



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

RESOLUCIÓN 17.7699 - DE 2022

( 13 OCT 2022 )

Radicación: 20-342027

**VERSIÓN PÚBLICA**

*“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E)**

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial las previstas en el numeral 31 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011<sup>1</sup>, modificado por el artículo 3 del Decreto 092 de 2022, y

**CONSIDERANDO:**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 37344 del 15 de junio de 2022 (en adelante “Resolución No. 37344 de 2022” o “Resolución Sancionatoria”)<sup>2</sup>, la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **TRANSPORTES ESPECIALES F.S.G. S.A.S.** (en adelante “FSG”), **HDL LOGÍSTICA S.A.S.** (en adelante “HDL”), **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN**, **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**, incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al participar en una serie de acuerdos restrictivos de la competencia en un número identificado de procesos de subasta adelantados por la sociedad **CENTRAL DE INVERSIONES S.A.** (en adelante “CISA”) entre 2016 y 2018.

Igualmente, sancionó a **LUIS ALEJANDRO MONDRÁGON MARROQUÍN** (profesional de gestión de **ARACNIASTUDIOS LTDA. – ARACNIASTUDIOS–**), **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** (analista de bienes muebles y subasta de **CISA**), **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**), **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** (representante legal de **HDL**) y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** (esposo de **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**) por incurrir en la responsabilidad administrativa establecida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta restrictiva de la competencia dispuesta en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por otro lado, se declaró que **TRANSPORTES ESPECIALES F.S.G. S.A.S.** violó la libre competencia económica por haber actuado en contravención del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de manera continuada, en una serie de procesos de subasta adelantados por **CENTRAL DE INVERSIONES S.A.** en los cuales obtuvo información privilegiada que le otorgó una ventaja anticompetitiva sobre los demás participantes en las subastas.

Finalmente, impuso sanciones a **LUIS ALEJANDRO MONDRÁGON MARROQUÍN**, **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**, **GLORIA INÉS CANO ROJAS** (analistas de bienes muebles y subasta de **CISA**) y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** por incurrir en la responsabilidad establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta restrictiva de la competencia dispuesta en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

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

<sup>2</sup> Consecutivo No. 20-342027-608 Resolución 37344 15-jun-22 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Entiéndase que, en el presente acto administrativo, cuando se habla del “Expediente” o “Expediente Digital” se hace referencia al radicado No. 20-342027

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria, y estando dentro del término legal, todos los sancionados en la presente actuación interpusieron recurso de reposición<sup>3</sup>.

A continuación, se presentan los diferentes argumentos planteados por los recurrentes:

### **2.1. Argumentos presentados conjuntamente por FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ:**

- La Superintendencia de Industria y Comercio basó su sanción en una prueba ilegal (Acta de Inspección de Visita Administrativa), toda vez que la visita y el recaudo probatorio se realizó por parte de contratistas de la entidad y no funcionarios públicos. Por este motivo, tanto la visita como las pruebas ahí recaudadas son nulas de pleno derecho;
- Para la existencia de un acuerdo anticompetitivo se necesita el cumplimiento de los siguientes elementos: un acuerdo entre dos o más personas, donde haya voluntad y consenso de las partes de llevar a cabo una conducta restrictiva de la competencia y que se dé en el marco de un proceso de selección. Lo cual no ocurrió en el presente caso;
- La Superintendencia de Industria y Comercio violó la presunción de inocencia de los investigados, pues no presentó pruebas claras de su conducta ilegal;
- La prueba indirecta requiere de la existencia de un hecho indicador que esté plenamente probado en el Expediente. Sin embargo, en este caso, la autoridad basó su argumentación en pruebas indiciarias que partían de meras sospechas generadas por conversaciones de *WhatsApp*;
- Los contactos entre los sancionados solo evidenciaron interacciones "esporádicas" entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y funcionarios de **CISA** y **ARACNIAESTUDIOS**;
- La Superintendencia de Industria y Comercio nunca aclaró la naturaleza de la información recibida por **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** de los funcionarios de **CISA** (confidencial, sensible, secreto industrial o reservada);
- No se tuvo en cuenta que, en materia de acuerdos colusorios, lo reprochable no es la obtención de ventajas, sino la manipulación de un proceso competitivo. En este caso no se probó que hubiera voluntad y consenso entre los investigados para llevar a cabo conductas restrictivas de la competencia en los procesos de **CISA**;
- Respecto a la sanción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, no se trató de una conducta continuada y, por tanto, operó la caducidad de la facultad sancionatoria respecto a los procesos de subasta del 2016.
- Se presentó una incongruencia entre los cargos imputados y la sanción impuesta. Esto toda vez que en la Resolución de Apertura de Investigación se dijo, indistintamente, que existía un intercambio de información "*sensible*", "*reservada*" y "*confidencial*". Posteriormente, en el Informe Motivado se recomendó sancionar por el intercambio de información que configuraba "*secreto comercial o industrial*". Y, finalmente, en la Resolución Sancionatoria se determinó que la infracción fue por el intercambio de información "*confidencial*".
- En el presente caso se dio una violación al principio del "*Non Bis in Idem*", pues se sancionó a **FSG** y a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** dos veces por los mismos hechos y con fundamento en las mismas pruebas. La información obtenida, o bien facilitó la coordinación entre proponentes o bien hizo parte de un sistema, práctica o procedimiento tendiente a limitar la libre competencia.

<sup>3</sup> Consecutivos 20-342027-658, 20-342027-659, 20-342027-660, 20-342027-661, 20-342027-662, 20-342027-663, 20-342027-664, 20-342027-665, 20-342027-666, 20-342027-667, 20-342027-668, 20-342027-669, 20-342027-670 y 20-342027-671 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- Existió una violación al principio de tipicidad, toda vez que el intercambio de información no se encuentra tipificado en la ley como una conducta anticompetitiva.
- Se presentó una indebida aplicación de los criterios de proporcionalidad de las sanciones en materia administrativa. No se tuvo en cuenta que la imposición de una sanción debe darse a partir de una adecuación entre los hechos, la medida y su finalidad.
- Se utilizó la no comparecencia de **FSG** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** a rendir declaración en el presente caso como un argumento para agravar la sanción aplicable. Sin embargo, su no asistencia correspondió al ejercicio del derecho de la no autoincriminación.
- Para tasar la multa, se utilizó el salario mínimo mensual legal vigente correspondiente al 2022. Sin embargo, en aplicación del principio de legalidad y favorabilidad, se debió haber tasado la multa con base en el salario mínimo mensual legal vigente al momento de la comisión de la conducta.

## 2.2. Argumentos presentados por **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN**:

- No obra en el Expediente prueba directa, ni el menor indicio, de que **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** estuviera relacionado de alguna manera con **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**, **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**, **GLORIA INÉS CANO ROJAS** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**;
- En el presente caso no se tuvo en cuenta que la responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio es individual, y deviene de conductas típicas, antijurídicas y culpables. Por este motivo, no se puede endilgar responsabilidad a una persona como consecuencia de las conductas realizadas por otras;
- Respecto a los hechos ocurridos en el 2016, los cuales se presentan en la Resolución Sancionatoria "*con el fin de identificar la forma como eran estructurados y materializados estos acuerdos entre competidores*", los mismos no podrían ser motivo de investigación, en virtud del fenómeno jurídico de la caducidad;
- Los sancionados actuaron en los procesos de subasta de **CISA** con base en una confianza legítima. Al no existir pronunciamiento por parte de **CISA** respecto a la prohibición de contacto entre los participantes en las subastas, los mismos nunca entendieron que este tipo de conductas eran antijurídicas.
- No se puede llenar los vacíos probatorios, como se ha hecho en este caso, con suposiciones, conjeturas, contextos descontextualizados, distorsión de los medios de prueba.
- La Superintendencia afirma que no conoce el contenido de las llamadas entre los investigados, por lo cual las mismas no pueden ser utilizadas como prueba, pues se especula el tema de dichas conversaciones.

## 2.3. Argumentos presentados conjuntamente por **HDL** y **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE**:

- No existe prueba contundente que permita determinar la coordinación de **HDL** o **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** con otros oferentes.
- No se tuvo en cuenta que la conversación telefónica que se tomó como prueba de una supuesta participación de **HDL** en un acuerdo entre las partes, se trató de una conversación utilizada para desconcentrar a **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** de la subasta en curso;
- Ante la duda, debe prevalecer el principio "*In Dubio Pro Reo*" y optar por la interpretación que favorece al investigado. Así, dicho principio debió haber aplicado respecto a las conversaciones

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

de HDL y **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** con sus competidores, las cuales no tenían como fin concertar prácticas anticompetitivas;

- La sanción impuesta a HDL y a **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** es desproporcionada, toda vez, que la presunta participación de HDL fue por un lote de mínima cuantía, que no representa un impacto en el mercado;
- La tasación de la multa no es proporcional, ni razonable o justa, toda vez que no se valoró adecuadamente la participación de HDL en la conducta al momento de imponer la sanción. Así, al imponer una multa equivalente al 5% del patrimonio reportado en 2019 por HDL, la cual corresponde a la segunda multa más alta en este caso, se genera la incorrecta sensación que su participación en la conducta fue muy superior.
- Dentro de la investigación, no hay pruebas directas que demuestren el grado activo de participación de HDL en los acuerdos, o recepción de su parte de información privilegiada.

#### 2.4. Argumentos presentados por **GLORIA INÉS CANO ROJAS**:

- La recurrente afirma que: (i) Nunca ha tenido la intención de querer ser parte de algún tipo de acuerdo colusorio, ni con dolo ni con culpa; y (ii) Que las conversaciones de *WhatsApp* que sirvieron de prueba se descontextualizaron;
- Solicita tener en cuenta que su participación en la conducta fue mínima en comparación a los otros sancionados;
- Considera la recurrente que no es posible afirmar que su comportamiento se realizó en todos los procesos de subasta, pues las conversaciones estudiadas de *WhatsApp* dejan en evidencia que solo participó en unos pocos procesos;
- Respecto al análisis del impacto de la conducta en el mercado, manifiesta que no es claro cómo se generó una afectación a terceros interesados en los procesos de subasta;
- Reitera que su conducta procesal siempre fue positiva, buscando colaborar con la autoridad, por lo cual solicita que se tenga en cuenta para disminuir la sanción impuesta.

#### 2.5. Argumentos presentados por **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**:

- Existió ausencia de responsabilidad y antijuridicidad material de las conductas investigadas y la ausencia de significancia de estas. Lo anterior, toda vez que no existió ningún comportamiento que afectara las actividades normales de los agentes del mercado;
- **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** actuó acorde al comportamiento normal de los participantes en esta clase de mercados;
- Los testimonios de los funcionarios de **CISA** y otros investigados permiten concluir que el actuar del oferente en un proceso de subasta es libre y espontáneo, lo cual fue lo que ocurrió en el presente caso. De igual forma, de los documentos institucionales de **CISA** no se puede extraer la existencia de alguna prohibición para que participen en las subastas personas que se conocen entre sí o tengan algún vínculo familiar;
- Los elementos probatorios que obran en el Expediente no son suficientes para poder indicar que **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** incurrió en un acto anticompetitivo;
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tuvo en cuenta las pruebas aportadas por el investigado, y aplicó las reglas de la experiencia y de la sana crítica de una manera sesgada;

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- No existe certeza o evidencia que muestre el acuerdo realizado entre **FSG** y **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**, toda vez que no hay prueba de la relación o comunicación entre dichos sancionados que pueda demostrar la intención de generar un acuerdo entre las partes. Por este motivo, no era posible imponer sanciones a **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** como facilitador de dicho acuerdo;
- Para la existencia de una intermediación o coordinación, como la que se le indilga a **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**, se requiere la voluntad de las personas presuntamente intermediadas o coordinadas, es decir, se requiere que existan unas personas con una voluntad exteriorizada y probada con intención de lograr un objetivo que requiere la participación de un tercero, elementos que no se dieron en el caso en concreto;
- El acto de no realizar lances dentro de un proceso de subasta no está sancionado por las normas de **CISA**, razón por la cual, en el presente caso, no existió un comportamiento antijurídico;
- El análisis realizado por la Superintendencia de Industria y Comercio al imponer la multa, en especial con relación al criterio de graduación de "beneficio indirecto", no fue claro ni correcto. Lo anterior, debido a que no se explicó la razón por la cual el hecho de que un competidor no haga lances o no se gane la subasta puede afectar de manera negativa el mercado y lo haga merecedor de un "beneficio indirecto";
- Respecto al criterio de "dimensión del mercado afectado", se debe tener en cuenta que **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** no incurrió en las conductas atribuidas y no existen elementos probatorios que permitan concluir lo contrario. Por este motivo, no existen elementos probatorios que permitieran establecer la dimensión del mercado, ni mucho menos la presunta afectación al mismo.
- No existe en el Expediente ningún elemento que permita determinar un beneficio obtenido por **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** en este caso, y tampoco se puede determinar el grado de participación de este último en la conducta. Por lo tanto, no se cumplen los criterios en el análisis de la sanción aplicable;
- La Superintendencia de Industria y Comercio no explica la tasación de la multa desde la perspectiva económica.

#### 2.6. Argumentos presentados por **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**:

- La investigada considera que existió ausencia de responsabilidad y antijuridicidad material de las conductas investigadas y la ausencia de significancia de las mismas.
- **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** alegó el haber actuado en todo momento acorde al comportamiento normal de esta clase de mercados;
- Las pruebas obtenidas por la Superintendencia de Industria y Comercio muestran una conversación entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**, pero no existe elemento o prueba que permita relacionar con certeza la participación de **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**;
- La señora **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** nunca tuvo voluntad, exteriorizada y probada, ni intención de lograr un acuerdo contrario a la libre competencia, por lo cual, no se puede presumir la existencia de una intermediación por parte de **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**;
- El acto de no realizar lances dentro de un proceso de subasta no está sancionado por las normas de **CISA**, razón por la cual no existió un comportamiento antijurídico en el presente caso;

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- Sobre el criterio para establecer la multa relacionado con la "dimensión del mercado afectado", no existen elementos probatorios que permitieran establecer dicha dimensión, ni la presunta afectación al mismo.
- Respecto a los criterios de "grado de participación de la conducta" y "beneficio obtenido por el infractor", tampoco se estableció la existencia de ningún elemento que pudiera establecerlos;
- La Superintendencia de Industria y Comercio no explica la tasación de la multa desde la perspectiva económica en el presente caso.

### **2.7. Argumentos presentados conjuntamente por LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTÍN:**

- La responsabilidad de los recurrentes se determinó a partir de pruebas ilícitas, como las conversaciones de WhatsApp, cuya recolección, valoración y publicación vulneraron el derecho a la intimidad. Por este motivo, la Resolución Sancionatoria adolece de falsa motivación.
- En el presente proceso se vulneró el debido proceso, derecho de contradicción y derecho de defensa de los investigados, toda vez que no se permitió la práctica del testimonio de los servidores de la Superintendencia de Industria y Comercio que adelantaron las visitas administrativas y suscribieron las respectivas actas.

**TERCERO:** Que en cumplimiento de lo establecido en el artículo 79 de Ley 1437 de 2011 –Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (en adelante "CPACA")–, por medio de la Resolución No. 51759 del 4 de agosto de 2022<sup>4</sup> se resolvió sobre las pruebas solicitadas por **FSG, FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ, LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTÍN** en sus respectivos recursos de reposición.

En este orden de ideas, este Despacho, analizados los requisitos legales para el decreto y prácticas de pruebas, tomó la decisión de decretar el dictamen pericial solicitado por **FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, el cual fue aportado a través del documento con radicado No. 20-342027-702 del 19 de agosto de 2022<sup>5</sup>. De dicha prueba se corrió traslado a los demás intervinientes<sup>6</sup> por un término de cinco (5) días, de acuerdo con lo establecido en el artículo 79 del CPACA. A través de documento con radicado No. 20-342027-710 del 29 de agosto de 2022, **HDL y JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** descorrieron traslado<sup>7</sup> manifestando su conformidad con el dictamen pericial aportado.

Por otra parte, se decidió rechazar las pruebas testimoniales solicitadas por **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTÍN**, al encontrarlas superfluas e inútiles en esta etapa de la actuación. Vencido el término legal<sup>8</sup>, los recurrentes no presentaron recurso de reposición en contra de esta decisión.

**CUARTO:** Que de conformidad con el artículo 80 del CPACA, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición presentados contra la Resolución Sancionatoria, dando respuesta a sus argumentos en los siguientes términos:

<sup>4</sup> Consecutivo 20-342027-676 RESOLUCIÓN 51759 04-08-22 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>5</sup> Consecutivo 20-342027-702 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>6</sup> Consecutivos 20-342027-703, 20-342027-704, 20-342027-705, 20-342027-706 y 20-342027-707 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>7</sup> Consecutivo 20-342027-710 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>8</sup> De acuerdo a certificado de notificación, expedido por la Coordinadora del Grupo de Notificaciones y Certificaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, la Resolución No. 51759 de 2022 fue notificada a **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTÍN** el 16 de agosto de 2022, otorgándoles un término de diez (10) días para presentar recurso de reposición en contra de la decisión de rechazar las pruebas por estos solicitadas. Dicho término venció el 30 de agosto de 2022, sin que se hubiere presentado recurso alguno. Certificado de Notificación disponible en consecutivo 20-342027-701 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

#### 4.1. Consideraciones preliminares

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

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

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

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

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

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

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

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

De la lectura de las normas antes citadas, es claro que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo<sup>9</sup>. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos<sup>10</sup>.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009 al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica<sup>11</sup>. En relación con la eficiencia económica obtenida en un marco de competencia real, existe evidencia empírica que ilustra cómo en países con importantes niveles de competencia, las tasas de crecimiento en su ingreso *per cápita* son más altas respecto de países con niveles de competencia bajos<sup>12</sup>.

En efecto, la sana rivalidad y competencia entre empresas deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

<sup>10</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

<sup>11</sup> El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

<sup>12</sup> Consejo Privado de Competitividad: 'Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia'. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, 'Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?' (2008) 4

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren<sup>13</sup>. Un estudio que analizó el periodo comprendido entre 1990 y 2007 confirmó dicho postulado, al establecer que los consumidores latinoamericanos pagaron al menos US\$35 billones de dólares extra debido a los acuerdos de precios surgidos de carteles internacionales, cifra que pudo haber sido mayor si el impacto creado por carteles domésticos hubiera también sido calculado<sup>14</sup>.

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor valor por el dinero público invertido<sup>15</sup>. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo<sup>16</sup>.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, **en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia**, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades<sup>17</sup>, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos:

- (i) limitar la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia;
- (ii) afectar al Estado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos;
- (iii) generar asimetrías de información entre los proponentes;
- (iv) incrementar injustificadamente los precios de los productos o reducir su calidad; y
- (v) afectar negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Ahora bien, esta Superintendencia ha identificado gracias a la doctrina internacional y su propia experiencia, que los proponentes infractores pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas de cada oferente<sup>18</sup>; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo<sup>19</sup>; y (vi) presentan pluralidad de propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad las mismas hacen parte de una conducta coordinada entre los proponentes, encaminada a falsear la libre competencia dentro del proceso de selección.

<sup>13</sup> Frederic Jenny, 'Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence' (2006) 29 World Competition, 109

<sup>14</sup> John Connor, 'Latin American Cartel Control' (2008) <<http://ssrn.com/abstract=1156401>>

<sup>15</sup> OCDE, 'Lineamientos Para Combatir La Colusión Entre Oferentes en Licitaciones Públicas' (2009) 1 <[www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf](http://www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf)> consultada 20 febrero 2019, Despina Pachnou, 'Detecting and Preventing Bid Rigging: Views From The OECD' (2018) 6 < <https://transparency.hu/wp-content/uploads/2018/10/Despina-Pachnou-DETECTING-AND-PREVENTING.pdf>> consultada 5 marzo 2019.

<sup>16</sup> Ibidem.

<sup>17</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

<sup>18</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, confirmada mediante Resolución No. 20639 del 27 de abril de 2015.

<sup>19</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40901 del 28 de junio de 2012, confirmada mediante Resolución No. 53979 del 14 de septiembre de 2012.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Bajo este contexto, a continuación, se dará respuesta a los diferentes argumentos presentados por los recurrentes, teniendo en cuenta que este Despacho concluyó que en la presente actuación administrativa se acreditó la existencia de:

- (i) Una serie de acuerdos anticompetitivos en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que tuvieron lugar y se materializaron entre los participantes de un número de subastas adelantadas por **CISA** entre el 2016 y el 2018. Estos acuerdos habrían sido posibles, en la medida en que **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) obtuvo información privilegiada por parte de funcionarios vinculados directa o indirectamente a **CISA**, que le permitió ponerse en contacto con sus competidores, puntualmente con **HDL, JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN, GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**, y coordinar su participación en los diferentes procesos de subasta; y
- (ii) Una conducta anticompetitiva por medio de la cual funcionarios vinculados, directa o indirectamente con **CISA**, suministraron continuamente información privilegiada a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) con respecto al número de competidores que enfrentaría en los procesos de subasta de su interés, eliminando la incertidumbre propia de los procesos de subasta y generando una asimetría de información entre **FSG** y los demás participantes a los procesos de subasta de **CISA**, lo cual afectó las eficiencias económicas que generan este tipo de procesos de selección y, por tanto, materializando una conducta anticompetitiva sancionada por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así las cosas, se procede a analizar y dar respuesta a los argumentos planteados por los recurrentes.

