delegatura en su Informe Motivado, los agentes del mercado que desarrollen una conducta como la descrita podrían incrementar artificial e ilegítimamente la probabilidad de resultar favorecidos por el mecanismo de evaluación previsto en el proceso de selección correspondiente, en detrimento de las probabilidades con que contarían sus competidores efectivos. En consecuencia, la conducta resulta a todas luces inconveniente en términos de transparencia e igualdad.

Incluso, comportamientos como el que aquí se analiza podrían también resultar idóneos para impedir que la oferta elegida sea aquella que ofrezca las mejores condiciones para el Estado. Esto, por cuanto el comportamiento coordinado de los proponentes conduce, en la práctica, a una selección distorsionada que desvía la elección de las mejores ofertas al reducir sus posibilidades de ser seleccionadas, en últimas, provocando condiciones menos favorables para la entidad contratante”¹⁶⁹.

Así, y en línea con el precedente administrativo de esta Superintendencia:

“[L]a participación de agentes en procesos de selección que se hacen pasar como competidores independientes y autónomos sin serlo en realidad, tiene la potencialidad de generar efectos nocivos en cualquier tipo de proceso. Lo anterior dado que dichas conductas pueden (i) afectar el buen y justo arbitrio de la entidad contratante, la cual parte de la premisa de que existió una sana y transparente rivalidad entre los proponentes y, así (ii) disminuir de manera ilegítima las probabilidades de que los demás participantes, realmente autónomos entre sí, resulten ganadores en un respectivo proceso de selección.

Por lo tanto, una conducta como la descrita en el presente acto generó efectos explotativos y exclusorios al interior del proceso de selección objeto de investigación. Esto quiere decir que el sistema reprochado resulta violatorio del régimen de libre competencia económica en la medida en que la conducta estaría impidiendo, por un lado, que otros agentes, que ejercen mayor presión competitiva, sean adjudicatarios y, por otro lado, que el precio de los bienes y servicios comprados por la entidad demandante sea la mejor opción de compra (mejor relación precio/calidad) dado que fue manipulado el método de selección”¹⁷⁰.

Ahora bien, en relación con el argumento de los recurrentes según el cual con su comportamiento no se había generado un daño en el mercado, debe resaltarse que la Superintendencia de Industria y Comercio no se encuentra en la obligación de probar los daños causados en el mercado con la conducta de unos agentes de mercado que violaron el régimen de la libre competencia económica. Esto por cuanto las conductas *por objeto* del régimen no requieren que se concrete un resultado. Esto fue tratado en el numeral **8.4.5.** de la Resolución Sancionatoria con suficiencia en estos términos:

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

*Hay que resaltar que esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia y doctrina internacional experta en la materia. Así, por ejemplo, la Corte de Justicia de la Unión Europea, en el caso *Competition Authority vs Beef Industry Development Society Ltd*, manifestó que la diferencia entre las conductas anticompetitivas por efecto y por objeto reside en que las últimas consisten en “determinadas formas de colusión entre empresas [que] pueden considerarse, **por su propia naturaleza**, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia”¹⁷¹, razón por la cual “[...] aun cuando se demuestre que las partes de un acuerdo [por objeto] actuaron sin intención subjetiva*

¹⁶⁹ Folio 1610R del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 72).

¹⁷⁰ Folio 1611R del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 74).

¹⁷¹ Corte de Justicia Europea, Caso C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637. Par. 17.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*alguna de restringir la competencia, [...], tales consideraciones carecen de pertinencia en la aplicación de dicha disposición*¹⁷²¹⁷³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Además, esta posición ha quedado establecida en recientes decisiones de esta Entidad de la siguiente manera:

"Ahora bien, como lo ha reiterado en anteriores ocasiones esta Superintendencia, si bien no debe establecerse la ocurrencia real de un efecto anticompetitivo en el mercado, la Autoridad de protección de la libre competencia debe determinar si las conductas anticompetitivas por "objeto" tuvieron la capacidad, la potencialidad, de causar un daño en el respectivo mercado.

*Así, y contrario a lo afirmado por los recurrentes, en la Resolución Sancionatoria se estableció de manera clara y expresa las razones y argumentos que demuestran que la conducta desplegada por los investigados en el presente caso efectivamente tuvo la potencialidad de causar un daño en el mercado*¹⁷⁴.

(...)

*"Sobre el particular, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, el hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables "por objeto", significa que el supuesto normativo que soporta esta conducta implica un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. Quiere decir ello, se repite, que la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual **no le es exigible a 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.***

*Así las cosas, el reproche relacionado con la falta de idoneidad de la conducta para causar daño o la falta de demostración de afectación real a la competencia se rechaza nuevamente, por resultar a todas luces improcedente. De paso, la crítica recibida por parte de **RICARDO MÉNDEZ MORA, HERMES DAVID ARÉVALO PISSA, FERRELÉCTRICA, TECNIGRUP y WILZOR**, según la cual era obligación de esta Superintendencia demostrar que los oferentes que participaron en los respectivos procesos de selección objeto de sanción, resultaban ser las mejores opciones para las respectivas entidades del Estado, así como el porcentaje de afectación de los mismos, se rechazan bajo los mismos lineamientos argumentativos presentados en este numeral*¹⁷⁵.

Bajo este entendido, tampoco resulta correcta la afirmación de **ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENA** (representante legal de **ELECTRO**) y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) conforme la cual, la propuesta presentada por la **UT ELECTRO OFFILINE** fue la más idónea para la entidad estatal y que en efecto este proponente cumplió en correcta forma el contrato. Aceptar este argumento sería avalar comportamientos anticompetitivos que se presenten al interior de los procesos de selección contractual bajo el pretexto que el contrato se cumplió a cabalidad, olvidando que, como ocurrió en el presente caso, las uniones temporales integradas por los investigados no compitieron en igualdad de condiciones con los demás proponentes. El hecho de que el contrato estatal se haya ejecutado en correcta forma, es distinto al hecho de que la adjudicación del mismo se haya dado en contravención de las normas del régimen de la libre competencia.

De esta forma, argumentos relacionados con que el resultado del proceso de evaluación de las propuestas era "producto del azar" por cuanto no era posible conocer el número de proponentes que se presentarían al proceso de selección o saber cuál sería la TRM para el día hábil siguiente al del cierre del proceso –lo cual determinaría el método aplicable (media aritmética, media aritmética alta, media geométrica con presupuesto oficial o menor valor)– no pueden prosperar en

¹⁷² Corte de Justicia Europea, Caso C-209/07, *Competition Authority vs Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, [2008] ECR I-8637. Par. 21.

¹⁷³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 3150 del 13 de febrero de 2019.

¹⁷⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 11623 del 6 de mayo de 2019.

¹⁷⁵ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 35208 del 9 de agosto de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la medida en que al presentar dos propuestas coordinadas se estaría maximizando el valor esperado asociado al proceso licitatorio, pues en tres de los cuatro métodos de evaluación, la estrategia coordinada mejoraba los prospectos de ser adjudicatarios. Conviene entonces reiterar lo establecido en la Resolución Sancionatoria:

*"(i) de entrada es equivocado asegurar que el número de proponentes es totalmente desconocido, ya que el proceso de selección específico, esto es la licitación pública, contempla diversas etapas en donde los potenciales proponentes concurren para, por ejemplo, presentar observaciones al pliego de condiciones, es así que, como mínimo, se cuenta con un valor aproximado para esta cifra; (ii) el punto precedente se refuerza, máxime porque **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** acreditó la existencia de una base de datos, utilizada para la estructuración de ofertas económicas, que da cuenta del valor ofertado de los potenciales competidores en procesos de contratación pública similares¹⁷⁶, de suerte que es inocua la aseveración, y en cambio, da mayores luces sobre cómo fue concebida la estrategia coordinada y; (iii) en la medida en que el número efectivo de proponentes y sus ofertas es desconocido hasta el cierre del proceso, está claramente probado que los investigados formularon una estrategia de coordinación conforme a la información que tenían disponible. En definitiva, la ventaja injusta nace, no de tener la capacidad de proyectar certeramente cuál será el resultado del proceso de licitación o el comportamiento de cada uno de los participantes, sino de la coordinación entre los agentes del mercado que persiguió incrementar ilegítimamente la probabilidad de resultar adjudicatarios"¹⁷⁷.*

Así las cosas, no les asiste razón a los investigados en relación a la imposibilidad de establecer una estrategia idónea para aumentar sus probabilidades para resultar adjudicatarios del contrato estatal, puesto que el hecho de no haber existido certidumbre frente a ciertos factores determinantes en el proceso de evaluación y calificación de las propuestas no implica que no sea posible buscar limitar la libre competencia en el mercado específico.

Conforme los motivos expuestos, los argumentos propuestos por **ELECTRO**, **ELENCO**, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**) y **OFFILINE** relacionados con la falta de idoneidad de sus comportamientos para afectar la libre competencia económica y la ausencia de daño en el mercado no son fundados.