#### 4.2. Argumentos comunes presentados por los recurrentes

##### 4.2.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la nulidad de algunos elementos de prueba por la falta de capacidad de los contratistas de la Superintendencia de Industria y Comercio para instruir una actuación administrativa y practicar pruebas

Algunos de los recurrentes manifestaron que la Superintendencia de Industria y Comercio basó su sanción en pruebas ilícitas y viciadas de nulidad, toda vez que fueron recaudadas durante una visita administrativa adelantada por contratistas de la Entidad y no funcionarios públicos.

Al respecto, este Despacho debe insistir, como lo hizo en la Resolución Sancionatoria, que cualquier vicio o irregularidad que se haya presentado dentro del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la competencia debió haber sido alegado en la oportunidad legal pertinente. Para ello, el legislador no solo dispuso de unos momentos específicos para tal fin, sino que además estableció unas consecuencias frente a su extemporaneidad.

En efecto, el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 estableció de manera expresa que existen dos momentos procesales en los cuales los investigados pueden alegar la existencia de vicios u otras irregularidades dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia. Así, cuando la irregularidad tiene lugar durante la etapa de instrucción de la investigación, el investigado deberá alegar la existencia de dicha irregularidad "*antes del inicio del traslado al investigado del informe motivado al que se refiere el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992*", so pena de que se entienda saneada por disposición de la ley. Ahora bien, si la irregularidad tiene lugar con posterioridad al mencionado traslado, el investigado deberá alegarla "*dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa*".

De igual forma, el mencionado artículo 21 de la Ley 1340 de 2009 otorga la facultad a la Superintendencia de Industria y Comercio de resolver sobre el vicio o irregularidad alegada "*en cualquier etapa*" del proceso, precisamente teniendo en cuenta que el investigado cuenta con dos etapas procesales distintas para presentar su solicitud.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

En este sentido, se reitera que el investigado **PEDRO DIGNO NAVARRO CASTILLA**, por medio de su apoderado, en la diligencia del día 25 de agosto de 2021<sup>20</sup> presentó una solicitud de nulidad de la actuación administrativa y las pruebas recaudadas en la misma, por haber sido instruida por contratistas de la Superintendencia de Industria y Comercio y no por funcionarios públicos. Dicha solicitud, la cual contó con el apoyo de los demás investigados presentes en la diligencia, hoy recurrentes de la Resolución Sancionatoria, fue presentada, como ya fue mencionado, en los tiempos establecidos en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, esto es, antes del traslado del Informe Motivado, por haber tenido lugar antes del mismo.

Ahora, a través de la Resolución No. 69948 del 29 de octubre de 2021<sup>21</sup>, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia resolvió de fondo la solicitud de nulidad, rechazándola por no encontrar procedentes los argumentos de los investigados. En este sentido, este Despacho encuentra que la solicitud de nulidad acá presentada ya tuvo respuesta por parte de la Entidad. Incluso, y sin perjuicio de lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se volvió a manifestar que, en criterio de esta Superintendencia, y basado en soportes jurisprudenciales, el argumento de los recurrentes no tiene mérito de prosperar, pues los contratistas de la Entidad tenían la facultad para practicar pruebas y adelantar las actuaciones en el marco de la presente investigación.

En ese sentido, se reiteró que la facultad de los contratistas de la Superintendencia de Industria y Comercio para practicar pruebas y adelantar actuaciones en el marco de una investigación administrativa, se encuentra plenamente justificada como desarrollo de sus contratos. Así, en la Resolución No. 39386 de 2019, esta Entidad manifestó que:

*"[Es] es claro que la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio puede contratar los servicios profesionales de abogados y economistas, entre otros, cuando su planta de personal no resulte suficiente.*

*Por su parte, el Superintendente de Industria y Comercio, en su calidad de representante legal de la Entidad, delega la función de contratar a la Secretaria General, quien se encarga de suscribir con cada profesional el respectivo contrato; contratos en los cuales se establece la función de participar en las visitas de inspección administrativa. En tal sentido, dichos contratistas son competentes para participar en la práctica de las visitas de inspección administrativa".*

Además, esta facultad ha sido avalada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca, quien recientemente en una sentencia en la que se analizó la participación de contratistas en una visita administrativa manifestó:

*"g) En efecto, la visita administrativa adelantada por los contratistas de la SIC se ajustó en debida forma al ordenamiento jurídico aplicable a ese preciso asunto, por las siguientes razones:*

*(i) La práctica de visitas administrativas corresponden a una actividad propia y específica de las funciones legalmente atribuidas a la SIC.*

*(ii) En este caso para la realización de la visita administrativa y que tuvo como finalidad la recopilación de una información se efectuó con el concurso y apoyo de un personal especial y expresamente contratado al servicio de la SIC, y la asignación de la actividad se ajustó en debida forma al objeto de los respectivos contratos de prestación de servicios de dicho personal y las funciones asignadas al Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, aspecto que en modo alguno fue desvirtuado en el proceso.*

***(iii) Los referidos contratistas tenían asignadas como parte del objeto de los respectivos contratos estatales de vinculación personal con la SIC las tareas de***

<sup>20</sup> Declaración de **PEDRO DIGNO NAVARRO CASTILLA** disponible en consecutivo 20-342027-412 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>21</sup> Archivo "R 69948 de 2021.pdf" obrante en el consecutivo 20-342027-456 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

**adelantar visitas administrativas y apoyar la práctica de pruebas para recaudo de información.**

*(iv) Los contratos de prestación de servicios que celebran las entidades estatales –en este caso en concreto por parte de la SIC- por expresa disposición legal tienen como finalidad precisamente el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad estatal contratante.*

(...)<sup>22</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De esta forma, y sin perjuicio de que la solicitud ya había sido resuelta en el momento procesal oportuno y había sido igualmente objeto de pronunciamiento en la Resolución Sancionatoria, este Despacho reitera que la misma no tiene mérito para prosperar.

**4.2.2. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la falta de prueba directa de los acuerdos anticompetitivos**

Algunos de los recurrentes manifestaron dentro de sus recursos de reposición que la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones sin contar con pruebas directas de un acuerdo anticompetitivo, las cuales dieran cuenta de la voluntad expresa de las partes de cometer una violación a la ley. De hecho, argumentaron que el actuar de los participantes en las subastas de **CISA** que fueron sancionados, fue acorde a las reglas de los procesos de selección y, por tanto, se encontraba cobijado bajo el principio de confianza legítima.

Para dar respuesta a lo anterior, este Despacho considera importante, en primer lugar, reiterar que los acuerdos restrictivos descritos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 comportan una conducta en la que dos (2) o más sujetos llegan a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual, o con el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de “*acuerdo*” contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas”.

En este sentido, resulta censurable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia que dos (2) o más proponentes en un proceso de selección realicen un acuerdo, sin importar su forma, que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado.

Ahora bien, esta Superintendencia ha entendido que los acuerdos que tengan por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, como los sancionados en el presente caso, son acuerdos que tienen la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado<sup>23</sup>. Por este motivo, el análisis que adelanta la Autoridad 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.

Esta posición está ampliamente soportada por la jurisprudencia nacional, la cual ha reconocido que en la aplicación de las normas relacionadas con conductas que tengan por objeto la violación de la libre competencia, no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que se tenga en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

<sup>22</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 3 de junio de 2021 con radicado No. 2017-02016

<sup>23</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2013 y Resolución No. 3150 de 2019, entre otras.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Al respecto, el Consejo de Estado afirmó, en un caso anterior de acuerdo de precios, que la intención de las partes era irrelevante a la hora de analizar la conducta en un acuerdo anticompetitivo por su objeto, tal y como el analizado en el caso concreto. Así, el alto Tribunal manifestó que:

**"No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios"**<sup>24</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

De lo anterior, es posible concluir que, en Colombia, el régimen de protección de la libre competencia económica está estructurado sobre la base de ilícitos objetivos para cuya configuración no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico. Por este motivo, no se encuentra mérito suficiente en los argumentos de los recurrentes encaminados a argumentar la falta de pruebas directas respecto a su intención de vulnerar el régimen de libre competencia, pues dicho elemento no debe ser probado por esta Autoridad a la hora de concluir la existencia de un acuerdo anticompetitivo que deba ser sancionado.

No obstante, contrario a lo afirmado por los recurrentes, obran dentro del Expediente algunos elementos de prueba que, de manera directa, sí permitieron evidenciar el comportamiento coordinado y acordado entre los agentes sancionados en algunos de los procesos de subasta de **CISA**, los cuales, analizados en conjunto con todos los demás elementos de prueba de carácter indiciario, permitieron concluir la materialización de las conductas que configuraron una violación del numeral 9 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en dichos casos.

Ejemplo de lo anterior es la comunicación vía *WhatsApp* del 30 de noviembre de 2016 entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**, en el marco del proceso de subasta del 29 de noviembre al 1 de diciembre de 2016 (Lotes 5 y 8 de la **DIAN** en **MEDELLÍN**) en la que quedó expresamente establecido el acuerdo anticompetitivo alcanzado por los investigados de no competir en dos lotes en los que participarían, tal y como se observa a continuación:

**Chat No. 1: Conversación GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ el 30 de noviembre de 2016**

***"Día/Hora: 30-Nov-2016 09:07:07: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

***Para: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO***

***Contenido: Déjeme la Toyota que usted se queda con ese lote del bmw roj***

***Día/Hora: 30-Nov-2016 09:08:33***

***De: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO***

***Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

***Contenido: Fer se lo aseguró que es para mi***

***Día/Hora: 30-Nov-2016 09:08:50***

***De: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO***

***Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

***Contenido: Y si no créame que de una***

***Día/Hora: 30-Nov-2016 09:09:14: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

***Para: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO***

***Contenido: Le doy dos millones y list***

***Día/Hora: 30-Nov-2016 09:09:48***

***De: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO***

***Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

<sup>24</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Contenido:** Lo que sí es que si quedamos los dos en el 330 no se lo subo

Día/Hora: 30-Nov-2016 09:12:45: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**

Contenido: jajaja abeja

Día/Hora: 30-Nov-2016 09:13:43

De: **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: No Fer lo que acordamos

Día/Hora: 30-Nov-2016 09:14:47

De: **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Y lo de el 330 pues muy seguramente quedamos punteando los dos y hay es donde yo le digo

Día/Hora: 30-Nov-2016 09:19:28

De: **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Además lo de la camioneta fue lo que acordamos don Fer Usted lo sabe  
papá<sup>25</sup> (Negrilla y subraya fuera del texto original).

Para el Despacho la anterior comunicación no es nada distinto a una prueba directa de un acuerdo entre dos competidores sobre la forma como se comportaría en el marco de un proceso de selección, con el objeto de limitar y afectar la libre competencia en el respectivo mercado. No de otra manera podría calificarse una comunicación en la que un oferente le dice al otro "fue lo que acordamos (...) usted lo sabe papá".

En este orden de ideas, en el presente caso, no es cierto que no se contó con ninguna prueba directa de la materialización de los acuerdos anticompetitivos. Como se explicó anteriormente, en el Expediente existen pruebas directas que acreditaron la participación coordinada y acordada de los agentes investigados en el marco de un número de procesos de subasta adelantados por **CISA**. Sin perjuicio de lo anterior, también se presentaron a lo largo de la Resolución Sancionatoria un alto número de pruebas de carácter indiciario, que, valoradas en conjunto con las pruebas directas presentadas, no dejaron dudas de la materialización de los acuerdos anticompetitivos en los términos del numeral 9 del Artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por último, respecto al argumento relacionado con la supuesta justificación de la conducta de los recurrentes a partir del principio de confianza legítima, pues, en su criterio, actuaron acorde con las reglas de las subastas, este Despacho debe manifestar que, precisamente, si los agentes sancionados hubieran actuado según las reglas de las subastas establecidas por **CISA**, habrían evitado contactar y coordinar su comportamiento con los demás participantes. Recuérdese que, como obra en el Expediente, los términos de adhesión que **CISA** incluía en los diferentes procesos de subasta, y a los cuales los proponentes interesados se obligaban<sup>26</sup> una vez manifestaban su interés en hacer parte del proceso, incluían una serie de reglas de competencia que debían seguirse. Ejemplo de lo anterior es el requisito habilitante que exigía que las personas que fueran a participar en las subastas lo debían hacer de manera individual, impidiendo que una persona se presentara en nombre propio y, a la vez, como representante legal de una persona jurídica.

"3.3. REQUISITOS HABILITANTES. La inexistencia de las siguientes situaciones: (i) la presentación de documentos habilitantes de dos personas jurídicas que tengan el mismo representante legal, y/o (ii) cuando el interesado presente solicitudes de participación en la

<sup>25</sup> Archivo "forensic\_2680<sup>a</sup>4b5-1c5e-4037-a202-dfc31ac232a3\_20201204\_105141" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/04\_GABRIEL\_CETINA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ

<sup>26</sup> Radicado No. 20-342027-9300041, cuaderno reservado general electrónico "Manual de Políticas de Compra y Administración de Bienes Muebles" V 12 25 octubre 2019.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

*subasta y documentos como persona natural y a su vez en representación de otra persona natural o jurídica*<sup>27</sup>.

Igualmente, los términos de adhesión de los procesos de **CISA** establecían de manera expresa el principio de selección objetiva como pilar del proceso de selección, el cual se materializaba con el hecho de que era la oferta más favorable para la entidad contratante (la más alta) la que debía resultar siendo la ganadora.

*"4.2 PRINCIPIO DE SELECCIÓN OBJETIVA. La subasta electrónica ascendente se rige por el principio de selección objetiva, por lo que la declaratoria del oferente adjudicatario se hace sobre el ofrecimiento más favorable a los intereses de la entidad pública propietaria de los bienes y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés o cualquier otra clase de motivación subjetiva. El Ofrecimiento más favorable es aquel que resulte ser la oferta económica más alta"*<sup>28</sup>.

Finalmente, uno de los puntos que más llaman la atención es que las reglas de los procesos de subasta de **CISA** incluían como causal para que fuera declarada desierta, la existencia de colusión entre los diferentes oferentes, como se ve a continuación:

*"4.6. DECLARATORIA DE DESIERTA DE LA SUBASTA. (...) ii. Cuando exista evidencia acerca de la configuración de colusión entre los diferentes oferentes o cuando exista fundamento cierto para concluir acerca de la configuración de irregularidades derivadas de acuerdos indebidos o connivencia entre uno o varios de los oferentes"*<sup>29</sup>  
(Subraya y negrilla fuera del texto original).

En este orden de ideas, no se encuentra sentido y coherencia en el argumento de los recurrentes respecto a que su comportamiento estuvo marcado por el principio de confianza legítima y fue acorde a las reglas de los procesos, pues, como se puso de presente, en la misma reglamentación de **CISA** se prohibía, de manera expresa, la coordinación y colusión entre los participantes.

Así las cosas, este Despacho no encuentra mérito alguno en los argumentos expuestos en los recursos de reposición presentados sobre este aspecto.

#### **4.2.3. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la indebida valoración de los elementos indiciarios en la presente actuación**

Algunos de los recurrentes manifestaron dentro de sus recursos de reposición, que la Superintendencia de Industria y Comercio fundamentó su reproche hacia ellos únicamente en elementos indiciarios indebidamente valorados, concluyendo la existencia de una serie de acuerdos anticompetitivos a partir de meras sospechas.

Sobre esto, debe reiterarse que la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido en anteriores oportunidades<sup>30</sup> que determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia **no** exige necesariamente contar con prueba directa que dé cuenta de la comisión de la conducta. Por el contrario, se ha establecido que puede evidenciarse la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia con la presencia de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales. Así, dichos indicios se constituyen no solo como un medio de prueba óptimo para concluir que una conducta es anticompetitiva, sino que además son la forma más idónea y común de probar algunas prácticas comerciales restrictivas de la competencia.

Como lo ha señalado la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante "**OCDE**"), es común que, en casos como el analizado en la presente actuación, los cartelistas actúen

<sup>27</sup> Radicado No. 20.342027-150, 20342027-0015000013, RESPUESTA 1 SIC 19-48161—34, 2017, 2-SEPT, TÉRMINOS DE ADHESIÓN DIAN.pdf., del cuaderno reservado general electrónico del Expediente Digital.

<sup>28</sup> Ibidem.

<sup>29</sup> Ibidem.

<sup>30</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013; Resolución No. 12156 de 2019 y Resolución No. 79924 de 2021, entre otras.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

"por debajo de los radares", de tal manera que cada vez es más difícil determinar los comportamientos colusorios por parte de las autoridades de competencia<sup>31</sup>. Por este motivo, la construcción probatoria de la responsabilidad administrativa debe ser realizada a partir de medios distintos de la prueba directa, es decir, prueba indirecta o indiciaria.

Esta situación, reiterada en anteriores oportunidades por la Superintendencia de Industria y Comercio<sup>32</sup>, ha sido reconocida igualmente por diferentes autoridades a nivel mundial. En España, por ejemplo, la Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso, en sentencia del 23 de diciembre de 2021, citando sentencia del 9 de junio de 2016 de la misma corporación, señaló:

**"En este tipo de actuaciones es difícil encontrarse con la existencia de pruebas directas que permitan acreditar la participación en las conductas infractoras; lo normal es que sea a través de indicios. Pues bien, la prueba de indicios está ampliamente aceptada por la jurisprudencia constitucional desde la SSTC 174 y 175/1985, y resulta práctica habitual en materia de cárteles, siempre que los indicios resulten probados de forma directa, tengan fuerza persuasiva, produzcan una convicción suficiente en el juzgador, se encuentren en directa relación con las consecuencias que se pretenden extraer de los mismos y no exista una explicación alternativa que permita desvirtuar las conclusiones a las que llega la Administración"**<sup>33</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto).

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

*"(...) La existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta. E incluso, sólo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia"*<sup>34</sup>.

Finalmente, en Estados Unidos, el Departamento de Justicia ha manifestado que la "fijación de precios, la colusión en licitaciones públicas, u otros acuerdos colusorios pueden establecerse bien sea por pruebas directas, como testimonios de los participantes, o pruebas circunstanciales, tales como patrones sospechosos en los procedimientos, gastos de viajes, registros telefónicos y agendas corporativas"<sup>35</sup> (Traducción libre Superintendencia de Industria y Comercio).

Incluso, la doctrina más especializada en la materia ha reconocido el valor de las pruebas indirectas a la hora de detectar prácticas anticompetitivas. Como señala el profesor y abogado practicante Irving Scher "puesto que los tribunales reconocen que rara vez se cuenta con evidencia directa de un acuerdo de colusión, la prueba circunstancial se permite y puede ser decisiva/resolutiva"<sup>36</sup>. Lo anterior ha sido confirmado igualmente por el juez Richard Posner, quien ha señalado que "la

<sup>31</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE). "SERIAL OFFENDERS: A DISCUSSION ON WHY SOME INDUSTRIES SEEM PRONE TO ENDEMIC COLLUSION". 2015. Disponible en: [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)4&docLanguage=En](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)4&docLanguage=En) y en [http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF\(2015\)13/FINAL&doclanguage=en](http://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DAF/COMP/GF(2015)13/FINAL&doclanguage=en)

<sup>32</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 37344 de 2022, Resolución No. 73323 de 2020, Resolución No. 17278 de 2019, entre otras.

<sup>33</sup> Audiencia Nacional, Sala de lo Contencioso. Sección 6. España, Madrid. Sentencia del 23 de diciembre de 2021. Disponible en: [https://www.cnmc.es/sites/default/files/3950961\\_0.pdf](https://www.cnmc.es/sites/default/files/3950961_0.pdf)

<sup>34</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia, FNE contra Isapre ING S.A. y otros, Sentencia N°57, Rol C-77-05, de 12 de julio de 2007, C. 5° del voto de minoría.