3.8. Consideraciones relacionadas con el monto de las multas impuestas

ELECTRO, **ELENCO**, **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**), **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), **CONAR**, **ALEXANDER ARANA OSUNA** (representante legal de **CONAR**), **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) establecieron en sus recursos que las sanciones impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio resultan ser desproporcionadas. Esto por cuanto no se apreciaron, valoraron y aplicaron en correcta forma los criterios de graduación de las multas según lo establecido en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por su parte, **CONAR** puso de presente que en la Resolución Sancionatoria había existido un error de cálculo, toda vez que se había establecido que la sanción impuesta correspondía al 0,03% de la multa máxima potencialmente aplicable, lo que equivaldría a **VEINTICUATRO MILLONES OCHOCIENTOS CUARENTA Y TRES MIL CUATROCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$24.843.480.00)**, equivalentes a **TREINTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (30 SMMLV)** y no a **TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$351.949.300.00)** equivalentes a **CUATROCIENTOS VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (425 SMMLV)**.

A su vez, **OFFILINE** refirió que la multa que le fue impuesta tuvo un carácter sancionatorio y compensatorio, motivo por el cual con esta se violan los principios de lesividad y gradualidad.

¹⁷⁶ Folio 439 del cuaderno público No. 3 del Expediente, DVD, carpeta TESTIMONIOS, carpeta AUDIO, archivo "Grabación de audio 2015-09-16 14-22-49 (Ing. Diego Castillo)". Min: 4:01.

¹⁷⁷ Folio 1629R del cuaderno público No. 8 del Expediente (Resolución Sancionatoria, p. 110).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Además, con el pago de la misma la sociedad entrará en quiebra, motivo por el cual la multa resulta siendo confiscatoria.

El Despacho responderá los argumentos de los investigados, refiriéndose en un primer momento a los principios de proporcionalidad, lesividad y gradualidad, para luego referirse a la diferencia entre el carácter sancionatorio y compensatorio de las multas. Finalmente se harán consideraciones frente a la multa impuesta a cada investigado.

Como primera medida, debe señalarse que para que la administración pueda ejercer su potestad sancionatoria se requiere que concurren tres elementos:

“(i) [U]na ley previa que determine los supuestos que dan lugar a la sanción, así como la definición de los destinatarios de la misma, -sin que necesariamente estén desarrollados todos los elementos del tipo sancionatorio-, ya que es válida la habilitación al ejecutivo con las limitaciones que la propia ley impone; (ii) que exista proporcionalidad entre la conducta o hecho y la sanción prevista, de tal forma que se asegure tanto al administrado como al funcionario competente, un marco de referencia que permita la determinación de la sanción en el caso concreto, y (iii) que el procedimiento administrativo se desarrolle conforme a la normatividad existente, en procura de garantizar el debido proceso”¹⁷⁸.

Ahora bien, específicamente sobre la proporcionalidad de las sanciones, la Corte Constitucional ha establecido que este elemento comprende tres conceptos: la adecuación de los medios escogidos por el legislador para la consecución del fin que se persigue, la necesidad de utilización de esos medios para lograr el fin y la proporcionalidad entre el medio y el fin, esto con el fin de no sacrificar principios constitucionalmente relevantes¹⁷⁹. A su vez, estos tres conceptos o elementos son parte fundamental del análisis del juicio de proporcionalidad. Esto ha sido establecido por la Corte:

“[E]l juicio de proporcionalidad en materia sancionatoria exige el análisis de 3 elementos: (i) la adecuación entre la medida escogida y el fin perseguido; (ii) la necesidad de la utilización de la medida para el logro del fin, esto es, que no exista otro medio que pueda conducir al mismo fin; y (iii) la proporcionalidad stricto sensu entre la medida y el fin, es decir, la ponderación entre el principio que se protege y el que se sacrifica y la debida correspondencia entre la falta y la sanción”¹⁸⁰.

Bajo este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido que:

“[E]s preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad que la norma establece, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada”¹⁸¹.

En consecuencia:

“[P]ara la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal”¹⁸².

Por otro lado, encuentra el Despacho que los principios de lesividad y gradualidad, propios del derecho penal no resultan aplicables al establecimiento del monto de las sanciones. En relación con este principio, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que:

¹⁷⁸ Corte Constitucional, sentencia C-412 de 2015.

¹⁷⁹ Corte Constitucional, sentencia C-022 de 1996.

¹⁸⁰ Corte Constitucional, sentencia C-721 de 2015.

¹⁸¹ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 39386 del 26 de agosto de 2019.