<sup>35</sup> Departamento de Justicia de los Estados Unidos. "Price Fixing, Bid Rigging, and Market Allocation Schemes: What they are and what to look for". Publicado en septiembre de 2005 y revisado en febrero de 2021. Disponible en: <https://www.justice.gov/atr/file/810261/download>

<sup>36</sup> Irving Scher (ed), *Antitrust Adviser*, Ed. 4, Thomson-West, 2007. P. 1.17 ("Because courts recognize that there rarely is direct evidence of an express agreement to conspire, circumstantial evidence is admissible and can be dispositive")

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

mayoría de los casos son contruidos a partir de un tejido de tales afirmaciones [ambiguas] y otra evidencia circunstancial"<sup>37</sup>. En Colombia, la doctrina especializada ha manifestado:

*"(...) los integrantes del acuerdo colusorio no suelen reconocer su existencia, ni suelen celebrarlo por escrito, ni ante testigos, sino que intentan cubrir de la mejor manera posible las huellas de su conducta contraria a la libre competencia, utilizando mecanismos cada vez más sofisticados para eludir los controles y evitar levantar sospechas. Por ello, la doctrina internacional ha reconocido la importancia de la prueba indiciaria en el campo de defensa de la competencia"<sup>38</sup>.*

Por este motivo, el argumento de los recurrentes lo que busca en realidad es restarle valor a un medio probatorio reconocido no solo por el ordenamiento nacional, sino a nivel internacional, como un elemento fundamental a la hora de detectar conductas o prácticas anticompetitivas como las analizadas en el presente caso. Además, es evidente que la intención de los recurrentes al buscar desacreditar el indicio como medio de prueba de la conducta sancionada, es encontrar la forma para no tener que justificar una serie de situaciones que, lejos de corresponder a meras coincidencias y al azar, evidentemente muestran una conducta coordinada que buscó falsear la competencia en un número de procesos de subasta adelantados por CISA entre 2016 y 2018.

Debe tenerse en cuenta que, en el marco de la presente investigación, este Despacho puso en evidencia, entre otras: (i) comunicaciones vía *WhatsApp* entre funcionarios de CISA y agentes involucrados en los acuerdos anticompetitivos, que evidenciaron la forma como estos obtenían información respecto a sus competidores, para materializar con los mismos los futuros acuerdos; (ii) registros de llamadas telefónicas sostenidas entre los miembros de los acuerdos días previos y durante el desarrollo de las subastas; (iii) comportamientos llamativos, como la realización de consignaciones bancarias los días posteriores a las subastas; y (iv) pruebas de un comportamiento uniforme por parte de los cartelistas en los procesos objeto de investigación, todas las cuales, analizadas en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permitieron concluir la presencia de un actuar coordinado, el cual al momento no ha sido explicado ni justificado por los agentes sancionados.

A modo de ejemplo, se vuelven a presentar algunos de esos elementos indiciarios que se encontraron en los procesos de subasta objeto de investigación:

#### **4.2.3.1. Proceso de subasta del 18 al 19 de septiembre de 2017 – Lote 12 de la DIAN en BOGOTÁ**

El Despacho encontró probado un acuerdo anticompetitivo entre FSG y HDL en el proceso de subasta del 18 al 19 de septiembre de 2017, puntualmente en el lote 12 de la DIAN en BOGOTÁ, con el fin de que el mismo le fuera adjudicado a HDL.

Como primer elemento indiciario, la Superintendencia de Industria y Comercio pudo evidenciar una comunicación entre FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTÍN, analista de bienes muebles y subastas de CISA, en la que esta última remitió, unos días antes del proceso de subasta, la identificación de los participantes en varios de los lotes que serían subastados, incluyendo el número 12 acá estudiado.

<sup>37</sup> *In re High Fructose Corn Syrup Antitrust Litigation*, 295 F.3d 651, 662 (7th Cir. 2002) ("...most of cases are constructed out of a tissue of such statements and other circumstantial evidence..."). Esto también se encuentra evidente en el caso *City of Tuscaloosa v. Harcros Chems.*, 158 F.3d 548, 569 (11th Cir. 1998): "Solo en casos raros el demandante puede establecer la existencia de una conspiración mostrando explícitamente un acuerdo; la mayoría de conspiraciones se infieren del comportamiento de los investigados [...] y de otra evidencia circunstancial [...]" ("[It is] only in rare cases that a plaintiff can establish the existence of a conspiracy by showing an explicit agreement; most conspiracies are inferred from the behaviour of the alleged conspirators [...] and from other circumstantial evidence [...]").

<sup>38</sup> Miranda Londoño, A.; Deik Acostamiedo, C. "La colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales". Colección Profesores. Grupo Editorial Ibañez. 2019. Pág. 56

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Chat No. 2: Conversación LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ entre el 16 y 19 de septiembre de 2017**

**Día/Hora: 16-Sep-2017 10:26:11: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

**Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

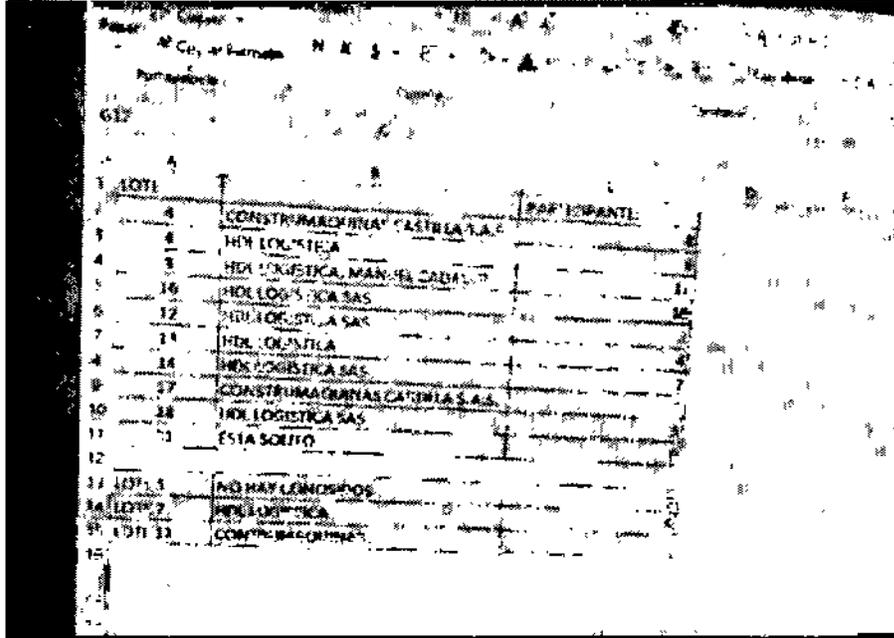
**Contenido: Porfa regálame los datos para dejar todo listo hoy**

**Día/Hora: 16-Sep-2017 11:15:17**

**De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

**Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

**Contenido:**



LOTI	COMPANIA
1	CONSTRUMACHINIA CASTELA S.A.S
2	IND LOGISTICA
3	IND LOGISTICA MANUEL GARCIA S
4	IND LOGISTICA SAS
5	IND LOGISTICA SAS
6	IND LOGISTICA SAS
7	IND LOGISTICA
8	IND LOGISTICA SAS
9	CONSTRUMACHINIA CASTELA S.A.S
10	IND LOGISTICA SAS
11	ESTA SOLITO
12	
13	IND HAY LEONOR S
14	IND LOGISTICA
15	CONSTRUMACHINIA

**Día/Hora: 16-Sep-2017 12:24:33**

**De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

**Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

**Contenido: Mil gracias**

(...)

**Día/Hora: 18-Sep-2017 15:28:18**

**De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

**Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

**Contenido: Se puede conocer nombres por lote??**

(...)

**Día/Hora: 18-Sep-2017 15:28:49**

**De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

**Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

**Contenido: Cuales no los conoces**

**Día/Hora: 18-Sep-2017 15:29:08**

**De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

**Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

**Contenido: De todos**

**Día/Hora: 18-Sep-2017 15:29:18**

**De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

**Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

**Contenido: Los que tengo**

**Día/Hora: 18-Sep-2017 15:30:38**

**De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *Pero no los conoces son nuevos*

Día/Hora: 18-Sep-2017 15:41:44  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Contenido: *Ok*

Día/Hora: 19-Sep-2017 10:04:49  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Contenido: *Cuantos en el 11 por favor*

Día/Hora: 19-Sep-2017 10:05:21  
De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *Solo uno*

Día/Hora: 19-Sep-2017 10:09:31  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Contenido: *El 15*

Día/Hora: 19-Sep-2017 10:14:19  
De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *No hay*

(...)

Día/Hora: 19-Sep-2017 10:26:14  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Contenido: *Dime porfa quienes somos del 12 y 17*

Día/Hora: 19-Sep-2017 10:38:53  
De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *En el 12 son 3*

Día/Hora: 19-Sep-2017 10:39:09  
De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *Hdl logística*

Día/Hora: 19-Sep-2017 10:39:45  
De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *Y el otro es nuevo*<sup>39</sup>.

La conversación transcrita evidencia, como primer elemento indiciario, que la funcionaria de **CISA** puso en conocimiento del representante legal de **FSG** que, en el proceso de subasta del 18 al 19 de septiembre de 2017, puntualmente en el lote 12 de la **DIAN** en **BOGOTÁ**, competiría con **HDL**.

Ahora, la Resolución Sancionatoria puso en evidencia igualmente un segundo elemento de prueba indiciario que se encontró en el Expediente, y consistió en el registro de una comunicación telefónica entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, representante legal de **FSG**, y **JOSÉ HERNÁN BULLA**

<sup>39</sup> Archivo "forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cfdef\_20201204\_104955" disponible en cuaderno RESERVADO GENERAL del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/ forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cfdef\_20201204\_104955

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**LUQUE**, representante legal de **HDL**, el día de la subasta del lote 12, esto es, el 19 de septiembre de 2017, momentos antes de iniciar el proceso, esto es, a las 09:55:06 y 10:31:14<sup>40</sup>. Igualmente, se cuenta con información de que los mismos proponentes mantuvieron comunicación telefónica una vez empezada la subasta<sup>41</sup>, durante el desarrollo de esta, puntualmente a las 11:26:02<sup>42</sup>. Nótese que para cuando los proponentes se comunicaron, **HDL** ya había hecho la que resultó ser la única oferta durante la subasta, a las 11:15:43<sup>43</sup>.

Finalmente, y como tercer elemento indiciario, se presentó un comportamiento llamativo de los participantes en este proceso de subasta, esto es **FSG** y **HDL**, que consistió en que el único lance que se realizó por el lote 12 fue hecho por **HDL**, quien resultó adjudicatario al haber realizado una oferta por el valor base, esto es, COP \$34.593.300.

Nótese que en el proceso de subasta acá analizado se cuenta con los siguientes elementos probados: (i) **FSG** recibió información confiable y confidencial por parte de las funcionarias de **CISA** de que para el lote en mención competiría con **HDL**; (ii) el día y hora de la subasta existieron comunicaciones telefónicas entre los representantes legales de estas empresas competidoras; y (iii) solo **HDL** realizó oferta por el valor mínimo permitido, resultando adjudicatario.

Para este Despacho, los tres elementos indiciarios presentados, analizados en conjunto con todos los demás elementos de prueba que obran en el Expediente y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, darían cuenta de un comportamiento coordinado entre los competidores.

#### **4.2.3.2. Proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2017 – Lote 1 de la DIAN en BOGOTÁ y lote 1 de la DIAN en Manizales**

Respecto a este proceso de subasta, la Resolución Sancionatoria presentó una serie de elementos indiciarios que, valorados en conjunto, darían cuenta de la existencia del acuerdo anticompetitivo entre **FSG** y **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**, cuyo objetivo fue el de distribuirse los lotes subastados. Así, se acordó que **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** no competiría por el lote 1 de la **DIAN** en **BOGOTÁ**<sup>44</sup>, mientras que **FSG** no lo haría por el lote 1 de la **DIAN** en **MANIZALES**<sup>45</sup>.

A continuación se presentarán los diferentes elementos que se encontraron probados y que, analizados en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, no dejaron duda de la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

En primer lugar, se encontró probado que el 29 de noviembre de 2017 existió una comunicación vía *WhatsApp* entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**, esposo de **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**, competidora de **FSG** en el proceso de subasta analizado.

En segundo lugar, se hizo evidente que, en dicha comunicación, se remitió la constancia de una transferencia bancaria hecha ese mismo día por un valor de tres millones quinientos mil pesos (COP\$3.500.000) por parte de **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** a favor de **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**<sup>46</sup>.

<sup>40</sup> Archivo "20342027--0012500015E.xlsx" disponible en el consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVI/Archivo 7/DATOS/20342027--0012500015E.xlsx

<sup>41</sup> La subasta por el lote 12 del proceso de subasta del 18 al 19 de septiembre de 2017 inició a las 11:15 y finalizó a las 11.30, según obra en el archivo "REPORTE DE ACTIVIDADES SUBASTA ELECTRÓNICA SEPTIEMBRE 2017" disponible en cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-29/20-342027-2900002 REQ SIC

<sup>42</sup> Archivo "20342027--0012500015E.xlsx" disponible en el consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVI/Archivo 7/DATOS/20342027--0012500015E.xlsx

<sup>43</sup> Archivo "REPORTE DE ACTIVIDADES SUBASTA ELECTRÓNICA SEPTIEMBRE 2017" disponible en cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-29/20-342027-2900002 REQ SIC

<sup>44</sup> El lote 1 de la **DIAN** en **BOGOTÁ** correspondía a una camioneta Kia Sedona.

<sup>45</sup> El lote 1 de la **DIAN** en **MANIZALES** correspondía a un campero Grand Vitara.

<sup>46</sup> Radicado No. 20-342027-211, 20342027--0021100002.pdf, del cuaderno reservado general.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

En tercer lugar, y como se verá a continuación, es posible comprobar que dicha transferencia tuvo como concepto "VEHICULO (sic) KIA SEDONA COMPRA GABRIEL CETINA", el cual correspondía exactamente con el vehículo objeto de la subasta por el lote 1 de la DIAN de Bogotá, tal y como obra en el Expediente.

En cuarto lugar, se constató que, de manera inmediata a haber enviado el soporte de dicho pago, **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** respondió al remitente diciendo "ok fercho ya sabe yo me desapareco (sic) en el lote # 1 Y usted en el de la gran vitara (sic)" (Subraya y negrilla fuera del texto original).

A continuación se transcribe la conversación mencionada y que permite evidenciar los cuatro elementos previamente descritos:

**Chat No. 3: Conversación FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ y GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO el 29 de noviembre de 2017**

*Día/Hora: 29-Nov-2017 15:08:19*

*De: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Me confirma la operación*

*Día/Hora: 29-Nov-2017 16:15:30*

*De: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

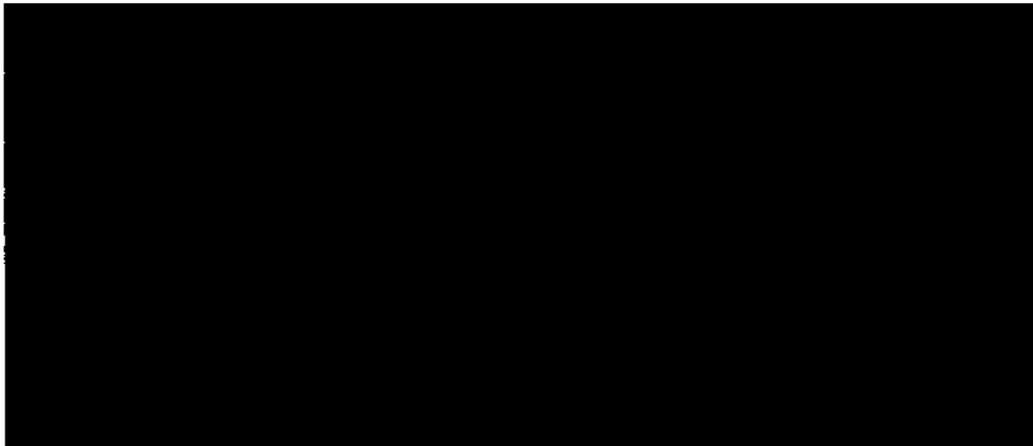
*Contenido: # [REDACTED] ahorros Davivienda Gabriel Cetina*

*Día/Hora: 29-Nov-2017 17:14:20*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Contenido:*



*Día/Hora: 29-Nov-2017 17:16:24*

*De: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Ok fercho ya sabe yo me desapareco (sic) en el lote # 1 Y usted en el de la gran vitara*

*Día/Hora: 29-Nov-2017 17:19:27*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Contenido: Que sí<sup>47</sup>.*

<sup>47</sup> Archivo "forensic\_2680\*4b5-1c5e-4037-a202-dfc31ac232a3\_20201204\_105141" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/04\_GABRIEL\_CETINA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Así las cosas, para este Despacho quedó en evidencia que **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) acordó previamente la forma como se comportaría en las subastas objeto de análisis con **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**. Ahora bien, teniendo en cuenta que este último era el esposo de **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**, quien era la persona que se encontraba realmente participando en el proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2017 – Lote 1 de la **DIAN** en **BOGOTÁ** y lote 1 de la **DIAN** en **MANIZALES**, es posible concluir que su comportamiento sería acorde a lo acordado entre su esposo y el representante legal de **FSG**.

De hecho, lo anterior quedó corroborado con un quinto elemento de prueba indiciario, que fue el comportamiento que efectivamente mostraron **FSG** y **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** durante las subastas de los lotes analizados, el cual concuerda con lo pactado y descrito líneas atrás. En efecto, **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** no realizó lances por el lote 1 de la **DIAN** en **BOGOTÁ**, mientras que **FSG**, no realizó lances por el lote 1 de la **DIAN** en **MANIZALES**<sup>48</sup>.

Por este motivo, para el Despacho, los elementos de prueba presentados, valorados en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, dieron cuenta de un acuerdo anticompetitivo entre **FSG** y **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** en la subasta adelantada del 28 al 30 de noviembre de 2017, específicamente con relación al lote 1 de la **DIAN** en Bogotá y el lote 1 de la **DIAN** en **MANIZALES**.

#### 4.2.3.3. Proceso de subasta del 27 al 29 de agosto de 2018 – Lote 5 de la **DIAN** en **PEREIRA**

Respecto a la subasta adelantada del 27 al 29 de agosto de 2018, se encontraron una serie de elementos de prueba indiciarios que, valorados en conjunto y de acuerdo con los demás elementos obrantes en el Expediente, dieron cuenta que entre **FSG** y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** existió un acuerdo anticompetitivo, particularmente para la adjudicación del lote 5 de la **DIAN** en **PEREIRA**<sup>49</sup>.

Así, un primer indicio consistió en la conversación sostenida entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) y **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** (analista de bienes muebles y subastas de **CISA**) entre el 24 y 27 de agosto de 2018. De dicha conversación, como se verá a continuación, **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** obtuvo información sobre quiénes serían sus competidores en el proceso de subasta del lote 5 acá analizado.

#### Chat No. 4: Conversación **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** entre el 24 y 27 de agosto de 2018

*Día/Hora: 24-Ago-2018 14:12:10*

*De: LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: don Fernando que pena pero glorita me dijo que ya había hablado contigo*

*Día/Hora: 24-Ago-2018 15:18:23*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN*

*Contenido: Me avisas para llamarte*

*Día/Hora: 24-Ago-2018 15:39:15*

*De: LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: por ahí a las 5:30 q salgo te parece*

<sup>48</sup> Archivo "AUDITORIA PLATAFORMA.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-150 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-150/20342027—0015000013 RESPUESTA 1 SIC 19-48161--34/2017/3. Nov/AUDITORIA PLATAFORMA.pdf

<sup>49</sup> Radicado No. 20-342027-150, 20342027-0015000013, RESPUESTA 1- SIC 19-48161--34, Reporte 1.xls., cuaderno reservado general electrónico. El lote 5 de la **DIAN** en **PEREIRA** estaba conformado por 2 motocicletas Yamaha con un valor base de \$16.960.000. Una de línea YZF R6 modelo 2008 y la otra de línea Virago modelo 1995. En el lote 5 participaron **FSG** y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Día/Hora: 24-Ago-2018 15:59:33  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: *Listo mi bella Gracias*

Día/Hora: 24-Ago-2018 15:59:53  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: *información Pereira porfis*

Día/Hora: 27-Ago-2018 08:52:45  
De: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *bueno días don Fernando*

Día/Hora: 27-Ago-2018 08:53:41  
De: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *lote 1, 2, 4 de Pereira esta solo*

Día/Hora: 27-Ago-2018 08:54:07  
De: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *el lote 6 tambien esta solo*

Día/Hora: 27-Ago-2018 08:55:48  
De: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: *y el lote 5 estas con una persona*

Día/Hora: 27-Ago-2018 08:58:17  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: *Divina mi bella Gracias*

Día/Hora: 27-Ago-2018 08:58:35  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: *El 5 con quien*

Día/Hora: 27-Ago-2018 08:58:40  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: *Cetina??*  
(...)

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:04:22  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: *No me respondiste*

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:04:33  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: *Dime si es nuestro amigo*

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:05:12  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: *Porfis*

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:05:41

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

De: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: No se don fernando

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:06:13  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: Nooooo porque dime porfis

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:08:38  
De: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: es que es complicado

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:08:53  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: No confias en mí??

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:12:13  
De: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: la ultima vez el señor cetina llamo a quejarse q estábamos dando información

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:12:20  
De: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: y el es complicado

Día/Hora: 27-Ago-2018 09:22:57  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN**  
Contenido: Ok yo lo voy a llamar a preguntarle a cuál se presentó haber (sic) que me dice<sup>50</sup>

Como puede observarse, **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** recibió información que le permitió entender quien sería su competidor en el lote 5 de la **DIAN** de Pereira, a tal punto que procedió a contactarlo vía telefónica.