¹⁸² Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*“El principio de lesividad de la conducta punible surgió como un criterio de limitación del poder punitivo dentro del moderno Estado de derecho, en el entendido de que constituye una obligación ineludible para las autoridades tolerar toda actitud o comportamiento que de manera significativa no dañe o ponga en peligro a otras personas, individual o colectivamente consideradas, respecto de los bienes y derechos que el ordenamiento jurídico penal está llamado como última medida a proteger”.*¹⁸³

Por su parte, la gradualidad es un criterio que debe ser aplicado por los jueces penales al momento de tomar la decisión de imponer una medida de aseguramiento a una persona que se encuentre investigada por la posible comisión de un delito. Frente al particular se ha indicado que:

“La jurisprudencia constitucional ha identificado la gradualidad como un criterio que debe ser seguido por el juez al determinar y seleccionar la imposición de una medida de aseguramiento, precisamente con arreglo al esquema diferencial de cautelas previsto por el legislador. No obstante, esa obligación del juez precisamente depende y es al tiempo una manifestación de del modelo gradual de medidas que la ley está obligada a contemplar como forma de respeto a la proporcionalidad y a la necesidad de cada una de ellas”.

(...)

*“Recapitulando lo indicado en esta subsección, debe señalarse que (i) los límites sustanciales controlan desde el punto de vista material los excesos del legislador en el empleo de las medidas de aseguramiento que afectan la libertad. (ii) En la jurisprudencia de la Corte pueden identificarse cuatro tipos de límites sustanciales: (ii.i.) la estricta legalidad de los motivos que dan lugar a dicha afectación, (ii.ii) su excepcionalidad, (ii.iii) proporcionalidad y (ii.iv) gradualidad”*¹⁸⁴.

Ahora, resulta relevante establecer que las multas que impone esta Superintendencia tienen un carácter eminentemente sancionatorio, a través del cual se busca reprochar la infracción administrativa y prevenirla a futuro. Estas multas no tienen el carácter de compensatorias, pues a través de ellas no se busca que los agentes de mercado o personas naturales sancionadas compensen o indemnicen a la comunidad los daños y perjuicios por ellos generados en un mercado con el comportamiento desplegado. En tal medida, no le asiste razón a **OFFILINE** frente al argumento según el cual la multa impuesta tiene un carácter compensatorio.

Tampoco es fundado el argumento de **OFFILINE** según el cual la multa resulta confiscatoria, pues no es cierto teniendo en cuenta la situación financiera de la compañía. Esto por cuanto el patrimonio y los ingresos de la sociedad durante 2018 fueron de \$9.108.191.000.00 y \$18.505.255.000.00, respectivamente. Teniendo en cuenta estos datos, y sabiendo que **OFFILINE** ya había sido sancionada con anterioridad –y que por ende se le aplicó un agravante– el monto de la sanción total impuesta equivale al 7% del patrimonio y al 3,4% de los ingresos. De esta forma, la multa total es equivalente al 0,77% de la multa máxima potencialmente aplicable.

Además, valga decir que las afectaciones económicas que haya podido sufrir la compañía en el presente año a causa de las dos sanciones impuestas por esta Entidad¹⁸⁵ son responsabilidad exclusiva de la misma, pues de no haber violado el régimen de la libre competencia económica en esas dos ocasiones, no se habría visto obligada a pagar tales multas.

En el caso de **ELECTRO, ELENCO, LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS** (representante legal de **ELECTRO**) y **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA** (representante legal de **ELENCO**), los sancionados fundamentaron su insatisfacción con la sanción en la supuesta inexistencia del daño en el mercado. Para dar sustento a su afirmación, mencionaron que: **(i)** no pudo haber daño en el mercado, pues su oferta fue la ganadora simplemente porque fue la mejor; **(ii)** la estrategia coordinada no hubiera podido generar un daño en el mercado dada la incertidumbre que existía frente a algunas de las variables usadas en los métodos de calificación; y **(iii)** el método de

¹⁸³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 2 de noviembre de 2016, rad. 40089.

¹⁸⁴ Corte Constitucional, sentencia C-469 de 2016.

¹⁸⁵ En el caso rad. 16-434574, mediante Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019, confirmada mediante Resolución No. 35208 del 9 de agosto de 2019. Además, debe señalarse que, a partir de este caso, ya han existido decisiones en el ámbito del derecho penal frente a personas naturales por haber cometido el delito contenido en el artículo 410A del Código Penal –sentencia del 19 de septiembre de 2019 del juzgado cincuenta y cinco penal del circuito con función de conocimiento de Bogotá, rad. No. 11001-6099-087-2018-0028.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

calificación era desconocido, pues sería determinado según la TRM vigente para el día hábil siguiente al cierre del proceso de licitación.

Sobre la no existencia del daño en el mercado porque la oferta ganadora era la mejor, esta Superintendencia reitera que no le corresponde, por no tener competencia para ello, pronunciarse sobre si la oferta de la **UT ELECTRO OFFILINE** era la más idónea desde el punto de vista de la necesidad de la entidad contratante. En contraste, el objetivo de la actuación de la Superintendencia de Industria y Comercio es velar por la protección del régimen de la libre competencia económica, tal y como lo consagra el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009. Es por esto que el reproche realizado por esta Entidad está fundamentado en la ventaja injusta que se derivó de la estrategia coordinada tendiente a incrementar la probabilidad de que la **UT ELECTRO OFFILINE** fuera adjudicataria del contrato estatal, independientemente de si el proponente adjudicado en últimas presentó lo que podría denominarse "*la mejor oferta*". Es pues esta estrategia ilegítima la que vulneró la libre competencia, no las condiciones técnicas particulares de la oferta.

Con la estrategia implementada los investigados afectaron el proceso de licitación pública, impactando la decisión de la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN**, impidiendo que la Entidad hubiese podido contratar a un mejor precio el servicio requerido. Lo anterior por cuanto al aumentar las posibilidades de un interés común a través de la presentación de dos ofertas se alteraron las condiciones de igualdad de participación de los agentes de mercado que presentaron propuesta al proceso de selección.

Frente a que la estrategia coordinada no hubiera podido generar un daño en el mercado dada la incertidumbre respecto de las variables de los mecanismos de calificación, tales como la TRM, debe reiterarse que la antijuridicidad viene dada por la ilegitimidad de la estrategia desplegada por las sociedades sancionadas para incrementar la probabilidad de ser adjudicatarias. Esto último no conlleva que la estrategia fuera diseñada de tal manera que se hubiera eliminado todo elemento de incertidumbre. Dicho de otro modo, no es la certeza del resultado derivado de la estrategia lo que hace que la conducta sea contraria a derecho, realmente es el hecho que la ejecución de esa estrategia impuso una ventaja artificial frente a los demás competidores al interior del proceso licitación pública No. 0070005635 de 2015.

En relación con la sanción impuesta a **CONAR**, la sociedad manifestó que existía una inexactitud en el cálculo del monto de la sanción. Esto, en la medida en que el 0,03% de la multa máxima a imponer no correspondía a **TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$351.949.300.oo)**.

Frente al particular encuentra el Despacho que, en efecto, tal y como lo señaló la recurrente, en la Resolución Sancionatoria existe un error formal de digitación.

No obstante lo anterior, tanto en el numeral **9.1.5.** de la parte considerativa de la Resolución No. 54338 de 2019, como en el numeral **2.5.** del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la parte resolutive de la misma, el monto de la sanción impuesta a **CONAR** resultó consistente, tanto en el valor en número como en letras. Es decir, existe una perfecta correspondencia entre las cifras expresadas en números, letras y en términos de salarios mínimos mensuales legales vigentes. Lo anterior puede observarse en la siguiente tabla:

Tabla No. 10: Comparativo parte considerativa y resolutive en relación con la multa impuesta a CONAR

Numeral 9.1.5. de la parte considerativa	Numeral 2.5. del ARTÍCULO SEGUNDO de la parte resolutive de la misma
"De conformidad con los criterios anteriormente analizados, al investigado CONAR , se le impondrá una multa de TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$351.949.300) equivalentes a CUATROCIENTOS VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (425 SMMLV) ".	" 2.5. A CONAR INGENIERÍA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN , identificada con NIT. No. 900.522.207-2 , multa de TRESCIENTOS CINCUENTA Y UN MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL TRESCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$351.949.300) equivalentes a CUATROCIENTOS VEINTICINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (425 SMMLV) ".

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio del contenido de la Resolución No. 54338 de 2019.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Así las cosas, el error se encuentra contenido en la parte considerativa en la que se estableció: “La anterior sanción equivale al 0,03% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009”. Es decir, en realidad la sanción impuesta era equivalente al 0,43% de la multa máxima potencialmente aplicable. En tal medida, y conforme lo señala el artículo 45¹⁸⁶ del CPACA, el Despacho procederá a corregir tal error de digitación, lo cual no implicará un cambio en el sentido material de la decisión.