En segundo lugar, existe otro elemento de prueba de carácter indiciario consistente en una serie de llamadas telefónicas sostenidas precisamente entre **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) el 28 de agosto de 2018, es decir, un día después de las comunicaciones entre el representante legal de **FSG** y **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**. Dichas llamadas telefónicas, además, tuvieron lugar durante el transcurso de la subasta del lote 5 de la **DIAN** en **PEREIRA**<sup>51</sup>, puntualmente a las 16:31:55 (durante 3 minutos), a las 16:36:27 (durante 1 minuto) y a las 16:37:21 (durante 2 minutos)<sup>52</sup>.

<sup>50</sup> Archivo "forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cdef\_20201204\_104955" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO/20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027/CISA/DATOS/03\_LUZMARINA\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUARES/forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cdef\_20201204\_104955

<sup>51</sup> Archivo "AUDITORIA PLATAFORMA.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-150 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO/20-342027-150/20342027-0015000013 RESPUESTA 1 SIC 19-48161-34/2018/4. SUBASTA AGOSTO/AUDITORIA PLATAFORMA.pdf

<sup>52</sup> Archivo "20342027-001250003E.xlsx" disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO/3. IMG\_EVI/Archivo 1/DATOS/20342027-0012500003E.xlsx; y Archivo "20342027-0012500015E.xlsx" disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO/3. IMG\_EVI/Archivo 7/DATOS/20342027-00125000015E.xlsx

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Como tercer elemento indiciario que daría cuenta de la existencia del acuerdo anticompetitivo en este caso, se contó con una conversación vía *WhatsApp* entre **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de FSG) el 28 de agosto de 2018, momentos después de haberse cerrado la subasta por el lote 5 de la DIAN en PEREIRA, que resultó siendo adjudicado a FSG. La conversación es la siguiente:

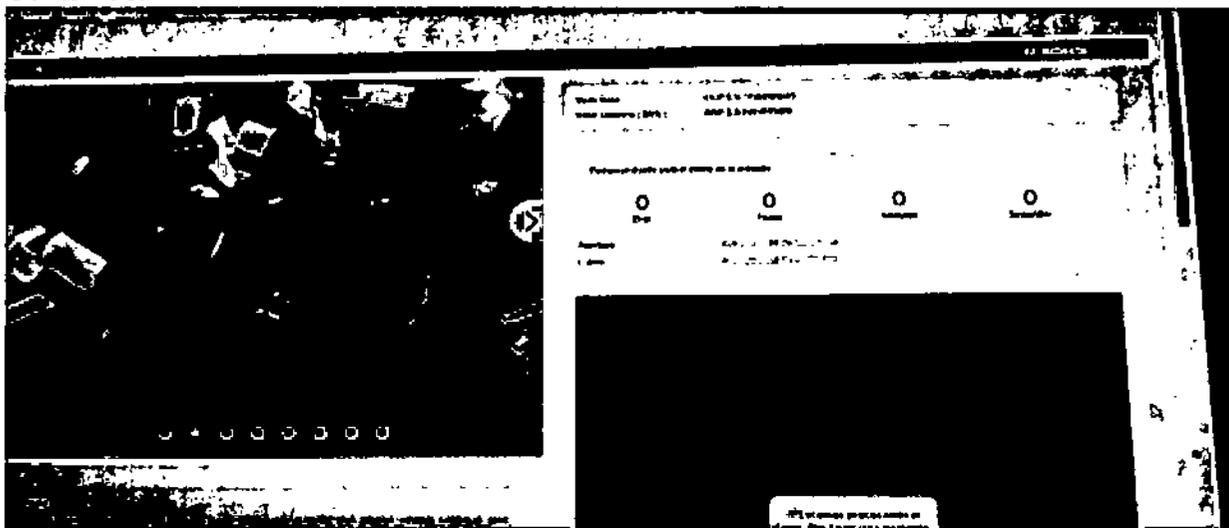
**Chat No. 5: Conversación entre FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ Y GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO el 28 de agosto de 2018**

*Día/Hora: 28-Ago-2018 16:45:15*

*De: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido:*



*Día/Hora: 28-Ago-2018 16:53:57*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Contenido: Listo*

*Día/Hora: 28-Ago-2018 16:54:13*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Contenido: Que mi Dios le pague<sup>53</sup>*

Nótese que en la imagen enviada por **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** se evidencia claramente que éste no presentó ninguna oferta por el lote 5 de la DIAN en PEREIRA, y que, además, decidió compartirlo con su competidor. Esta situación, de por sí llamativa en el marco de un proceso de selección, no podría explicarse de otra forma distinta a la existencia de un acuerdo previo.

Así las cosas, este Despacho encontró los siguientes elementos indiciarios con relación al proceso de subasta del 27 al 29 de agosto de 2018 (Lote 5 de la DIAN en PEREIRA), que, valorados de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento nacional, darían cuenta de la existencia del acuerdo anticompetitivo sancionado a través de la Resolución Sancionatoria:

- (i) Comunicaciones vía *WhatsApp* entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de FSG) y **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** (analista de bienes muebles y subastas de CISA) entre el 24 y 27 de agosto de 2018, en las cuales se dio a entender al representante legal de FSG que su competidor en el proceso de subasta del lote 5 era **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**;

<sup>53</sup> Archivo "forensic\_2680\*4b5-1c5e-4037-a202-dfc31ac232a3\_20201204\_105141" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/04\_GABRIEL\_CETINA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

- (ii) Registros de llamadas telefónicas entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** durante el transcurso de la subasta del lote 5 de la **DIAN** en **PEREIRA**;
- (iii) Una conversación vía *WhatsApp* entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** momentos después de haberse cerrado la subasta por el lote 5 de la **DIAN** en **PEREIRA** en la que **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** reportó a su competidor que no presentó ninguna oferta por el Lote objeto de análisis, a lo que **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** respondió "*Que mi Dios le pague*".

En este sentido, valorados los diferentes elementos de prueba en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, como exige el ordenamiento nacional, es posible concluir que el comportamiento de los dos competidores en el proceso de subasta estudiado fue previamente acordado en el marco de un acuerdo anticompetitivo en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

#### 4.2.3.4. Proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2018 – Lote 1 de la **DIAN** en **SANTA MARTA**

Por último, respecto al proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2018, específicamente del lote 1 de la **DIAN** en **SANTA MARTA**, este Despacho también puso de presente en la Resolución Sancionatoria un gran número de elementos indiciarios que, de manera conjunta, permitieron concluir la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre **FSG**, **HDL**, **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN**.

En primera medida, la Resolución Sancionatoria presentó una conversación inicial entre **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN**, profesional de gestión de **ARACNIASTUDIOS** y encargado de la organización de la subasta de **CISA**, y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) del 15 de noviembre de 2018, dónde se plasmó el compromiso del primero de ellos de mantener informado a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** respecto al número e identidad de los competidores que participarían en cada lote en los que **FSG** tuviera interés. A continuación, se transcribe la mencionada conversación:

#### Chat No. 6: CONVERSACIÓN ENTRE **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** Y **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN**<sup>54</sup>

"Día / Hora: 15-Nov-2018 11:23:02

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Don Fernando

Día / Hora: 15-Nov-2018 11:23:06

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Con Alejandro

Día / Hora: 15-Nov-2018 11:49:15

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Señor

Día / Hora: 15-Nov-2018 11:54:22

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: este es mi numero cualquier cosa

<sup>54</sup> Archivo "forensic\_8411113<sup>a</sup>-fecf-4070-a842-a41238c9a136\_20201207\_1303489" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/0a\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:25:24

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: porfa, lo que hablemos por aca que sea entre nosotros

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:29:59

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Así será

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:30:38

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Tuuuuu tranquilo

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:32:54

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Vale. Me gusta después un almuerzo ? jejejee

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:39:55

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Nooooo mejor una buena navidad

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:43:42

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: ☺ ☺

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:46:45

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: No le parece ?

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:59:52

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Si. Pero porfa que todo quede entre nosotros

Día / Hora: 15-Nov-2018 12:59:59

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Yo lo tengo enterado de las subastas

Día / Hora: 15-Nov-2018 13:00:15

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Y de los integrantes de casa (sic) lote en los que Ud va a participar

Día / Hora: 15-Nov-2018 13:00:51

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Listo pero que sea solo a mi

Día / Hora: 15-Nov-2018 13:04:12

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Listo".

Nótese que de la anterior comunicación se desprende con claridad que: (i) existía un compromiso por parte de **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** de suministrar información

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

privilegiada a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de FSG) respecto a los procesos de subasta que le fueran de interés; (ii) debía mantenerse la confidencialidad y exclusividad en ese intercambio de información; y (iii) como contraprestación, **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** obtendría una "buena navidad".

Ahora bien, se presentó la evidencia obrante en el Expediente que dio cuenta que lo manifestado anteriormente se materializó y, por tanto, dicho intercambio de información efectivamente tuvo lugar. Como se verá a continuación, cinco (5) días después de la comunicación recién transcrita, **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** (profesional de gestión de ARACNIASTUDIOS) otorgó información preliminar a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de FSG) sobre sus posibles competidores en los distintos lotes que conformarían el proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2018, de forma que este último pudiera ir pensando su estrategia competitiva para garantizar la adjudicación de los lotes que le fueran de interés. Así las cosas, en conversaciones del 20 y 21 de noviembre de 2018, **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** le entregó a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** información preliminar sobre sus posibles competidores, manifestando que de todas formas se debía esperar a que se cerrara el término para que los oferentes de cada lote pagaran las garantías de seriedad de la oferta y así poder determinar, con certeza, quienes serían los competidores por cada lote.

#### **Chat No. 7: CONVERSACIÓN ENTRE LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ<sup>55</sup>**

*"Día / Hora: 20-Nov-2018 09:59:03*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Contenido: Se sabe algo ??*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:02:56*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: mas o menos jejeje*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:03:07*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: por el Rubicon hay 7 personas, ya disminuyeron*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:03:23*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: pero falta ver hasta que paguen las garantías realmente cuantos participaran*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:07:41*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: por el Mercedez hay 4 personas*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:07:45*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: falta ver cuantas personas pagan*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:08:09*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: y por las motos si esta acompañado de dos personas mas*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:15:00*

<sup>55</sup> Ibidem.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *pero le puede hacer a otro lote de motos que este sin oferentes*

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:24:56

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Tiene nombres ??*

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:25:49

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *si sr.*

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:26:05

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *pero porfa.... precaución con esta información*

(...)

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:27:51

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Tuuuuu tranquilo*

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:34:09

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *en cual lote?*

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:34:47

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *en todos?*

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:35:16

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Si obvio*

(...)

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:37:55

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *POr el Rubicon esta con Homero Valencia, Gabriel Cetina, Jairo Acuña, Jairo Mosquera, Rodrigo Hinestroza, Lina Velasquez, y ud*

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:38:42

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *por el mercedez, esta con Homero Valencia, Gabriel Cetina, Jairo Acuña*

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:40:07

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *por las motos, lote 10 esta con Gabriel cetina y Rodrigo Hinestroza*

Día / Hora: 20-Nov-2018 11:03:39

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Contenido: Y el lote 7 de motos ??

(...)

Día / Hora: 20-Nov-2018 11:05:53

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: esta con el sr. Gabriel Cetina

Día / Hora: 20-Nov-2018 11:05:59

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: lo que pasa es que el le dio Favoritos a todos

Día / Hora: 20-Nov-2018 11:06:10

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: pero quien sabe si va a pagar la garantia por ese lote

(...)

Día / Hora: 21-Nov-2018 17:31:16

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: No me han mandado el informe de pagos

(...)

Día / Hora: 21-Nov-2018 18:00:35

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Don Fernando, por el momento por el Rubicon solo 3 personas han pagado

Día / Hora: 21-Nov-2018 18:00:42

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: lo que pasa es que muchas personas pagan y no suben el recibo

Día / Hora: 21-Nov-2018 18:01:05

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: mañana cuando me envíen el reporte de pagos le cuento con cuantas personas esta participando por el rubicon y los demas lotes".

De la conversación transcrita se evidencia que **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** (profesional de gestión de **ARACNIASTUDIOS**) efectivamente suministró información respecto a los participantes en los diferentes procesos de subasta en los que participaría **FSG**. Igualmente, es de resaltar que el remitente solicitó insistentemente a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) el mantener la conducta en secreto, pues conocía la confidencialidad de dicha información que estaba suministrando. De hecho, en una tercera conversación vía *WhatsApp* el 23 de noviembre de 2018 el empleado de **ARACNIAESTUDIOS**, vinculado a **CISA**, dejó en evidencia que tenía plena consciencia del uso que se le iba a dar a la información que estaba otorgando, con la cual se buscaría burlar la libre competencia en los procesos de subasta, coordinando la participación entre oferentes en el proceso de selección de manera anticompetitiva.

Como se podrá observar a continuación, **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** le indicó a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** que podía utilizar la información otorgada para "negociar" con los demás proponentes para "no entrar en discusión" sobre "que yo le subo, que no le subo", lo que en otras palabras se puede describir como acordar eliminar el proceso competitivo en los procesos de subasta, a pesar de que lo anterior evidentemente no le "convenía" a **CISA** ni a la entidad propietaria de los bienes a subastar. Esta situación se presenta como un claro indicio respecto al

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

acuerdo anticompetitivo que tuvo lugar posteriormente, pues se hace evidente que **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** recibía dicha información con el propósito de materializar este tipo de prácticas anticompetitivas.

Lo anterior puede evidenciarse claramente en la transcripción hecha en la Resolución Sancionatoria, y que se vuelve a presentar, de los mensajes anteriormente mencionados:

### **Chat No. 8: CONVERSACIÓN ENTRE FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ Y LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN<sup>56</sup>**

*"Día / Hora: 23-Nov-2018 06:46:13*

*De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN***

*Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

*Contenido (transcripción nota de voz): Listo don Fernando, vale. Yo estoy ahí pendiente, le estoy comentando. Porque ¿cuál es el panorama? Hay realmente 3 personas que tienen la capacidad de pago y tienen de... la posibilidad de que, pues en la subasta, se suba y se suba y se suba hasta, o sea, se peleen por el... por el bien. Y pues realmente, para, de pronto para ustedes lo que les interesaría es de pronto negociar con la persona. Para nosotros obviamente no nos conviene, pero yo estoy haciendo ahí como, de pronto, como una atención ahí por sumercé. Porque la vez pasada, usted me pidió como el dato de una persona, estaban ahí como en la puja de un lote, me pidió el dato de una persona. Y pues esa persona es la que está en este momento en... subastando por el RUBICON. Entonces, pues no sé, si sumercé de pronto pues quisiera los datos de esa persona o de las personas y hablara con ellos, negociaran a ver como ustedes, pues ustedes que conocen más del tema de negocios y todo ello, entonces pues entran ahí a negociar, como para que de pronto pues no entren en discusión que yo le subo, que no le subo, que le subo, que le subo, entonces, ¿sí me entiende? Pero pues nada, yo quedo pendiente para que me diga a ver qué se puede hacer<sup>57</sup>.*

*Día / Hora: 23-Nov-2018 06:49:14*

*De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

*Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN***

*Contenido (transcripción nota de voz): Sí viejo Alejo, no te preocupes, ya sabemos la mecánica. Regálame datos por lote, de quienes están y...<sup>58</sup>*

*Día / Hora: 23-Nov-2018 06:49:27*

*De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

*Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN***

*Contenido (transcripción nota de voz): 'y cómo dice el dicho 'TÚ TRANQUILO' que si podemos hacer algo vas bien ahí, yo te llevo en las cosas<sup>59</sup>*

*Día / Hora: 23-Nov-2018 06:49:33*

*De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ***

*Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN***

<sup>56</sup> Radicado No. 20-342027-206 del cuaderno reservado general electrónico. Ruta: IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/01\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ.

<sup>57</sup> Archivo "da87778e-ba48-48de-b554-9de43bae1c2b.opus" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/01\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ/files/Audio/da87778e-ba48-48de-b554-9de43bae1c2b.opus

<sup>58</sup> Archivo "47289e90-268d-4780-ae0c-e75203ebfac9.opus" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/01\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ/files/Audio/47289e90-268d-4780-ae0c-e75203ebfac9.opus

<sup>59</sup> Archivo "fd4a9952-68d1-4549-928f-eeaeacc5ad483.opus" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/01\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ/files/Audio/ fd4a9952-68d1-4549-928f-eeaeacc5ad483.opus

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Contenido (transcripción nota de voz): *Entonces gracias y espero la información. Un abrazo*<sup>60</sup>

Día / Hora: 23-Nov-2018 06:46:13

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido (transcripción nota de voz): *Listo don Fernando, así quedamos, entonces llevo a la oficina, miro a ver si me enviaron el informe de pagos, y pues nada, yo le comparto ahí los datos para, pa ver si se puede entrar a negociar ahí con las personas. Que tenga un buen día*<sup>61</sup>.

Obsérvese que la conversación transcrita evidencia, por un lado, que **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** (profesional de gestión de **ARACNIASTUDIOS**) conocía el uso que se le iba a dar a la información que estaba suministrando, pero además, por otro lado, deja claridad respecto a que **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) efectivamente hacía uso de la información sobre los procesos de subasta en los que participaba para contactar a sus competidores y buscar materializar un acuerdo colusorio cuando le convenía. No de otra forma puede entenderse la afirmación hecha por este último respecto a que "ya sabemos la mecánica". Por este motivo, dicha conversación se presenta como un indicio adicional respecto al acuerdo anticompetitivo que fue sancionado en el marco del proceso subasta del 28 al 30 de noviembre de 2018, específicamente del lote 1 de la **DIAN** en **SANTA MARTA**

Ahora bien, se cuenta con una cuarta comunicación entre **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, el mismo 23 de noviembre de 2018, horas más tarde, en la cual **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** dio a conocer la lista final de los oferentes en las distintas subastas de lotes que se adelantarían del 28 al 30 de noviembre de 2018. Con esta información, ya le sería posible a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) ponerse en contacto con sus competidores para buscar una coordinación anticompetitiva en cada lote.

#### **Chat No. 9: CONVERSACIÓN ENTRE LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**<sup>62</sup>

"Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:47:48

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Dame nombres y contactos*

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:48:06

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *Pero Porfa Don Fernando, si algo no sabe nada de mi*

Chat Día / Hora 23-Nov-2018 14:48:07

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Para ver qué logramos*

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:48:18

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

<sup>60</sup> Archivo "00f49ca9-1b40-417f-b2a9-0c578249872b.opus" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/01\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ/files/Audio/ 00f49ca9-1b40-417f-b2a9-0c578249872b.opus

<sup>61</sup> Archivo "94011ff5-2ceb-4b54-87bb-7f4f281997dd.opus" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/01\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ/files/Audio/ 94011ff5-2ceb-4b54-87bb-7f4f281997dd.opus

<sup>62</sup> Ibidem.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Contenido: Tuuuuuu tranquilo

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:48:28

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Yo no te conozco

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:48:31

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: no quiero que me hechen (sic)

(...)

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:48:42

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: de pronto ud ya los conoce

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:49:08

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Dame el resumen

(...)

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:50:35

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: ellos van por el Rubicon

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:51:24

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: 1. Gabriel Cetina [REDACTED] 2. Jairo Acuña: [REDACTED] 3. HDL Logistica, Hernan: [REDACTED]

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:51:40

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Porfa, mucha prudencia, yo veré don Fernando!! jejejeje

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:52:52

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: No se preocupe

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:53:10

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Y los demás lotes

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:54:30

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: ya le digo

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:57:07

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: yo veré don Fernando, hagan bien el negocio y no se vayan a pelear jejejeje

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:58:36

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *No quiero tener problemas con nadie jejeje*

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 15:00:26

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Desde que no le digas a nadie mas*

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 15:00:30

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Tranquilo".*

La anterior conversación muestra que **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** cumplió con su compromiso de suministrar información certera respecto a los participantes en los procesos de subasta en lo que participaría **FSG**. De hecho, nótese que no solamente dio a conocer el nombre de los participantes, sino que otorgó su número de contacto, toda vez que tenía pleno conocimiento de que, con dicha información, **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) buscaría materializar un acuerdo anticompetitivo. Tan es así, que le manifestó "yo veré don Fernando, hagan bien el negocio y no se vayan a pelear". Adicionalmente, reiteró su solicitud de tener "mucho prudencia" con la información suministrada, pues no quería "tener problemas con nadie" y evitar que me "hechen (sic)", lo cual no deja dudas de que tenía plena conciencia respecto a la confidencialidad de la información que estaba suministrando y que la misma no podía ser de conocimiento de los oferentes.

Incluso, existe en el Expediente una conversación de dos días antes del proceso de subasta acá analizado, esto es, el 26 de noviembre de 2018, la cual pone en evidencia que **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**), una vez obtenida la información, contactó efectivamente a sus competidores. De hecho, se evidencia que puso en conocimiento de **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** dicho contacto.

#### Chat No. 10: CONVERSACIÓN ENTRE **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**<sup>63</sup>

"Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:02:27

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Alejo Cetina ya tenía la información*

(...)