En relación con esto, debe indicarse que, en la Resolución recurrida, en los casos de las consideraciones relacionadas con el cálculo de las multas de **OFFILINE** y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS** (representante legal **OFFILINE**) se incurrió en errores formales de digitación por cuanto se estableció que las sanciones de estos dos investigados equivalían al 0,99% y 5,25% de la multa máxima potencialmente aplicable, respectivamente, cuando en realidad corresponden al 0,77% y 3,3%, respectivamente. Por ende, al igual que para el caso de **CONAR**, teniendo en cuenta el artículo 45 del CPACA, el Despacho procederá a corregir tal error de digitación, lo cual no implicará de ninguna manera un cambio en el sentido material de la decisión.

De otro lado, **OFFILINE** detalló en su recurso los defectos que, en su concepto, contenía el análisis realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio relacionados con los criterios de dosificación de la multa impuesta.

En relación con el *impacto de la conducta sobre el mercado* refirió que en la medida en que **OFFILINE** no se encontraba sujeta a una situación de control no había existido impacto en el mercado. Además, que no fue partícipe de ningún comportamiento constitutivo del acuerdo colusorio.

La apreciación parte de una lectura imprecisa de la parte motiva de la Resolución Sancionatoria, pues como ya se ha reiterado, la situación de control no es reprochable en sí misma. Debe reafirmarse que la ventaja injusta nació de la estrategia coordinada, la cual, de ninguna manera, es una consecuencia necesaria de la estructura societaria. Adicionalmente, debe reiterarse el hecho de que la conducta reprochada no fue calificada como acuerdo colusorio, sino como una conducta infractora del régimen de la libre competencia, en los términos de la prohibición general consagrada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En relación con el criterio de la *dimensión del mercado afectado* afirmó que cualquiera que hubiese sido el impacto de la conducta, este fue inocuo de cara al tamaño del mercado de mobiliario para oficinas en la ciudad de Medellín, por lo que no tenía la capacidad de afectar el mercado. En el mismo sentido, respecto al criterio de *cuota de mercado* refirió que no se demostró que **OFFILINE** tuviera una cuota de mercado en específico, en especial en la licitación, en donde no operan las leyes de oferta y demanda.

Las apreciaciones relacionadas con ambos criterios son infundadas ya que (i) el mercado relevante no puede entenderse como el que señala el recurrente, puesto que el proceso de selección estatal crea, por sí solo, un mercado y (ii) porque este es creado por el mismo proceso licitatorio, que se describe como un monopsonio, lo que de ninguna manera se constituye como una negación de las leyes de oferta y demanda. Esto es así, por cuanto un mercado es un espacio donde concurren demandantes y oferentes. Por ende, no puede entenderse que otra compañía que ofrezca los productos objeto de la licitación podría hacer su oferta a la **ALCALDÍA DE MEDELLÍN** sin, forzosamente, hacer parte del proceso de contratación pública. Además, en el mercado afectado con la conducta desplegada fue claramente descrito y delimitado en el numeral **8.2.1.** de la Resolución Sancionatoria, teniendo en cuenta lo establecido en el **ARTÍCULO QUINTO** de la Resolución de Apertura de Investigación. Así, el simple hecho de que la oferta de la unión temporal de la que **OFFILINE** hacía parte hubiera sido la adjudicataria, es evidencia incontrovertible de la relevancia de esta sociedad dentro del proceso licitatorio.

¹⁸⁶ “**Artículo 45. Corrección de errores formales.** En cualquier tiempo, de oficio o a petición de parte, se podrán corregir los errores simplemente formales contenidos en los actos administrativos, ya sean aritméticos, de digitación, de transcripción o de omisión de palabras. En ningún caso la corrección dará lugar a cambios en el sentido material de la decisión, ni revivirá los términos legales para demandar el acto. Realizada la corrección, esta deberá ser notificada o comunicada a todos los interesados, según corresponda”.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Frente al criterio de *beneficio obtenido por el infractor* **OFFILINE** indicó que en ningún momento percibió un beneficio económico derivado de la conducta anticompetitiva, por cuanto la ejecución del contrato se hizo a pérdida.

Tal interpretación del criterio ignora el hecho probado que, en efecto, la **UT ELECTRO OFFILINE** fue la adjudicataria de la licitación pública No. 0070005635 de 2015. En este sentido, no cabe duda que **OFFILINE** obtuvo el beneficio perseguido con la estrategia anticompetitiva.

Respecto al *grado de participación*, aseveró el recurrente que en ningún momento fue determinante, no tuvo incidencia y no fue principal dentro de la conducta anticompetitiva.

Frente a la aplicación de este criterio debe insistirse en que pudo demostrarse a lo largo de la investigación que **OFFILINE** participó de manera activa en la conducta anticompetitiva, sin embargo, su grado de participación fue menor al de **ELECTRO** y **ELENCO**. De esta manera, la antijuridicidad de la conducta de **OFFILINE** no es consecuencia de una relación de control común sino del aporte de la sociedad a la ejecución de la conducta reprochada.