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:06:34

De **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *de mi parte nada, de pronto el no se habla con alguien de CISA?*

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:06:50

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: *Siii puede ser*

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:07:01

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *el a veces si intenta preguntarme,*

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:07:10

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

<sup>63</sup> Ibídem.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Esperemos que podamos hacer algo

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:07:11

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: que quienes estan? que cuantos hay? que tal cosa

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:07:37

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: pero yo le digo siempre que "jummm" que esa info no se sabe

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:07:54

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: pero de pronto si se habla con alguien de cisa

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:08:01

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: con Luz Marina o Gloria

(...)

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:08:46

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Lo importante es que se pueda hacer algo

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:09:05

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: si sr,

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:09:18

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: intentaron hablar respecto al negocio?

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:09:34

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Estamos en eso

(...)

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:12:53

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Dios quiera que lleguen a un buen acuerdo

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:13:04

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: con eso ganan todos jejejee

Chat Día / Hora: 26-Nov-2018 16:46:02

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Ganamos todos".

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

La anterior conversación permite observar el uso que le dio **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) a la información obtenida de los procesos de subasta en los que participaría. Además, deja claridad de que para ese momento se estaban adelantando las conversaciones con los demás oferentes para materializar el acuerdo anticompetitivo pues, como lo afirmó a **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN**, "*estamos en eso*".

Así las cosas, lo expuesto hasta este momento deja en clara evidencia que en el Expediente obran una serie de comunicaciones que configuran indicios fuertes respecto al acuerdo anticompetitivo que se materializó posteriormente en el marco del proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2018. Estos indicios fueron valorados en conjunto con otros elementos de prueba adicionales y que se vuelven a presentar a continuación, con lo cual se pudo dar cuenta de la efectiva configuración de un acuerdo anticompetitivo en el marco del proceso de subasta del lote 1 de la **DIAN** de **SANTA MARTA**, en los términos del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En primer lugar, obran en el Expediente pruebas respecto al registro de llamadas telefónicas sostenidas dos días antes de la subasta entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**<sup>64</sup>, por un lado, y entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** (representante legal de **HDL**)<sup>65</sup>, por el otro. Recuérdese que precisamente **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** había manifestado al representante legal de **FSG** que competiría con **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **HDL** por el lote analizado, e incluso le informó sobre sus números de celular.

Por este motivo, aunque este Despacho no cuenta con el conocimiento de lo dicho por los investigados en estas llamadas, lo cierto es que, valorando su ocurrencia a la luz de los demás elementos probatorios que obran en el Expediente, es posible concluir que en las mismas se acordó la participación de dichos oferentes en el proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2018, específicamente en el lote 1 de la **DIAN** de **SANTA MARTA**, en el cual registraban como competidores.

Además, según los registros de las llamadas previamente mencionadas, las comunicaciones con **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** tuvieron lugar a las 13:05:11 y 15:46:52<sup>66</sup>, y la llamada con **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** (representante legal de **HDL**) se realizó a las 15:43:52<sup>67</sup>. Lo anterior es relevante, pues como fue expuesto anteriormente, ese mismo día, unos minutos después, concretamente a las 16:02:27, **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) envió mensaje de texto vía *WhatsApp* a **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** en el que le manifestó que "*Cetina ya tenía la información*", lo que no deja ninguna duda de que en la comunicación telefónica entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** se conversó respecto a la participación coordinada de ambos proponentes en el proceso de selección objeto de investigación.

A su vez, respecto a **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** (representante legal de **HDL**), obra en el Expediente un elemento indiciario adicional, consistente en una certificación suscrita por el Banco Davivienda S.A. en la cual pone de presente la existencia de una transferencia bancaria por un valor

<sup>64</sup> Archivo "20342027--0012500003E.xlsx." disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVII/Archivo 1/DATOS/20342027--0012500003E.xlsx.; y archivo "20342027--0012500015E.xlsx." disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVII/Archivo 7/DATOS/20342027--0012500015E.xlsx.

<sup>65</sup> Archivo "20342027--0012500015E.xlsx." disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVII/Archivo 7/DATOS/20342027--0012500015E.xlsx.

<sup>66</sup> Archivo "20342027--0012500003E.xlsx." disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVII/Archivo 1/DATOS/20342027--0012500003E.xlsx.; y archivo "20342027--0012500015E.xlsx." disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVII/Archivo 7/DATOS/20342027--0012500015E.xlsx.

<sup>67</sup> Archivo "20342027--0012500015E.xlsx." disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVII/Archivo 7/DATOS/20342027--0012500015E.xlsx.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

de tres millones quinientos mil pesos (COP\$3.500.000) a favor de este último y realizada precisamente por **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) el 29 de noviembre de 2018, esto es, el día siguiente a la adjudicación del lote 1 de la **DIAN** en **SANTA MARTA**<sup>68</sup>. Para el Despacho, esta situación, valorada en conjunto con los demás elementos probatorios, no deja dudas de que se trató de un pago como contraprestación a favor de **HDL** y su representante legal en virtud del acuerdo anticompetitivo.

Incluso, haciendo una valoración completa de todos los elementos de prueba obrantes en el Expediente, es posible concluir que este tipo de transferencia era una práctica que frecuentaba **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) para asegurar la participación de sus competidores en los acuerdos anticompetitivos. Al respecto, no sobra recordar que en el análisis hecho respecto al acuerdo que tuvo lugar en el proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2017 (ver acápite 4.2.3.2. de la presente Resolución) **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** hizo un pago similar en favor de **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** para garantizar la participación de la esposa de este último en un acuerdo anticompetitivo. Por este motivo, la transferencia hecha a favor de **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE** (representante legal de **HDL**) y que fue mencionada en el párrafo anterior, es un claro indicio de la existencia de un comportamiento coordinado entre los competidores.

Finalmente, respecto a la participación de **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** en el acuerdo colusorio, este Despacho presentó una serie de elementos adicionales. Así, se mostró el registro de una llamada telefónica entre este último y **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**, quien como ya se evidenció, hacía parte de la conducta anticompetitiva. Dicha comunicación tuvo lugar el 28 de noviembre de 2018, esto es, el día de la subasta, y, además, durante el transcurso de esta<sup>69</sup>. Además, el comportamiento de **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** en la subasta analizada se presenta como indicio adicional de su participación en la conducta anticompetitiva sancionada.

Ahora, aunque a lo largo de la actuación **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** entregó una serie de explicaciones encaminadas a desmentir su participación en un comportamiento colusorio, la realidad es que, valorados sus argumentos por este Despacho a la luz de los demás elementos de prueba, no se encontraron suficientes ni razonables. Por el contrario, algunos de los argumentos presentados por **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** tenían la intención de hacer caer en error a esta Autoridad.

En primer lugar, manifestó que su decisión de no realizar lances correspondía a que carecía de fondos suficientes para hacerlos. No obstante, esta situación queda en duda, pues como fue demostrado por la Delegatura y puesto de presente en la Resolución Sancionatoria, además de que se había inscrito en la subasta, para el momento de esta el investigado contaba con solvencia económica suficiente para participar y adquirir el bien<sup>70</sup>.

En segundo lugar, **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** afirmó que no se le puede juzgar por no haber realizado lances en este proceso, pues no existía una obligación de hacerlo. Al respecto, si bien este Despacho reconoce que no es obligación que un oferente realice lances en un proceso en el cual se inscribió, lo cierto es que el comportamiento histórico de este investigado en los demás procesos de subasta muestra que, normalmente, en los procesos en los que se registraba y hacía

<sup>68</sup> Archivo "20-342027-0009100002.pdf" disponible en el consecutivo 20-342027-91 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico.

<sup>69</sup> A las 8:39:52 a.m. Radicado No. 20-342027-212, 3. IMG\_EVI, Archivo 6, DATOS, 20342027--0012500013E.xlsx., del cuaderno reservado general electrónico.

<sup>70</sup> Archivo "20342027--0017200006E.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVI/Archivo 10/DATOS/20342027--0017200006E.pdf; Archivo "20342027--0017200007E.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVI/Archivo 11/DATOS/20342027--0017200007E.pdf; y Archivo "20342027--0017200008E.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-212 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Electrónico. Ruta: 20-342027-212/3. IMG\_EVI/Archivo 12/DATOS/20342027--0017200008E.pdf.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

el pago de la póliza de seriedad de la oferta, **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** presentaba lances y mostraba un comportamiento competitivo<sup>71</sup>, tal y como se muestra a continuación:

**Imagen No. 1: Comportamiento JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN en procesos de subastas**

Listado de Ofertas

Oferta	Empresa	Usuario	Valor	Propuesta	Fecha
1	REINERT MONTOYA LOPEZ	REINERT MONTOYA LOPEZ	41,800,000.00	1	2017-05-23 16:57:30 10889-05
2	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	41,500,000.00	1	2017-05-23 16:54:57.858467-05
3	REINERT MONTOYA LOPEZ	REINERT MONTOYA LOPEZ	41,100,000.00	1	2017-05-23 16:52:14.323076-05
4	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	40,800,000.00	1	2017-05-23 16:49:33.905002-05
5	REINERT MONTOYA LOPEZ	REINERT MONTOYA LOPEZ	40,300,000.00	1	2017-05-23 16:48:11.858544-05
6	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	40,000,000.00	1	2017-05-23 16:47:37.802536-05
7	REINERT MONTOYA LOPEZ	REINERT MONTOYA LOPEZ	39,500,000.00	1	2017-05-23 16:47:05.884348-05
8	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	39,000,000.00	1	2017-05-23 16:46:54.85769-05
9	REINERT MONTOYA LOPEZ	REINERT MONTOYA LOPEZ	38,500,000.00	1	2017-05-23 16:46:26.403241-05
10	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	38,000,000.00	1	2017-05-23 16:46:15.953944-05
11	REINERT MONTOYA LOPEZ	REINERT MONTOYA LOPEZ	37,500,000.00	1	2017-05-23 16:45:39.66040-05
12	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRAN	37,000,000.00	1	2017-05-23 16:45:21.53215-05

**Fuente:** Archivo "AUDITORIA PLATAFORMA.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-150 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-150/20342027—0015000013 RESPUESTA 1 SIC 19-48161—34/2017/1-may/ AUDITORIA PLATAFORMA.pdf

**ESPACIO EN BLANCO**

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Imagen No. 2: Comportamiento JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN en procesos de subastas****Listado de Ofertas**

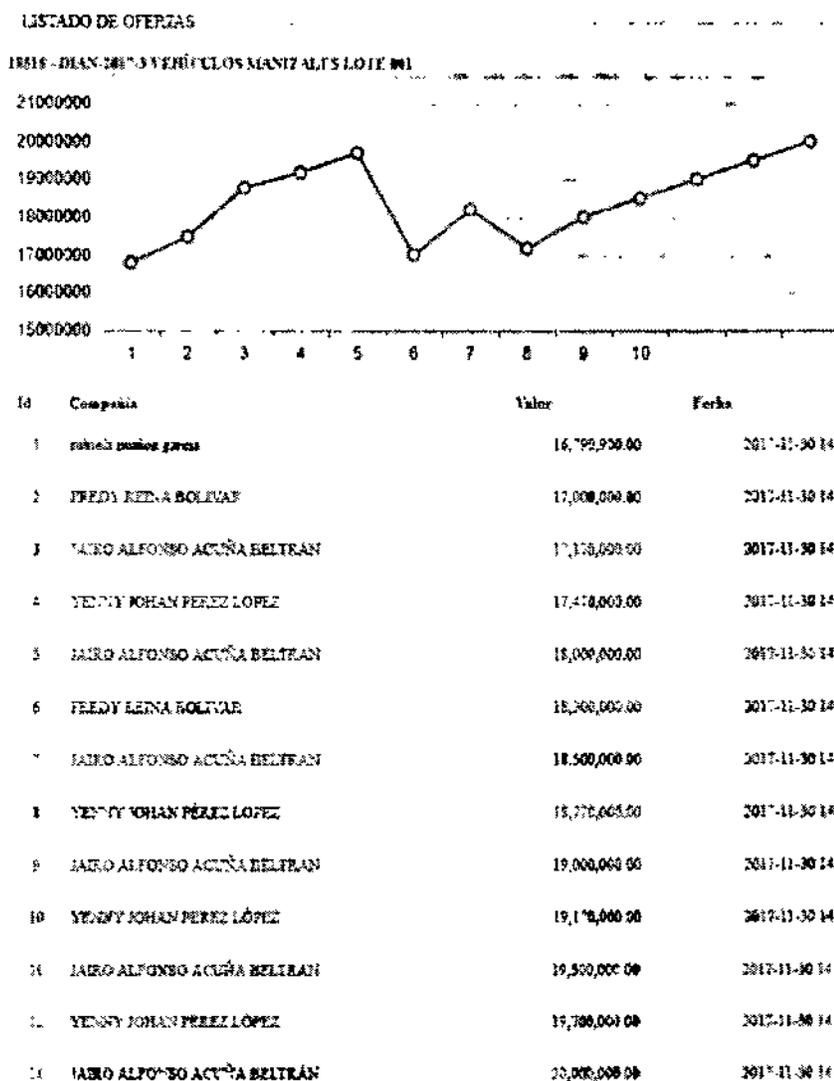
Ofería	Empresa	Usuario	Valor	Propuesta	Fecha
1	REBERT MONTOYA LOPEZ	REBERT MONTOYA LOPEZ	34,100,000.00	1	2017-05-23 17:22:14 321625-05
2	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	33,795,525.00	1	2017-05-23 17:21:45 748466-05
3	REBERT MONTOYA LOPEZ	REBERT MONTOYA LOPEZ	33,300,000.00	1	2017-05-23 17:21:16 452403-05
4	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	32,915,525.00	1	2017-05-23 17:19:02 797656-05
5	gabriel roberto cesina castro	Yenny Johan Pérez López	32,570,010.00	1	2017-05-23 17:13:35 037645-05
6	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	32,300,000.00	1	2017-05-23 17:17:50 650121-05
7	REBERT MONTOYA LOPEZ	REBERT MONTOYA LOPEZ	32,000,000.00	1	2017-05-23 17:17:38 658394-05
8	gabriel roberto cesina castro	Yenny Johan Pérez López	31,370,000.00	1	2017-05-23 17:16:28 939062-05
9	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	31,000,000.00	1	2017-05-23 17:18:04 220053-05
10	REBERT MONTOYA LOPEZ	REBERT MONTOYA LOPEZ	30,000,000.00	1	2017-05-23 17:15:44 785543-05
11	gabriel roberto cesina castro	Yenny Johan Pérez López	29,700,010.00	1	2017-05-23 17:15:33 218540-05
12	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN	29,300,000.00	1	2017-05-23 17:15:14 670540-05
13	gabriel roberto cesina castro	Yenny Johan Pérez López	28,770,000.00	1	2017-05-23 17:14:57 796703-05
14	REBERT MONTOYA LOPEZ	REBERT MONTOYA LOPEZ	28,500,000.00	1	2017-05-23 17:14:45 371100-05

Fuente: Archivo "AUDITORIA PLATAFORMA.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-150 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-150/20342027-0015000013 RESPUESTA 1 SIC 19-48161-34/2017/1-may/ AUDITORIA PLATAFORMA.pdf

# ESPACIO EN BLANCO

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

### Imagen No. 3: Comportamiento JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN en procesos de subastas



**Fuente:** Archivo "AUDITORIA PLATAFORMA.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-150 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-150/20342027-0015000013 RESPUESTA 1 SIC 19-48161-34/2017/3-NOV/ AUDITORIA PLATAFORMA.pdf

Como puede observarse, el comportamiento normal de **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** en los procesos de subasta en los que se registraba era agresivo en términos competitivos, lo que quiere decir que realizaba diferentes lances con el fin de resultar adjudicatario de los bienes por los cuales competía. Por este motivo, el hecho que precisamente en la subasta por el lote 1 de la **DIAN** en **SANTA MARTA**, en dónde se probó, a partir de un gran número de elementos indiciarios, la coordinación por parte de los demás competidores, que **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** no haya realizado ningún lance se muestra como un elemento adicional que soporta la conclusión de su participación en el acuerdo anticompetitivo materializado por los investigados.

En tercer lugar, **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** en su defensa afirmó que la llamada telefónica a la que se hizo referencia anteriormente, sostenida con **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**, se hizo desde un número de celular [REDACTED], el cual no estaba a nombre suyo. No obstante, este Despacho encontró suficientes elementos probatorios en el Expediente que dan cuenta que, a pesar de no estar registrado a su nombre como persona natural, dicha línea telefónica sí estaba vinculada con el sancionado. Así, por un lado, según información aportada al Expediente por el operador de telefonía móvil **CLARO**<sup>72</sup>, la línea telefónica en mención se encontraba, para la época de los hechos, a nombre de la sociedad **CENTRO COMERCIAL CARRERA VEINTE LTDA.** Esto es relevante, pues el Despacho recuerda que en su declaración del día 2 de octubre de 2020

<sup>72</sup> Archivo "20342024-0004700004.pdf" disponible en el consecutivo 20-342027-47 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

ante la Superintendencia de Industria y Comercio, **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** manifestó que trabajaba como administrador de dicha sociedad, como puede verse a continuación:

*"DELEGATURA: Su experiencia laboral..."*

**JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN:** *Pues yo nunca he laborado en empresas así, simplemente he trabajado particularmente.*

*DELEGATURA: Como comerciante nos comentaba.*

**JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN:** *Sí.*

*DELEGATURA: Correcto. ¿Alguna vez ha estado vinculado a alguna empresa? No le escuche bien la respuesta*

**JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN:** *He estado en el Centro Comercial Carrera Veinte, pero actuando como...cómo te dijera...como administrador del Centro Comercial, pero no laborando del ciento sino también desarrollando mi actividad al mismo tiempo"*<sup>73</sup>

Adicionalmente, debe resaltarse que en esa misma declaración del día 2 de octubre de 2020, **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** informó que su línea telefónica correspondía a la [REDACTED], línea que, según información aportada por el operador de telefonía móvil **CLARO**, también se encontraba a nombre de la sociedad **CENTRO COMERCIAL CARRERA VEINTE LTDA**<sup>74</sup>. Por esta razón, este Despacho encontró posible concluir que **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** tenía como costumbre no utilizar líneas telefónicas que se encontraran a su nombre, sino que estuvieran registradas a nombre de la sociedad **CENTRO COMERCIAL CARRERA VEINTE LTDA**, de la cual era administrador, por lo cual no se encuentra mérito en sus argumentos de defensa.

Así las cosas, este Despacho encontró suficientes elementos de prueba que, analizados en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permitieron concluir la existencia de un acuerdo anticompetitivo en el marco del proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2018, específicamente en la subasta del lote 1 de la **DIAN** en **SANTA MARTA**. Para esta Superintendencia, los múltiples elementos indiciarios que fueron valorados, lejos de configurar simples sospechas, se presentan precisamente como pruebas indirectas de la violación del régimen de libre competencia económica, máxime si se tiene en cuenta que, como obra en el Expediente, finalmente el comportamiento de los agentes involucrados fue coherente con la presencia de una coordinación anticompetitiva previa, toda vez que **HDL**, **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN** no realizaron lances, renunciando a competir y permitiendo que el lote le fuera adjudicado a **FSG**.

Por lo anterior, no existe mérito alguno en los argumentos de los recurrentes respecto a la interpretación de "meras sospechas" por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, pues, por el contrario, lo que se presentó en la Resolución Sancionatoria fue un ejercicio de valoración probatoria, de acuerdo a la normatividad vigente, que tuvo en cuenta tanto las pruebas directas como los elementos indiciarios y, a partir de hechos probados, demostró la existencia de una serie de acuerdos anticompetitivos que fueron sancionados.

De hecho, en el presente acápite se volvieron a presentar varios de los elementos de prueba que, de manera conjunta, permitieron evidenciar que entre **FSG**, **HDL**, **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN**, **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** se materializaron una serie de acuerdos colusorios en diferentes procesos de subasta adelantados por **CISA**, los cuales fueron sancionados a través de la Resolución No. 37344 de 2022.

<sup>73</sup> Declaración **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN**. Archivo "20-342027 AUDIENCIA No 2 (2020-10-02 at 08:00 GMT-7)" disponible en consecutivo 20-342027-64 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Min. 12:24.

<sup>74</sup> Archivo "20342024-0004700004.pdf" disponible en el consecutivo 20-342027-47 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

#### 4.2.4. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la falta de impacto de la conducta en el mercado

Algunos de los recurrentes manifestaron dentro de sus recursos de reposición que las conductas imputadas no tuvieron un impacto real en el mercado, por lo cual no podían ser objeto de sanción a la luz del régimen de libre competencia económica.

Al respecto, este Despacho debe reiterar lo dicho en Resolución Sancionatoria, en la cual se sancionó la violación al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, normas que reprochan la comisión de conductas que tengan por objeto o tiendan a limitar la libre competencia económica. En ese sentido, y como ha sido reiterado por esta Entidad<sup>75</sup>, en los casos de conductas anticompetitivas por su objeto, no es necesario que esta Superintendencia demuestre la existencia de efectos en el mercado para que dichas conductas puedan ser sancionadas.