En relación con el criterio de *conducta procesal* **OFFILINE** refirió que la sociedad fue diligente y estuvo dispuesta a atender las diligencias administrativas en el curso de la investigación.

Como se advirtió en la Resolución Sancionatoria, en la medida en que **OFFILINE** no obstruyó la investigación, pero tampoco colaboró de forma tal que hubiera permitido a la Entidad ahorrarse tiempo y recursos, como ocurre en los casos en que una persona decide acogerse al Programa de Beneficios por Colaboración en calidad de delator o se allana a los cargos imputados, la conducta procesal fue valorada de forma neutra. El hecho de haber atendido las diligencias administrativas y remitir los requerimientos formulados por esta Entidad son obligaciones a cargo de los agentes de mercado, por tal razón no es posible concluir que al cumplir con ellas deban recibir un beneficio. Esto ha sido señalado por esta Superintendencia de la siguiente manera:

“[E]ntregar la información requerida, en la calidad y tiempo solicitados, así como ejercer su derecho de defensa y notificarse ante el Despacho son los comportamientos apenas esperados por esta Entidad de cualquier persona jurídica o natural, que incluso en algunos casos –como en los requerimientos de información– resultan ser responsabilidades de obligatorio cumplimiento por parte de los agentes investigados, con lo cual no podrían en ningún caso representar algún beneficio por comportamiento procesal. Así las cosas, la valoración de su conducta procesal de forma neutra es la adecuada para el comportamiento observado de los sancionados durante la totalidad de la actuación administrativa”¹⁸⁷.

Respecto al patrimonio del infractor, **OFFILINE** manifestó que no fue tomado en cuenta correctamente ya que hubo mayor severidad en la multa que le fue impuesta en comparación con los demás investigados, de suerte que la graduación no guardó la proporcionalidad que rige la actividad sancionatoria.

Las sanciones impuestas por esta Superintendencia respetan celosamente el principio de que las multas deben ser disuasorias más no confiscatorias. Esto se ve reflejado en el hecho de que el cálculo numérico de las sanciones consulta la situación financiera de cada investigado. Por esta razón, la diferencia en los montos de las multas impuestas responde a la aplicación de los criterios en conjunto, teniendo en cuenta la realidad financiera de cada investigado. Así las cosas, debe aseverarse que no existió la referida severidad en la multa puesto que esta fue equivalente solo al 8% del patrimonio de la sociedad. De hecho, frente a otros investigados –**ELECTRO** y **ELENCO**– la multa equivalió al 10% de su patrimonio.

Finalmente, **OFFILINE** expresó su inconformidad con la aplicación del agravante señalado en el párrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, puesto que la investigación que dio lugar a la declaratoria de responsabilidad e imposición de sanciones –decisión contenida en la Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019– inició después de la presente investigación.

Frente a ese particular, resulta relevante reiterar que para la imposición de la multa a **OFFILINE** el Despacho tuvo en cuenta lo establecido en el párrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. La aplicación de dicha consecuencia jurídica no depende del momento en que haya sido iniciada una

¹⁸⁷ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 35208 del 9 de agosto de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

investigación por prácticas restrictivas de la competencia. En otras palabras, el agravante contemplado en la norma se configura cuando la Superintendencia de Industria y Comercio ha impuesto una sanción que se encuentre en firme independientemente del momento en que se haya iniciado la investigación.

Observa el Despacho que el agravante se configuró con la Resolución No. 35208 del 9 de agosto de 2019, la cual confirmó la declaratoria de responsabilidad e imposición de sanción a **OFFILINE**, decisión que fue proferida mediante Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019. Estas decisiones surgieron una vez adelantado el trámite administrativo correspondiente que inició a partir de una comunicación presentada por la Subdirección Nacional de Gestión Contractual de la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, radicada con el No. 16-434574 del 25 de noviembre de 2016, cuyo objeto fue denunciar una presunta conducta anticompetitiva ocurrida dentro del proceso de selección contractual FGN-IPSE-038 de 2016, adelantado por dicha entidad.

En esa medida, es claro que la existencia de sanciones previas, con independencia de que el trámite administrativo haya iniciado de manera previa al cual llegó a la decisión de sancionar al agente de mercado, es un agravante que debe ser tenido en cuenta en el proceso de graduación de la multa.