Lo anterior tiene sustento en la doctrina internacional especializada, la cual ha reconocido que, si una conducta tiene, por su objeto, la potencialidad, idoneidad y capacidad de afectar la libre competencia, no hay necesidad que la autoridad de competencia se desgaste haciendo un análisis a profundidad sobre los efectos de la conducta<sup>76</sup>.

Ahora bien, respecto al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, los acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos, es importante precisar que esta norma trae consigo un reproche negativo de valor, lo que implica que el objeto o la idoneidad de las conductas que se encuadren en su descripción normativa para afectar la libre competencia está dada por ley<sup>77</sup>. Esto corresponde al hecho que este tipo de conductas tienen un alto grado de probabilidad de generar efectos anticompetitivos en el mercado, especialmente en lo relacionado con los precios, calidad y cantidad de los bienes ofrecidos, por lo cual sería redundante para la autoridad de competencia el demostrar los efectos de la conducta investigada<sup>78</sup>.

Por este motivo, respecto a los comportamientos que se encuadren dentro de la descripción de la norma en mención, corresponde a esta Superintendencia únicamente el demostrar la existencia de la conducta para que la misma ya sea reprochable desde el régimen de libre competencia económica.

Por lo anterior, este Despacho no encuentra sustento en el argumento de los recurrentes respecto a la falta de impacto o efecto en el mercado de los acuerdos colusorios evidenciados en la presente actuación administrativa, pues como ya fue dicho, su afectación a la libre competencia está dada por la ley y por el objeto mismo de los acuerdos, por lo cual el resultado de estos resulta irrelevante para el análisis de esta Superintendencia.

Ahora bien, con relación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, es claro que la redacción de dicha norma permite sancionar toda práctica, procedimiento o sistema que tienda o tenga el objeto de limitar la libre competencia económica. Sin embargo, al no establecer un listado de conductas que se consideren, por ley, anticompetitivas por su objeto, como sí lo hace el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio no solo evidenciar la comisión de la conducta, sino establecer su idoneidad para afectar la competencia. No obstante, nótese que lo anterior no es equivalente de ninguna manera a imponer la carga en la autoridad de

<sup>75</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 3150 de 2019.

<sup>76</sup> Bailey, David. *Common Market Law Review, Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600, 2012. UK. Pp. 566-567

<sup>77</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 1728 de 2019; Resolución No. 35082 de 2020; Resolución No. 42543 de 2020; entre otras.

<sup>78</sup> Corte de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 2 de abril de 2020. Caso C-228/18. "[C]ertain collusive behaviour, such as that leading to horizontal price-fixing by cartels, may be considered so likely to have negative effects, in particular on the price, quantity or quality of the goods and services, that it may be considered redundant, for the purposes of applying Article 101(1) TFEU, to prove that it has actual effects on the market. Experience shows that such behaviour leads to falls in production and price increases, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular, of consumers"

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

demostrar la ocurrencia de efectos reales en el mercado, pues como ya se mencionó, se trata del reproche de conductas que por su objeto afecten la libre competencia económica.

Así las cosas, para este Despacho, la idoneidad de la conducta sancionada en el presente caso por el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esto es, el intercambio de información privilegiada entre funcionarios de **CISA** y algunos de los oferentes en sus procesos de subasta, está dada toda vez que:

(i) Se desconocieron los principios de transparencia, publicidad y selección objetiva, que debían regir las subastas que adelantaba **CISA**;

(ii) Se desconoció la igualdad entre los participantes de las subastas objeto de investigación, porque no todos tenían acceso a la misma información, lo que resultó en una posición privilegiada a los agentes que sí la recibieron. Por este motivo, la conducta sancionada en el caso concreto se constituyó en una falla de mercado dado que las pujas realizadas por **FSG** no correspondían a un comportamiento realmente competitivo, sino a uno que daba cuenta de la mayor información que había obtenido dicho agente de mercado con respecto a los demás posibles oferentes. Esta materialización de una situación de información asimétrica e incompleta tuvo la potencialidad de afectar a los demás posibles participantes en las subastas objeto de investigación, quienes tomaban sus decisiones asumiendo la existencia de un proceso competitivo; y

(iii) Tal y como se dejó ver en la Resolución Sancionatoria, la obtención de información privilegiada por parte de **FSG**, a partir de la cual tuvo conocimiento que en diferentes oportunidades participaría solo en los procesos de subasta, tenía la potencialidad de afectar igualmente a las entidades vendedoras, quienes esperaban recibir el mejor precio posible por sus bienes a partir de un proceso competitivo. De hecho, como se dejó en evidencia en la Resolución Sancionatoria, en más de una oportunidad **FSG** resultó adjudicatario de los bienes subastados por el menor valor posible, correspondiente al precio base del producto, toda vez que, conociendo que no enfrentaría competencia, no tuvo la necesidad de realizar ofertas por un mayor valor.

Ejemplo de lo anterior es el proceso de subasta del 27 al 29 de agosto de 2018, específicamente por el lote 1 de la **DIAN** en **PEREIRA**, del cual **FSG** recibió confirmación de que no enfrentaría competencia alguna, como se ve a continuación:

**Chat No. 11: Conversación LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ entre el 24 y 27 de agosto de 2018**

*"Día/Hora: 24-Ago-2018 15:59:53*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Contenido: Información Pereira porfis*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:52:45*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: buenos días don fernando*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:53:41*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: lote 1,2,4 de pereira esta solo"<sup>79</sup>.*

<sup>79</sup> Archivo "forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cfdef\_20201204\_104955" disponible en cuaderno RESERVADO GENERAL del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/ forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cfdef\_20201204\_104955

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Como fue manifestado en la Resolución Sancionatoria, con dicha información **FSG** realizó una oferta por el valor base del bien, resultando adjudicatario del mismo<sup>80</sup>, generando así una afectación a la entidad vendedora. Lo anterior, pues de no haber tenido certeza de que no enfrentaría competencia alguna, lo natural es que **FSG** hubiera buscado realizar una oferta por un valor superior en aras de resultar vencedor del proceso de subasta.

Por este motivo, se deben rechazar de plano todos los argumentos presentados por los recurrentes con relación a la falta de prueba de un impacto de las conductas sancionadas en el mercado que permitiera establecer la ilegalidad de las mismas.

### 4.3. Argumentos individuales presentados por los recurrentes

#### 4.3.1. Argumentos presentados conjuntamente por FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ

##### 4.3.1.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta violación al principio de tipicidad

Para **FSG** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, la Superintendencia de Industria y Comercio quebrantó el principio de tipicidad en la sanción impuesta en el presente caso a los recurrentes por la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Lo anterior toda vez que, en su criterio, ni dicha norma, ni ninguna otra estipulación en el régimen de libre competencia económica, establece que el intercambio de información entre competidores configura una conducta anticompetitiva.

Al respecto, debe manifestarse que, como lo ha señalado abundante jurisprudencia sobre la materia<sup>81</sup>, uno de los elementos determinantes del Estado moderno es la sujeción de sus autoridades a los principios de tipicidad y legalidad. La idea de que el ejercicio del poder no puede corresponder a la voluntad particular de una persona, sino que debe obedecer al cumplimiento de normas previamente dictadas por los órganos de representación popular, es un componente axiológico de la Constitución Política de 1991, en la cual se define expresamente a Colombia como un Estado social de derecho (artículo 1) basado en el respeto de las libertades públicas y la defensa del interés general (artículo 2).

Sobre la importancia de los principios de tipicidad y legalidad en la formulación del Estado Social de Derecho, la Corte Constitucional ha señalado que su definición implica, entre muchas otras cosas, que la actuación de las autoridades públicas debe sujetarse a la prescripción legal. Este deber de sujeción implica que el comportamiento que despliegan los órganos del Estado para alcanzar sus fines debe sujetarse a las condiciones que para ello se hubieren establecido en las normas que disciplinan su actuación. Al respecto, el Consejo de Estado ha puntualizado que:

*"El principio de legalidad se ha establecido como uno de los más importantes instrumentos de garantía ciudadana, un verdadero límite a los poderes del Estado, y más aún frente al ejercicio del poder punitivo. **Es la propia Constitución Política -artículo 29- quien impone a las autoridades judiciales y administrativas realizar las actuaciones de conformidad con los principios del debido proceso, incluida la legalidad y tipicidad de las conductas.** Este precepto contiene un mandato claro: las autoridades -administrativas o judiciales- tienen la obligación de adelantar sus actuaciones conforme al principio de legalidad; más aún cuando se trata de la potestad sancionadora, como quiera que él es pilar fundamental del derecho sancionador del Estado"*<sup>82</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

<sup>80</sup> Archivo "Actas 55, 56,57,58 Y 59 LOTES 1, 5 Y 7.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-150 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-150/20342027—0015000013 RESPUESTA 1 SIC 19-48161—34/2018/4. SUBASTA AGOSTO/ACTA DE ADJUDICACIÓN/DIAN/Actas 55, 56,57,58 Y 59 LOTES 1, 5 Y 7 pdf.

<sup>81</sup> Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 19 de agosto de 2016. Rad. No.: 110010306000 2016 00128 00.

<sup>82</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 13 de noviembre de 2008. Rad. No. 680012331000 1996 02081 01.

“Por la cual se resuelven unos recursos de reposición”

Como puede apreciarse, desde la jurisprudencia administrativa y constitucional es incuestionable que los principios de legalidad y tipicidad de las conductas adquieren una mayor relevancia, y constituyen un pilar fundamental, cuando se trata de la potestad sancionadora del Estado. Sin que ello quiera decir que las garantías del debido proceso comportan un alcance idéntico en el ámbito judicial y el administrativo. En efecto, sobre el particular, la Corte Constitucional ha sido categórica en distinguir que:

***“La extensión de las garantías del debido proceso al ámbito administrativo no implica, sin embargo, que su alcance sea idéntico en la administración de justicia y en el ejercicio de la función pública. A pesar de la importancia que tiene para el orden constitucional la vigencia del debido proceso en todos los escenarios en los que el ciudadano puede ver afectados sus derechos por actuaciones públicas (sin importar de qué rama provienen), es necesario que la interpretación de las garantías que lo componen tome en consideración los principios que caracterizan cada escenario, así como las diferencias que existen entre ellos.”***<sup>83</sup> (Negrilla fuera texto original).

En tal medida, la extensión y aplicación de las diferentes garantías del debido proceso en el ejercicio de la función pública no es idéntica a la que se efectúa en el ámbito judicial. En las actuaciones administrativas ocurre bajo estándares más flexibles que permiten asegurar la eficiencia, eficacia, celeridad y economía por parte de la Administración.

Esta distinción es apenas lógica, en primer lugar, debido a que la actuación administrativa atañe al adecuado ejercicio de funciones públicas (artículos 29 y 209, Superiores) de diversa naturaleza para la satisfacción de los intereses de toda la comunidad, diferentes al ámbito judicial, como es el caso de las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política, el cual establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores. En segundo lugar, las actuaciones administrativas, si bien están revestidas de presunción de legalidad, son susceptibles de control ante la jurisdicción contencioso-administrativa —control posterior—, por el contrario, los procesos judiciales deben otorgar una respuesta definitiva a los conflictos sociales y después de surtidos los mecanismos de impugnación gozan del fenómeno de cosa juzgada.

Por lo anterior, la Corte Constitucional<sup>84</sup> ha puntualizado que no es posible realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al ámbito administrativo.

***“La imposibilidad de realizar una traslación mecánica de los contenidos del debido proceso judicial al debido proceso administrativo se fundamenta en que éste último se encuentra regido por una doble categoría de principios rectores de rango constitucional que el legislador debe tener en cuenta a la hora de diseñar los procedimientos administrativos, de un lado, las garantías adscritas al debido proceso y de otra, los principios que gobiernan el recto ejercicio de la función pública.”*** (Negrilla fuera texto original).

Así, los principios de legalidad y tipicidad, como garantías del debido proceso, han encontrado una interpretación diferente en el ejercicio de la función administrativa. Al respecto, la Corte Constitucional ha indicado que “[e]l principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se reclama con el mismo grado de rigor que se demanda en materia penal, en virtud de la divergencia en la naturaleza de las normas, el tipo de conductas reprochables, los bienes objeto de protección y la finalidad de la sanción. (...)”<sup>85</sup>.

<sup>83</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-034 de 2014.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-713 de 2012. Así mismo, en Sentencia C-860 de 2006, se consideró que: “(...) la flexibilidad que en esta materia adquieren los principios de legalidad y tipicidad como parte del derecho al debido proceso, no siendo exigible con tanta intensidad y rigor la descripción típica de las conductas y la sanción (...)”.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

En el contexto descrito, la jurisprudencia constitucional<sup>86</sup> ha considerado que "(...) *las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, **permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica.***" (Negrilla fuera texto original). Como se ha visto, es indiscutible la aplicación del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador. No obstante, su intensidad, rigor o graduación es distinta a la exigida en el ámbito judicial (i.e. materia penal) como consecuencia, entre otras razones, de la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias.

Bajo ese derrotero, debe recordarse que la infracción a la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, es una infracción que debe "(...) *ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece*", tal y como lo señaló la Corte Constitucional en Sentencia C-032 de 2017, constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos contractuales (i.e. *transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros*).

En ese orden de ideas, es menester reiterar que esta Superintendencia<sup>87</sup> y la propia Corte Constitucional<sup>88</sup> han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959: **(i) la 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.**

Así, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica, procedimiento o sistema que tienda restringir o limitar la libre competencia en un mercado<sup>89</sup>.

De esa forma, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende aquellas conductas que, aunque no están descritas en el Decreto 2153 de 1992 u otra norma especial, tienen la potencialidad de limitar la libre competencia. En otras palabras, es claro que la redacción de dicha norma permite sancionar toda práctica, procedimiento o sistema que tienda o tenga el objeto de limitar la libre competencia económica. Sin embargo, como ya fue mencionado, al no establecer un listado de conductas que se consideren, por ley, anticompetitivas por su objeto, corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio no solo evidenciar la comisión de la conducta, sino establecer su idoneidad para afectar la competencia, sin que esto equivalga a imponer la carga en la autoridad de demostrar la ocurrencia de efectos reales en el mercado, pues se trata del reproche de conductas que por su objeto afecten la libre competencia económica.

Por otro lado, es relevante anotar que la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017 declaró exequible la expresión "*y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*", contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Sobre el particular, en la referida providencia afirmó que no se está frente a un enunciado indeterminado o ambiguo.

"La Corte concluye que la prohibición demandada es exequible y que por lo mismo, no es violatoria del principio de tipicidad ni del debido proceso. Para el efecto afirma que no es

<sup>86</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017 y Sentencia C-921 de 2001. Así mismo, en Sentencia C-564 de 2000, se consideró que: "(...) *en suma, al principio de legalidad consagrado en la Carta Política se le atribuyen diferentes gradaciones dependiendo del tipo de derecho sancionador de que se trate. La tipicidad, como regla del debido proceso, tiene plena vigencia en el derecho administrativo sancionador pero con una intensidad diferente a la exigida en materia penal, por cuanto la naturaleza de las conductas reprimidas, los bienes jurídicos involucrados y la teleología de las facultades sancionatorias hacen posible una flexibilización razonable de la descripción típica.*"

<sup>87</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Entre otras, Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>88</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>89</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

*estaba frente a un enunciado indeterminado y ambiguo, sino frente a una prohibición general, que forma parte del "régimen general de la competencia", creado por el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, que es un subsistema particular, contenido dentro del sistema jurídico conformado por la Ley 155 de 1959, el Decreto ley 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009, el Decreto 3523 de 2009, el Decreto 1687 de 2010 y el Decreto 4886 de 2011, como normas básicas. Dentro de esta comprensión, la interpretación de las expresiones "y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia", debe ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece, como lo dispone el artículo 4 de la Ley 1340 de 2009, con lo cual se satisface el parámetro de control establecido por la Corte Constitucional para esa clase de enunciados".*

Ahora bien, hechas las anteriores precisiones, este Despacho debe reiterar, como lo hizo en la Resolución Sancionatoria, que, si bien el intercambio de información no se encuentra incluido en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 como una conducta que tenga, por ley, un objeto anticompetitivo, y que, además, se ha entendido que el mismo puede ser "benéfico para el mercado, dado que la información intercambiada permite corregir asimetrías de información para poder competir más eficientemente"<sup>90</sup>, lo cierto es que en ocasiones, y de cumplirse ciertos requisitos, dicho intercambio de información puede tener la potencialidad de generar efectos anticompetitivos, configurando una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia de acuerdo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Esto, toda vez que, debido a la relevancia de la información en el desarrollo competitivo de los mercados, el hecho que una empresa tenga acceso a información a la cual no tienen acceso los demás competidores y que resulta valiosa para competir y difícil de replicar, puede generar una ventaja competitiva y crear barreras de entrada al mercado<sup>91</sup>.

Como ejemplo de lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad nacional de competencia, ha considerado<sup>92</sup> que dentro de las prácticas más comunes que afectan la libre competencia en el marco de un proceso de selección pública se encuentra el intercambio de información entre funcionarios de la entidad contratante y los futuros proponentes. Este tipo de conductas, al otorgar ventajas a uno de los proponentes sobre los demás al obtener información de carácter reservada, contraría los principios de publicidad e igualdad, propios de la contratación pública, al igual que desalienta la participación de competidores en el proceso de selección, disminuye la confianza del público en los procesos de contratación y socava los beneficios de un mercado competitivo<sup>93</sup>.

De esta forma, en un reciente caso<sup>94</sup> se manifestó que en la estructuración de un proceso de contratación existe información que resulta ser confidencial dadas las siguientes particularidades: el momento en que es manejada por la entidad pública y su relevancia en la confección de los criterios de selección del que será el futuro contratista. Por este motivo, el acceso a dicha información debe darse en igualdad de condiciones para todas las personas interesadas en contratar y por los canales previstos en la ley, pues de lo contrario se estaría atribuyendo una ventaja competitiva frente a los demás interesados, situación que no solo sería contraria a los principios de igualdad, publicidad y selección objetiva de la contratación pública, sino que evidentemente materializaría una conducta contraria a la libre competencia económica<sup>95</sup>.

Igualmente, se puso de presente en la Resolución Sancionatoria que en el pasado se han delimitado una serie de criterios que, sin ser taxativos, pueden ser utilizados por la Autoridad para establecer

<sup>90</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. "Cartillas sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales". Disponible en: [https://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/CARTILLA\\_GREMIOS.pdf](https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf)

<sup>91</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 de 2019.

<sup>92</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 de 2019.

<sup>93</sup> OCDE. "Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia". 2014. Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/competition/2014\\_fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia\\_SPA.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/2014_fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf)

<sup>94</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 73079 de 2019.

<sup>95</sup> *Ibidem*.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

si determinada información tiene o no el carácter de confidencial a la luz del régimen de libre competencia, lo que impediría que la misma sea divulgada fraudulentamente y de forma desigual entre los participantes de un mercado, otorgando ventajas competitivas contrarias al régimen legal vigente.

Así, mediante la guía para la aplicación de las normas de competencia "frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios de profesionales" se establecieron los siguientes criterios para determinar si la información intercambiada entre agentes de mercado en el ejercicio de su derecho de asociación podía generar restricciones indebidas a la libre competencia o facilitar la colusión:

**a. La estructura del mercado en el que se lleva a cabo el intercambio de información**

*Hace referencia a la concentración del mercado. Entre más concentrado sea el mercado, mayor probabilidad de que el intercambio de información tenga efectos anticompetitivos en razón del número reducido de competidores, como en el caso de un oligopolio.*

**b. La naturaleza del producto sobre el cual se intercambia información**

*Tratándose de un producto homogéneo (es decir, productos que por regla general no son diferenciables, como el petróleo, el cemento o la soya) el intercambio de información de mercado hace más probable la homogeneización de comportamientos entre competidores, siendo más fácil la coordinación de voluntades entre ellos en este tipo de productos que en otros. Lo contrario sucede cuando se trata de productos diferenciados, pues es menos probable que el intercambio de información resulte en coordinación al interior del mercado. Lo cual no implica que no sea posible.*

**c. La clase y naturaleza de información intercambiada**

*El tipo de información intercambiada a través de la asociación es un aspecto crucial al momento de determinar si la conducta es restrictiva de la competencia o no. El intercambio de información relacionada con la naturaleza intrínseca del negocio, como precios, cantidades, estrategias comerciales, proyectos de inversión, entre otros, es proclive a afectar el mercado, al paso que la información que es de conocimiento público no resulta problemática para el régimen de competencia.*

**d. El nivel de detalle de la información compartida**

*Entre más detallada sea la información compartida en el marco de la asociación, habrá mayor probabilidad de que existan comportamientos colusorios o restrictivos de la competencia entre competidores. Lo anterior ocurre especialmente en los eventos en que la información que se comparte permite dar luces sobre la empresa o agente del mercado que dio origen a la misma.*

**e. El periodo de referencia de la información intercambiada**

*Mientras que el intercambio de información actual o proyectada a futuro tiene la potencialidad de afectar la libre competencia, el intercambio de información histórica de las compañías no es, por regla general, considerada sensible, en la medida en que pierde la capacidad de afectar las conductas futuras de los agentes. Lo anterior siempre que sea presentada de forma agregada.*

**f. La frecuencia con la que se lleva a cabo el intercambio de información**

*Entre más frecuente sea el intercambio de la información, mayor probabilidad habrá de que las compañías puedan adaptarse fácilmente a las estrategias de sus competidores y, en consecuencia, de que el intercambio afecte la competencia.*

**g. Los beneficiarios de los programas de intercambio de información**

*Entre mayores sean los destinatarios del intercambio de información, es menos probable que sean únicamente los competidores quienes se benefician de la información. Además,*

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

*si el intercambio de información únicamente se realiza entre los miembros de la asociación, es más probable que quienes se beneficien de este intercambio sean únicamente estos agentes, mientras que si se hace pública, los productores normalmente no podrán abusar del conocimiento que tienen del mercado*<sup>96</sup>.

Posteriormente, por medio de la Resolución No. 73079 de 2019, se establecieron tres (3) aspectos adicionales que, en criterio de esta Superintendencia, podrían ser relevantes para determinar el carácter confidencial de la información en el marco de un proceso contractual. Dichos criterios son: (i) el momento en que sucedió el intercambio de información; (ii) la naturaleza del cargo de las personas involucradas en el intercambio de información; y (iii) el contenido de la información, específicamente si la misma es acertada, específica y no es de conocimiento público a la fecha de su divulgación.

Finalmente, en una reciente decisión, la Superintendencia de Industria y Comercio manifestó que:

*"[Los] elementos que deben acreditarse para declarar que con el intercambio de información se generó una ventaja competitiva ilegítima a determinado agente, lo cual conlleva una distorsión en el mercado son: (i) que exista prueba del intercambio o el suministro y uso indebido de información de un competidor; (ii) que se tenga certeza de cuál fue la información y si esta tiene el carácter de sensible o reservada; (iii) que no exista ningún mecanismo público a través del cual se pueda acceder a dicha información; y (iv) que con dicha información el agente de mercado hubiese obtenido una ventaja competitiva en el mercado*<sup>97</sup>.

Así las cosas, lo que puede evidenciarse de lo anterior es que, lejos de haber establecido una serie de criterios taxativos y que deben estar presentes en todas las situaciones, esta Superintendencia ha manifestado que el intercambio de información entre agentes del mercado, o en este caso entre funcionarios de una entidad pública y participantes en sus procesos de selección, es contrario a la ley si dicha información, no estando a disposición de todos los participantes, otorga una ventaja exclusiva y anticompetitiva a su receptor. Para esto, se han delimitado algunos criterios que, de presentarse, permitirían a la Superintendencia de Industria y Comercio determinar el carácter ilegal de la información suministrada a la luz de las normas que protegen la libre competencia. Sin embargo, resulta obvio tener que aclarar que este análisis debe realizarse caso a caso, pues el carácter anticompetitivo que pueda tener un intercambio de información, en el marco del régimen de libre competencia económica, dependerá de las particularidades de cada caso.

Por lo anterior, no es posible establecer, como lo alegan los recurrentes, que se generó una violación al principio de tipicidad, toda vez que, si bien no existe norma expresa que establezca la ilegalidad *per se* del intercambio de información entre competidores, lo cierto es que la Autoridad de competencia ha logrado determinar que en ocasiones, dicho intercambio puede llegar a tener la potencialidad y la idoneidad de afectar la libre competencia económica, quedando así adecuada a la conducta anticompetitiva tipificada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

De hecho, en la presente actuación se pudo establecer que la potencialidad de la conducta sancionada para violar la competencia estuvo determinada en que, como se resaltó en la Resolución Sancionatoria, la subasta es un mecanismo de asignación de recursos que se caracteriza por ser un juego dinámico de información incompleta, donde la información de cada uno de los agentes partícipes es privada y las reglas de juego son, en principio, conocidas por todos los jugadores. En este orden de ideas, la conducta sancionada, por medio de la cual funcionarios vinculados a CISA suministraron información certera respecto al número de competidores en los procesos de subasta de interés de un proponente, tuvo la potencialidad de otorgar una ventaja anticompetitiva, distorsionando la naturaleza propia de un proceso de subasta, y permitiendo al receptor tomar decisiones con la tranquilidad de no estar soportando presiones competitivas, lo cual afectó las eficiencias del mercado.

<sup>96</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. "Cartilla sobre la aplicación de las normas de competencia frente a las asociaciones de empresas y asociaciones o colegios profesionales". Disponible en: [https://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/CARTILLA\\_GREMIOS.pdf](https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/CARTILLA_GREMIOS.pdf)

<sup>97</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28751 de 2020.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

#### 4.3.1.2. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la inexistencia de una conducta continuada encaminada a obtener información privilegiada

Para **FSG** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, la Superintendencia de Industria y Comercio cometió un error al tratar la conducta consistente en el intercambio de información privilegiada como un comportamiento continuado. Por este motivo, los recurrentes consideraron que, respecto a los procesos de subasta en dónde ocurrió un intercambio de información pero que tuvieron lugar en el 2016, operó la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Autoridad.

Sin embargo, este Despacho considera que los argumentos de los recurrentes no tienen mérito para prosperar. Lo anterior, toda vez que los elementos probatorios que obran en el Expediente y que fueron puestos de presente en la Resolución Sancionatoria, permitieron concluir que **FSG** mantuvo una conducta de carácter continuado, por medio de la cual buscó obtener información privilegiada por parte de funcionarios vinculados a **CISA** respecto a los procesos de subasta que eran de su interés, la cual le otorgó una posición privilegiada frente a los demás participantes.

Así, esta Superintendencia probó, a través de múltiples elementos de prueba, que **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) solicitaba reiteradamente información sobre el número de competidores que enfrentaría en los procesos de subasta que eran de su interés, obteniendo información certera al respecto por parte de **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** (profesional de gestión de **ARACNIASTUDIOS**), **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** (analista de bienes muebles y subastas de **CISA**) y **GLORIA INÉS CANO ROJAS** (analista de bienes muebles y subastas de **CISA**).

Esta situación permitió que **FSG**, teniendo certeza de que en algunos lotes no tendría que soportar presión competitiva, realizara ofertas equivalentes, o de un valor muy cercano, al precio base de los bienes subastados, afectando así el interés de las entidades públicas y del Estado de obtener el mejor precio posible, siendo este último el propósito principal de realizar las ventas a través del sistema de subasta, tal y como se desprende del "*Manual de Políticas de Compra y Administración de Bienes Muebles*" de **CISA**:

*"[la subasta] Es un mecanismo por el cual CISA (...) ofrece en venta los bienes muebles al público en general, con el propósito de permitir que a quien le asista interés presente su oferta y de forma activa y en línea haga lances tendientes a lograr **el mejor precio de los bienes susceptibles de venta**"<sup>98</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Ahora, respecto al carácter continuado de la conducta, el Consejo de Estado ha manifestado que:

*"Son conductas instantáneas aquellas que se agotan en un solo momento. De otro lado, **las de ejecución sucesiva, se prolongan en el tiempo, lo que significa que la comisión de la conducta objeto de investigación tiene el carácter de permanente o continuada**, de tal suerte que la facultad sancionatoria de la administración debe computarse a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución"<sup>99</sup>.*

De igual forma, esta Superintendencia ha resaltado en anteriores ocasiones<sup>100</sup> que la definición de conducta continuada permite identificar sus elementos constitutivos, a saber: (i) pluralidad de acciones u omisiones; (ii) unidad de intención; y (iii) identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable.

Ahora bien, en el presente caso este Despacho pudo evidenciar que, respecto al reproche hecho sobre la conducta violatoria del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, por la obtención de información privilegiada que le otorgó una ventaja anticompetitiva a uno de los proponentes, se cumplieron cada uno de los elementos mencionados.

<sup>98</sup> Archivo "20342027—0009300041.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-93 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>99</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera Sentencia 3 de diciembre de 2020. Radicado 2012-678-03

<sup>100</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26266 de 2019.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Así, respecto a la **pluralidad de acciones u omisiones**, es evidente que entre 2016 y 2018, **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) adelantó una serie de actividades, consistentes en contactar a los funcionarios vinculados a **CISA**, para que le otorgaran información privilegiada sobre los procesos de subasta, para, posteriormente, realizar las ofertas económicas con base en dicha información.

A modo de ejemplo, se vuelve a señalar lo ocurrido en el marco del proceso de subasta del 31 de octubre de 2016 (lotes 9 y 11 de la **DIAN** en **MEDELLÍN**), en donde se encontró en el Expediente una conversación entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) y **GLORIA INÉS CANO ROJAS** (analista de bienes muebles y subastas de **CISA**) del 27 de octubre de 2016, en la cual la funcionaria de **CISA** confirmó de manera expresa el número de competidores en los distintos lotes que serían subastados el 31 de octubre de 2016. En este orden, afirmó que únicamente para el lote 1 habría un competidor más, mientras que para todos los demás "está solo".

**Chat No. 12: Conversación entre GLORIA INÉS CANO ROJA y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ los días 27 y 28 de octubre de 2016**

*"Día/Hora: 27-Oct-2016 17:01:20*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Don Fernando en Medellín sólo para el lote 1 está con Hd logística – Hernán bulla*

*Día/Hora: 27-Oct-2016 17:01:48*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Para los otros está solo*

*Día/Hora: 27-Oct-2016 17:30:55*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Contenido: Ok"<sup>101</sup>*

De igual forma, respecto al proceso de subasta del 29 de noviembre al 1 de diciembre de 2016 (lotes 11 y 12 de la **DIAN** en **MEDELLÍN**) obra en el Expediente prueba de unas conversaciones de **GLORIA INÉS CANO ROJAS** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** entre el 25 de noviembre y el 1 de diciembre de 2016, respectivamente, en donde se evidencia, por un lado, el intercambio de información relevante respecto a los lotes mencionados, y, por el otro lado, la forma como **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** efectivamente organizó su estrategia de participación de acuerdo con la información que le fue suministrada por parte de las funcionarias de **CISA**. Lo anterior puede verse a continuación:

**Chat No. 13: Conversación GLORIA INÉS CANO ROJA y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ entre el 25 y el 1 de diciembre de 2016**

*"Día/Hora: 25-Nov-2016 17:46:27*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Don Fernando necesito con urgencia que nos diga por cuales lotes va a participar, tengo a mi jefe a mi lado verificando la información y tenemos que dejar un informe enviado hoy?*

*Día/Hora: 25-Nov-2016 18:18:53*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Contenido: Lotes 5, 8, 11 y 12*

*Día/Hora: 25-Nov-2016 18:19:21*

<sup>101</sup> Los errores de ortografía son propios del texto original.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Mil gracias

Día/Hora: 25-Nov-2016 18:19:48  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: De Medellín o Cartagena

Día/Hora: 25-Nov-2016 18:20:37  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Medellín

(...)

Día/Hora: 25-Nov-2016 18:34:29  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Muchos en los míos ??

Día/Hora: 25-Nov-2016 18:35:31  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Hasta ahora estamos viendo porque nos llegó auditoría

Día/Hora: 25-Nov-2016 18:39:56  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Ok

(...)

Día/Hora: 28-Nov-2016 18:37:07  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Glorieta buenas noches

Día/Hora: 28-Nov-2016 18:37:14  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Como estas

Día/Hora: 28-Nov-2016 18:37:26  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Ya todo organizado ??

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:23:01  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Hola don Fernando

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:23:26  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Si ya todo listo

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:23:30  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Para mañana

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:23:43  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Se puede saber algo ??

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:24:04  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Por la mañana temprano le cuento

(...)

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:24:29  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Nos tienen los ojos encima

(...)

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:24:54  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Te recomiendo Medellín

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:24:54  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Tenemos un auditor nuevo y es super cansón

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:25:14  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Nos están auditando todo

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:25:30  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Bueno yo le cuento mañana

Día/Hora: 28-Nov-2016 19:25:37  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Una foto Rápida y ya  
(...)

Día/Hora: 29-Nov-2016 11:34:03  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Hola glorita

Día/Hora: 29-Nov-2016 11:34:09  
De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Contenido: Como vas

Día/Hora: 29-Nov-2016 12:06:22  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**  
Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**  
Contenido: Estamos con lo de la subasta del oro

Día/Hora: 29-Nov-2016 12:06:36  
De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Pero ahorita bajo a mi puesto y le envío el dato

Día/Hora: 29-Nov-2016 12:06:54

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Lo tengo presente

Día/Hora: 29-Nov-2016 12:07:07

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Antes de las 2 le cuento

Día/Hora: 29-Nov-2016 12:11:25

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: Usted es un amor

(...)

Día/Hora: 29-Nov-2016 14:20:57

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Don Fernando le cuento

Día/Hora: 29-Nov-2016 14:22:28

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Para el lote 5; 3 más Para el 8; 1 más Para el 11; 1 más Para el 12: está solo

Día/Hora: 29-Nov-2016 15:28:39

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: Quienes ??

Día/Hora: 29-Nov-2016 15:28:51

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: Se puede saber

Día/Hora: 29-Nov-2016 15:29:11

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: Ayúdame con los nombres

Día/Hora: 29-Nov-2016 15:29:28

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: Porfa Glorita

Día/Hora: 29-Nov-2016 15:58:10

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: No don Fernando tengo gente a mi lado y como se cruzó con las joyas estamos con mi jefe y la auditoría encima

Día/Hora: 29-Nov-2016 15:58:27

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Le estoy enviando esto disimuladamente

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Día/Hora: 29-Nov-2016 16:01:07

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Glorita te recomiendo si puedes más tarde*

Día/Hora: 29-Nov-2016 16:01:14

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Se lo agrazo*

Día/Hora: 29-Nov-2016 17:42:52

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Porfis*

Día/Hora: 29-Nov-2016 19:25:55

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Como te fue Glorita*

Día/Hora: 29-Nov-2016 20:03:06

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Quienes están en el 5*

Día/Hora: 29-Nov-2016 20:03:54

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Ayúdame*

Día/Hora: 29-Nov-2016 20:29:11

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *Don Fernando todos los que están son nuevos*

Día/Hora: 29-Nov-2016 20:29:22

De: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: *Hay mucha gente nueva participando*

Día/Hora: 29-Nov-2016 21:32:23

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Me dijo Cetina que estaba en el 5, 8 y 11*

Día/Hora: 29-Nov-2016 21:32:47

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Quisiera saber los otros dos del cinco*

Día/Hora: 29-Nov-2016 21:34:28

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **GLORIA INÉS CANO ROJAS**

Contenido: *Ayúdame porfa*<sup>102</sup>

Igualmente, en el marco del proceso de subasta del 23 al 24 de mayo de 2017 (lotes 3, 4, 6 de la **DIAN** en **BOGOTÁ**; lote 2 de la **DIAN** en **PEREIRA**; y lotes 2, 5, 6, 7, 10, 13, 15 y 17 de la **DIAN** en **CALI**), obra en el Expediente una conversación entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

<sup>102</sup> Archivo "forensic\_4a163e38-6227-4d2e-a822-a8df2b29b777\_20201204\_104821.pdf" disponible en consecutivo 20-3420277-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/02\_GLORIA\_CANO\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

(representante legal de **FSG**) y **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** (analista de bienes muebles y subastas de **CISA**) iniciada el 15 de mayo de 2017 en la cual la funcionaria de **CISA** dio información sobre la competencia que enfrentaría **FSG** en los lotes acá analizados. Como se podrá ver a continuación, la información suministrada fue muy precisa respecto al número de participantes, incluso haciendo énfasis en aquellos procesos en los que no enfrentaría competencia.

**Chat No. 14: Conversación LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ entre el 15 y 16 de mayo de 2017**

*Día/Hora: 15-May-2017 17:00:55*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Para Pereira lote 2 no hay en el momento*

*Día/Hora: 15-May-2017 17:04:01*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Cali lote 2=5 lote 10=2 lote 6=0 lote7=0 lote 13=0 lote 17=5*

*Día/Hora: 15-May-2017 17:06:39*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Para cali 4,8,12,14 13 no hay. Oferentes*

*Día/Hora: 15-May-2017 17:07:06*

*De: FERNANDO SUÁREZ LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Contenido: Uyyyy mi bella necesito nombres*

*Día/Hora: 15-May-2017 17:07:16*

*De: FERNANDO SUÁREZ LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Contenido: Gracias*

*(...)*

*Día/Hora: 16-May-2017 19:47:58*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: buenas noches don Fernando mañana lo llamo no he terminado de identificar pagos*

*(...)*

*Día/Hora: 16-May-2017 20:50:14*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Bn se presentaros varios pero todavía nos falta identificar oferentes*

*Día/Hora: 16-May-2017 20:50:46*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Como pagaron la mayoría por PSE y nunca se había manejado*

*Día/Hora: 16-May-2017 20:51:18*

*De: FERNANDO SUÁREZ LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

*Contenido: Ok mañana te molesto*

*Día/Hora: 16-May-2017 20:51:32*

*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: Si señor<sup>103</sup>

Nótese que de la conversación transcrita no solo se evidencia la claridad de la información que le era suministrada a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** con anterioridad al proceso de subasta, sino que además es posible observar que la funcionaria de **CISA** incluso esperaba a confirmar los datos suministrados una vez tuviera conocimiento de cuáles eran los proponentes que efectivamente habían pagado la póliza de seriedad de la oferta, lo que daba total certeza sobre la información suministrada.

Ahora, con relación al proceso de subasta del 27 al 29 de agosto de 2018 (lotes 1, 2, 4 y 6 de la **DIAN** en **PEREIRA**) este Despacho resaltó que obra en el Expediente una conversación entre **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** (analista de bienes muebles y subastas de **CISA**) y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) entre el 24 y 27 de agosto de 2018, en la cual este último solicitó información respecto a este proceso de selección. Como en oportunidades anteriores, la funcionaria de **CISA** le indicó a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, de manera puntual y certera, que no enfrentaría competencia en los lotes mencionados, como se ve a continuación:

**Chat No. 15: Conversación LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ entre el 24 y 27 de agosto de 2018**

*Día/Hora: 24-Ago-2018 15:59:53*

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

Contenido: Información Pereira porfis

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:52:45*

De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: buenos días don fernando

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:53:41*

De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: lote 1,2,4 de pereira esta solo

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:54:07*

De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: el lote 6 tambien esta solo

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:55:48*

De: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: y el lote 5 estas con una persona

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:58:17*

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**

Contenido: Divina mi bella Gracias<sup>104</sup>.

Finalmente, respecto al proceso de Subasta del 28 al 30 de noviembre de 2018 (lote 2 de la **DIAN** en **SANTA MARTA** y lotes 7 y 10 de la **DIAN** en **BUENAVENTURA**) existe una conversación vía *WhatsApp* el 20 de noviembre de 2018 en la que **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN**

<sup>103</sup> Archivo "forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cfdef\_20201204\_104955" disponible en cuaderno RESERVADO GENERAL del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/ forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cfdef\_20201204\_104955

<sup>104</sup> Archivo "forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cfdef\_20201204\_104955" disponible en cuaderno RESERVADO GENERAL del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/ forensic\_09d255ef-fefe-4251-840d-b797051cfdef\_20201204\_104955

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

(profesional de gestión de **ARACNIASTUDIOS**) informó a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) el nombre de las personas que estaban interesadas en participar en los lotes acá estudiados:

**Chat No. 16: Conversación entre LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ el 20 de noviembre de 2018**

*Día / Hora: 20-Nov-2018 09:59:03*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Contenido: Se sabe algo ??*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:02:56*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: mas o menos jejeje*

*(...)*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:07:41*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: por el Mercedez hay 4 personas*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:07:45*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: falta ver cuantas personas pagan*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:08:09*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: y por las motos si esta acompañado de dos personas mas*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:15:00*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: pero le puede hacer a otro lote de motos que este sin oferentes*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:24:56*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Contenido: Tiene nombres ??*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:25:49*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: si sr.*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:26:05*

*De: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: pero porfa.... precaución con esta información*

*(...)*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:27:51*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN*

*Contenido: Tuuuuu tranquilo*

*Día / Hora: 20-Nov-2018 10:34:09*

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: en cual lote?

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:34:47

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: en todos?

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:35:16

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Sí obvio

(...)

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:38:42

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: por el mercedez, esta con Homero Valencia, Gabriel Cetina, Jairo Acuña

Día / Hora: 20-Nov-2018 10:40:07

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: por las motos, lote 10 esta con Gabriel cetina y Rodrigo Hinestroza

Día / Hora: 20-Nov-2018 11:03:39

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Y el lote 7 de motos ??

(...)

Día / Hora: 20-Nov-2018 11:05:53

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: esta con el sr. Gabriel Cetina<sup>105</sup>.

La anterior conversación no solo pone en evidencia que **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** (profesional de gestión de **ARACNIASTUDIOS**) compartía información privilegiada con **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) respecto a los procesos de subasta de su interés, sino que además deja claro el conocimiento que tenían de que dicha información no debía ser compartida con los futuros oferentes. De lo anterior dan cuenta las constantes solicitudes de **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** de tener "precaución" con la información suministrada.