Conforme los motivos expuestos, no se encuentra ninguna razón válida a partir de la cual pueda concluirse que las sanciones impuestas deban ser modificadas. En tal medida, los montos de las multas impuestas serán confirmados.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CORREGIR el error formal contenido en el último párrafo del numeral **9.1.1.** de la parte considerativa de la Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019, el cual quedará así:

"La anterior sanción equivale al 0,43% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009".

PARÁGRAFO: Conforme lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 en ningún caso la corrección realizada cambia el sentido material de la decisión tomada en la Resolución No. 54338 de 2019, ni revive los términos legales para demandar dicho acto.

ARTÍCULO SEGUNDO: CORREGIR el error formal contenido en el último párrafo del numeral **9.1.4.** de la parte considerativa de la Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019, el cual quedará así:

"La anterior sanción equivale al 0,77% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009".

PARÁGRAFO: Conforme lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 en ningún caso la corrección realizada cambia el sentido material de la decisión tomada en la Resolución No. 54338 de 2019, ni revive los términos legales para demandar dicho acto.

ARTÍCULO TERCERO: CORREGIR el error formal contenido en el último párrafo del numeral **9.2.3.** de la parte considerativa de la Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019, el cual quedará así:

"La anterior sanción equivale al 3,3% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009".

PARÁGRAFO: Conforme lo dispuesto en el artículo 45 de la Ley 1437 de 2011 en ningún caso la corrección realizada cambia el sentido material de la decisión tomada en la Resolución No. 54338 de 2019, ni revive los términos legales para demandar dicho acto.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ARTÍCULO CUARTO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019, de conformidad con las razones expuestas en el presente acto administrativo.

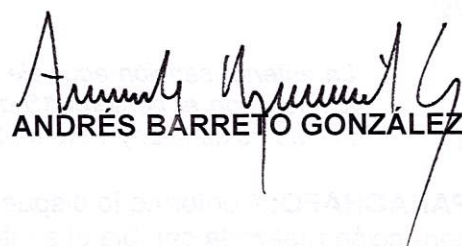
ARTÍCULO QUINTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.265.186; **ELECTRO DISEÑOS S.A.**, identificada con NIT. 800.122.460-0; **ELENCO INGENIEROS S.A.S.**, identificada con NIT. 900.048.718-1; **INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S.**, identificada con NIT. 890.907.052-6; **CONAR INGENIERÍA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT. 900.522.207-2; **JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.446.297; **ALEXANDER ARANA OSUNA**, identificado con cédula de ciudadanía No. 80.093.217; y **JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS**, identificado con cédula de ciudadanía No. 71.593.347, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO SEXTO: COMUNICAR el contenido de la Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019 y de la presente Resolución a la **SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES**, identificada con el NIT. 899.999.086-2 y a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la **SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**, entregándoles copia de las mismas.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **24 DIC 2019**

El Superintendente de Industria y Comercio,


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

NOTIFICAR:

LUIS EDUARDO BERMÚDEZ CÁRDENAS

C.C. 19.265.186

ELECTRO DISEÑOS S.A.

NIT. 800.122.460-0

ELENCO INGENIEROS S.A.S.

NIT. 900.048.718-1

JAIRO GUSTAVO LÓPEZ URREA

C.C. 79.446.297

Apoderada

CRISTINA ISABEL ORTIZ COGOLLO

C.C. 1.118.547.485

T.P. 288.674 del C.S. de la J.

Calle 4 No. 34A-16

Bogotá D.C.

mmcabra@gmail.com

INDUSTRIAS OFFILINE S.A.S.

NIT: 890.907.052-6

Apoderada

ÁNGELA PATRICIA RAMÍREZ GIRALDO

C.C. 39.435.755

T.P. 55.482 del C.S. de la J.

Calle 6 Sur 43A-254, oficina 303

Medellín

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

JUAN RAFAEL RUIZ CUARTAS

C.C. 71.593.347

Apoderada

JULIANA VELÁSQUEZ RUIZ

C.C. 1.037.616.563

T.P. 225.154 del C.S. de la J.

Calle 6 Sur No. 43A-254, oficina 303

Medellín

CONAR INGENIERÍA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN

NIT: 900.522.207-2

Liquidador

ALEXANDER ARANA OSUNA

C.C. 80.093.217

Carrera 14 No. 69-83

Ibagué, Tolima

alexander_arana@yahoo.es

ALEXANDER ARANA OSUNA

C.C. 80.093.217

Carrera 14 No. 69-83

Ibagué, Tolima

alexander_arana@yahoo.es

COMUNICAR

SUPERINTENDENCIA DE SOCIEDADES

Avenida el dorado No. 51-80

Bogotá D.C.

**DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

Carrera 13 No. 27-00, piso 10

Bogotá D.C.