Así, es evidente que, entre 2016 y 2018, existieron una serie de conductas por medio de las cuales uno de los proponentes en los procesos de subasta de **CISA** obtuvo información privilegiada sobre el número de participantes que se presentarían en los procesos de su interés, lo cual le otorgaba una ventaja anticompetitiva.

Ahora bien, respecto al elemento de **unidad de intención** que debe estar presente en una conducta continuada, las mismas conversaciones que fueron presentadas anteriormente, y que fueron igualmente resaltadas de manera clara en la Resolución Sancionatoria, no dejan dudas de que todas y cada una de las comunicaciones entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) y los funcionarios vinculados a **CISA** sancionados, estuvieron orientados a otorgar una ventaja a **FSG** en el marco de las subastas, de forma que, teniendo total certeza de si enfrentaría o

<sup>105</sup> Archivo "forensic\_8411113<sup>a</sup>-fecf-4070-a842-a41238c9a136\_20201207\_1303489" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/0a\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

no presión competitiva, pudiera establecer su estrategia al momento de ofertar. Tan es así, que incluso los funcionarios de CISA, reconociendo el carácter confidencial de la información, en repetidas ocasiones le manifestaron que la misma le estaba siendo remitida "disimuladamente" y que se tuviera "precaución" con su divulgación.

Una vez más, esta situación puede observarse en las comunicaciones analizadas en la Resolución Sancionatoria, en las cuales se pudo establecer que el mismo **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** reconocía el beneficio que obtenía de la información que le era suministrada por las funcionarias de CISA y que, a su vez, estas últimas tenían claro que al otorgar dicha información estaban privilegiando a un participante en los procesos de subasta, al punto que, como puede verse en la comunicación que se transcribe a continuación, **GLORIA INÉS CANO ROJAS** le manifestó en algunas ocasiones al representante legal de FSG que "está hecho con nosotras", reconociendo el valor de la información que le suministraban.

**Chat No. 17: Conversación FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ y GLORIA INÉS CANO ROJAS  
el 27 de agosto de 2018**

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:34:22*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Don Fernando, como les fue con la visita?*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:39:01*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Contenido: Glorieta gracias súper*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:40:01*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Bueno?*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:40:43*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Contenido: Me lo puedes adjudicar ya si quieres*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:40:52*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: jajajaja*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:40:59*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Igualmente ya les quedó*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:41:09*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Está hecho con nosotras*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:41:19*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Contenido: jajajsa*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:41:33*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

*Contenido: En esta si*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:42:02*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: En todas*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:42:26*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Contenido: No siempre se está solo*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:43:09*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Pero esta vez le fue demasiado bien*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:43:45*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Contenido: Y ustedes también*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:44:18*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Sí??*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:44:30*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Contenido: Gracias glorita por ser tan especial conmigo*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 16:44:42*

*De: GLORIA INÉS CANO ROJAS*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Con gusto don Fernando"<sup>106</sup>.*

En este sentido, no hay duda de que las constantes comunicaciones entre los funcionarios vinculados a **CISA** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**), tenían la única intención común de beneficiar a este último en los procesos de subasta donde mostrara interés.

Finalmente, respecto al criterio de **identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable**, en la presente actuación administrativa, es evidente que el intercambio de información, en lo que respecta a los procesos en donde se materializó la violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, otorgó efectivamente una ventaja competitiva a la empresa representada por **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** con respecto a los demás participantes, pues le permitió a este último eliminar todo nivel de incertidumbre, natural de un proceso de subasta, respecto a las presiones competitivas que pudiera enfrentar, teniendo así la posibilidad de estructurar su estrategia competitiva y obtener una ventaja de la misma. A la anterior conclusión se llegó teniendo en cuenta algunos de los factores mencionados anteriormente, que han sido resaltados por esta Autoridad como relevantes para determinar la ilegalidad del intercambio de información tales como la estructura del mercado, la naturaleza de la información, el nivel de detalle de esta, la frecuencia con que se intercambió, etc.

<sup>106</sup> Archivo "forensic\_4a163e38-6227-4d2e-a822-a8df2b29bf77\_20201204\_104821.pdf" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/02\_GLORIA\_CANO\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Así, se encontró que la información objeto de investigación era: (i) confidencial, pues los interesados en los diferentes procesos de subasta no tenían forma de acceder a ella; (ii) hacía referencia a situaciones futuras, no relacionada con datos históricos de los procesos de subasta; (iii) puesta en conocimiento del representante legal de FSG días antes de que se realizaran los procesos de subasta, de forma que este último pudiera procesarla y tomar decisiones con base en ella; y (iv) precisa y desagregada, pues como se pudo evidenciar, a FERNANDO SUÁREZ GONZALEZ (representante legal de FSG) los funcionarios de CISA le daban un reporte preliminar, previo a que los demás proponentes presentaran el pago de la póliza de seriedad de la oferta, que posteriormente era confirmado una vez se tuviera conocimiento de los participantes finales.

De esta forma, no queda duda que, de acuerdo con lo acá relatado, en el presente caso existió un comportamiento que contó con una pluralidad de acciones entre 2016 y 2018, con unidad de intención y que guardaron identidad con los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. Por este motivo, los argumentos encaminados a demostrar la inexistencia de una conducta continuada respecto a la imputación y sanción por la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 sobre los procesos de subasta que tuvieron lugar entre 2016 y 2018, no tienen mérito de prosperar.

#### 4.3.1.3 Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta violación al principio del "Non bis in idem"

FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ manifestaron que en el presente caso se cometió una violación al principio del "Non bis in idem" pues la sanción impuesta a los recurrentes por el intercambio de información estuvo soportada en los mismos hechos y las mismas pruebas en que se basó la sanción por la violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Al respecto, debe señalarse que el principio del "Non bis in idem" se encuentra previsto en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos<sup>107</sup> y en la misma Constitución Política<sup>108</sup> de Colombia. En virtud de esa garantía, existe una prohibición de doble incriminación, doble juzgamiento y doble sanción por un mismo hecho o circunstancia. Además, es relevante mencionar que el referido principio no es exclusivo del ámbito penal, sino que es extensivo al derecho administrativo sancionatorio<sup>109</sup>, lo que incluye los procedimientos administrativos que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio.

Sin embargo, como ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia de las altas Cortes, esta prohibición no impide que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diferentes investigaciones y sanciones<sup>110</sup>, siempre y cuando cada una de estas atiendan a los siguientes criterios: (i) que la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) que las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; y (iii) que los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades. Precisamente, en ocasiones anteriores, este aspecto ha sido precisado por la Superintendencia de Industria y Comercio al señalar que debe revisarse en cada caso "(...) que el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto, sujetos, acciones, fundamento normativo, alcance y finalidad"<sup>111</sup> (Subraya fuera del texto original).

Por su parte, la Corte Constitucional, en Sentencia C-096 de 1993, sostuvo que:

*"Para que se vulnere el principio de Non bis in ídem previsto en el artículo 29 de la Carta, debe existir identidad de causa, el objeto y la persona a la cual se hace la imputación".*

<sup>107</sup> Art. 8-4 de la Convención Americana de Derechos Humanos: "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos" y el Art. 14-7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

<sup>108</sup> Constitución Política de Colombia. Artículo 29: "(...) Quien sea sindicado tiene derecho a (...) no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

<sup>109</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-162 de 1998.

<sup>110</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2002.

<sup>111</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Posteriormente, en Sentencia C-088 de 2002, el máximo tribunal en materia constitucional también manifestó:

*"Esta Corte ha precisado que **el non bis in idem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos y finalidad y alcances de la sanción**"<sup>112</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Igualmente, en el año 2006, la misma Corte volvió a reiterar que:

*"Del anterior recuento, es claro que el principio de non bis in idem tiene un ámbito de aplicación restringido, esto es, en materia sancionatoria, así mismo que para que se pueda entender vulnerado dicho principio debe haber identidad de sujetos, **fundamentos normativos, finalidad y alcances de las acciones que se examinen**" (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Finalmente, en Sentencia C-478 de 2007, la Corte Constitucional concluyó lo siguiente:

*"Al respecto, ha dejado claro la Corporación que lo que se busca impedir con la aplicación de dicho principio, es que se presente una doble sanción, en los casos en que hay **identidad de sujetos, acciones y fundamentos normativos**, y las sanciones de que se trate persigan una misma finalidad y tengan los mismos alcances*

(...)

*A manera de conclusión, esta Corporación ha considerado que es posible juzgar y sancionar un mismo comportamiento en los siguientes casos: (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) cuando las investigaciones y **las sanciones tengan distintos fundamentos normativos**; (iii) cuando los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto y sujetos" (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

En este orden de ideas, para este Despacho es evidente que en esta actuación no se presentó una violación al principio del "Non bis in idem" con respecto a las sanciones impuestas a **FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**. Esto, toda vez que las imputaciones y sanciones impuestas a los recurrentes se sustentaron en distintos fundamentos normativos, diferentes acciones de los sancionados y con elementos de prueba independientes para cada sanción.

En este sentido, en relación con la imputación y la sanción correspondiente al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el reproche hecho a **FSG** fue su participación en una serie de acuerdos anticompetitivos, por medio de los cuales falsearon la competencia que debía regir en un número de procesos de selección adelantados por **CISA**. Por su parte, respecto a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**), el reproche y la sanción correspondió a que ejecutó dicho comportamiento, contactando a sus competidores y acordando la participación en una serie de subastas. De hecho, en la Resolución Sancionatoria este Despacho fue totalmente claro respecto a qué era lo que se estaba investigando y sancionando con relación a esta imputación:

*"En este orden de ideas, debe haber claridad en que el reproche en el presente caso, respecto a la violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, consiste en que, como será expuesto más adelante, los investigados participaron en diferentes procesos de subasta de manera coordinada, eliminando la competencia entre sí y reemplazándola por una conducta colusoria por medio de la cual acordaron de manera previa o durante cada proceso la forma como se comportaría cada uno"<sup>113</sup>.*

Nótese que los principales elementos de prueba que fueron utilizados para sancionar a los recurrentes con relación al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 fueron, entre otros, las comunicaciones sostenidas vía *WhatsApp* y telefónicamente con sus competidores, por ejemplo la presentada en la Resolución Sancionatoria entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y **GABRIEL**

<sup>112</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2002.

<sup>113</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 37344 de 2022 (Resolución Sancionatoria)

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**ROBERTO CETINA CASTRO** el 29 de noviembre de 2017, en el marco del proceso de subasta del 28 al 30 de noviembre de 2017 (lote 1 de la **DIAN** en **BOGOTÁ** y lote 1 de la **DIAN** en Manizales), la cual acredita explícitamente la existencia de un acuerdo anticompetitivo en los términos de la norma imputada:

**Chat No. 18: Conversación FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ y GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO el 29 de noviembre de 2017**

*Día/Hora: 29-Nov-2017 17:16:24*

*De: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Contenido: Ok fercho ya sabe yo me desapareco (sic) en el lote # 1 Y usted en el de la gran vitara*

*Día/Hora: 29-Nov-2017 17:19:27*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO*

*Contenido: Que sí<sup>114</sup>.*

De igual forma, en el análisis hecho por parte del Despacho respecto a la violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se expusieron, como elementos probatorios de carácter indiciario, las comunicaciones entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y los funcionarios de **CISA**. Sin embargo, respecto a este cargo, únicamente se resaltaron los apartes de dichas comunicaciones que hacían referencia a los acuerdos anticompetitivos que se materializaron en una serie de procesos de subasta. Ejemplo de lo anterior es la comunicación entre **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** el 27 de agosto de 2018, en el marco del proceso de subasta del 27 al 29 de agosto de 2018 (lote 5 de la **DIAN** en **PEREIRA**), en la que se deja en evidencia que el representante legal de **FSG** buscaba obtener información respecto a la participación de su "amigo" en el proceso de subasta, con el fin de lograr materializar el posterior acuerdo anticompetitivo:

**Chat No. 19: Conversación FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN el 27 de agosto de 2018**

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:58:35*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN*

*Contenido: El 5 con quien*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:58:40*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN*

*Contenido: Cetina??*

*(...)*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 09:04:22*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN*

*Contenido: No me respondiste*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 09:04:33*

*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*

*Para: LUZ MARINA JIMPENEZ MARTIN*

*Contenido: Dime si es nuestro amigo"*

<sup>114</sup> Archivo "forensic\_2680<sup>a</sup>4b5-1c5e-4037-a202-dfc31ac232a3\_20201204\_105141" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/04\_GABRIEL\_CETINA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Otro ejemplo es la comunicación entre **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** y **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, data del 23 de noviembre de 2018, que fue presentada en la Resolución Sancionatoria, y que mostró que el representante legal de **FSG** buscaba información sobre sus competidores, con el fin de materializar un acuerdo anticompetitivo, situación que además era de conocimiento del funcionario vinculado a **CISA**, como se ve a continuación:

**Chat No. 20: CONVERSACIÓN ENTRE LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ el 23 de noviembre de 2018**

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:49:08

De: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Para: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Contenido: Dame el resumen

(...)

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:50:35

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: ellos van por el Rubicon

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:51:24

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: 1. Gabriel Cetina [REDACTED] 2. Jairo Acuña: [REDACTED] 3. HDL Logistica, Hernan: [REDACTED]

(...)

Chat Día / Hora: 23-Nov-2018 14:57:07

De: **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUIN**

Para: **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Contenido: yo veré don Fernando, hagan bien el negocio y no se vayan a pelear jejejeje"<sup>115</sup>

Nótese que los diferentes elementos de prueba que fueron presentados, que solo representan algunos ejemplos de los múltiples que fueron resaltados en la Resolución Sancionatoria respecto a la violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, demuestran la existencia de una serie de acuerdos anticompetitivos en los procesos de subasta de **CISA** y la participación en los mismos de los recurrentes.

De hecho, es importante mencionar que la sanción impuesta a **FSG** respecto a su participación en los diferentes acuerdos anticompetitivos, hubiera tenido lugar incluso de no haberse contado con las pruebas indiciarias que mostraron que **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** había obtenido los contactos de sus competidores de parte de los funcionarios vinculados a **CISA**. Esto, toda vez que la norma sancionada, como se dijo en la Resolución Sancionatoria, reprocha que dos (2) o más proponentes en un proceso de selección actúen de manera coordinada, materializando un acuerdo que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación. Por este motivo, las pruebas relacionadas con las comunicaciones y contactos entre los proponentes, las llamadas telefónicas, el evidente comportamiento coordinado en el marco de las subastas y demás, hubieran sido suficientes para imponer las sanciones por la vulneración del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Pruebas que, sobra mencionar, no fueron utilizadas para la sanción impuesta por la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, la cual, como se verá a continuación, recayó en acciones distintas, por la vulneración de diferentes normativas y basada en otros elementos de prueba.

<sup>115</sup> Archivo "00f49ca9-1b40-417f-b2a9-0c578249872b.opus" disponible en consecutivo 20-342027-206 del cuaderno RESERVADO GENERAL ELECTRÓNICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027-206/IMAGEN DERIVADA PATHFINDER 20-342027 CISA/DATOS/01\_ALEJANDRO\_CISA\_Y\_FERNANDO\_SUAREZ/files/Audio/ 00f49ca9-1b40-417f-b2a9-0c578249872b.opus.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

En este sentido, y en relación con la imputación y sanción a los recurrentes por la violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en la misma Resolución Sancionatoria se dejó claridad respecto a que las mismas, lejos de corresponder a la existencia de una serie de acuerdos anticompetitivos, hicieron referencia al hecho de que **FSG**, en procesos de subasta distintos a aquellos en donde materializó acuerdos colusorios, recibió "información a la que no tuvieron acceso otros oferentes, de parte de los funcionarios vinculados a **CISA**, relacionada con el número de participantes en las subastas de algunos lotes que eran de su interés".

Así, esta Superintendencia presentó suficientes elementos de prueba respecto a la forma como **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) obtuvo información privilegiada de los procesos de subasta, la cual le permitió tener claridad sobre si enfrentaría competencia o no en los mismos, eliminando todo nivel de incertidumbre propio de las subastas. Esta conducta se materializó en los siguientes casos:

**Tabla No. 1: Procesos de subasta dónde se materializó la conducta de intercambio de información**

No	SUBASTA	No. LOTE
1	31 de octubre de 2016	9 de la DIAN en MEDELLÍN
		11 de la DIAN en MEDELLÍN
2	29 de noviembre al 1 de diciembre de 2016	11 de la DIAN en MEDELLÍN
		12 de la DIAN en MEDELLÍN
3	23 y 24 de mayo de 2017	3 de la DIAN en BOGOTÁ
		4 de la DIAN en BOGOTÁ
		6 de la DIAN en BOGOTÁ
		2 de la DIAN en PEREIRA
		2 de la DIAN en CALI
		5 de la DIAN en CALI
		6 de la DIAN en CALI
		7 de la DIAN en CALI
		10 de la DIAN en CALI
4	27 al 29 de agosto de 2018	13 de la DIAN en CALI
		15 de la DIAN en CALI
		17 de la DIAN CALI
		1 de la DIAN en PEREIRA
5	27 al 29 de agosto de 2018	2 de la DIAN en PEREIRA
		4 de la DIAN en PEREIRA
		6 de la DIAN en PEREIRA
		10 de BANREP en BOGOTÁ
6	28 al 30 de noviembre de 2018	2 de la DIAN en SANTA MARTA
		7 de la DIAN en BUENAVENTURA
		10 de la DIAN en BUENAVENTURA

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

De entrada, vale la pena resaltar que los procesos de subasta en dónde se evidenció esta conducta, no fueron los mismos en dónde se sancionó la existencia de acuerdos anticompetitivos. Por lo cual no es razonable afirmar que se utilizaron los mismos elementos de prueba para ambas sanciones. Además, debe tenerse en cuenta que si bien se pudieron haber utilizado las mismas conversaciones de *WhatsApp* entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) y los funcionarios vinculados a **CISA**, como ya se manifestó con anterioridad, para cada sanción se resaltaron los apartes que darían cuenta de la existencia de ambas conductas anticompetitivas.

Prueba de lo anterior es la conversación del 27 de agosto de 2018 entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** y **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** que se transcribe a continuación:

**Chat No. 21: Conversación LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ entre el 24 y 27 de agosto de 2018**

*Día/Hora: 24-Ago-2018 15:59:53*  
*De: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*  
*Para: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*  
*Contenido: Información Pereira porfis*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:52:45*  
*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*  
*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*  
*Contenido: buenos días don fernando*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:53:41*  
*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*  
*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*  
*Contenido: lote 1,2,4 de pereira esta solo*

*Día/Hora: 27-Ago-2018 08:54:07*  
*De: LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN*  
*Para: FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ*  
*Contenido: el lote 6 tambien esta solo*

Obsérvese que, aunque es cierto que en ambas conductas se presentaron conversaciones vía *WhatsApp* entre las mismas personas, para cada una de las sanciones se resaltaron los apartes que demostrarían la comisión de cada una de las conductas. Así, la recién transcrita conversación, en nada deja evidenciar la existencia de un acuerdo anticompetitivo, pero sí es clara prueba de la conducta desplegada por **FSG**, a través de su representante legal, de obtener información sobre el número de participantes en los procesos de subasta, lo que le permitió eliminar la incertidumbre que posiblemente otros competidores sí tuvieron.

Por lo anterior, no es posible manifestar, como lo hacen los recurrentes, que en el presente caso existió una doble sanción o un doble juzgamiento, basado en los mismos hechos, que implicara una violación al principio del "*Non bis in idem*". Por el contrario, lo que está claro es que la Superintendencia de Industria y Comercio analizó y sancionó la existencia de dos conductas independientes, a partir de dos supuestos normativos distintos y diferentes acciones y elementos de prueba, por lo cual el argumento de los recurrentes no tiene mérito para prosperar.

**4.3.1.4. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta incongruencia con relación a la naturaleza de la información suministrada por los funcionarios de CISA**

Los recurrentes afirmaron que en el presente caso existió una incongruencia entre la Resolución de Apertura de Investigación, el Informe Motivado y la Resolución Sancionatoria con relación al tipo de información que habría sido suministrada por parte de los funcionarios de **CISA**. Esto toda vez que en el acto administrativo por medio del cual se imputaron cargos a **FSG** y su representante legal, se dijo, indistintamente, que habría existido un intercambio de información de carácter "*sensible*", "*reservada*" y "*confidencial*". Posteriormente, en el Informe Motivado, la misma Delegatura

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

recomendó sancionar por el intercambio de información que configuraba "secreto comercial o industrial". Y, finalmente, en la Resolución Sancionatoria se determinó que la infracción al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 habría tenido lugar por el intercambio de información de carácter "confidencial".

En este sentido, a continuación este Despacho procede a explicar las razones por las cuales no existe mérito suficiente en el argumento presentado por los recurrentes.

Así, debe recordarse que el principio de congruencia ha sido reconocido en el ordenamiento nacional "como uno de los elementos constitutivos del derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política"<sup>116</sup>. Lo anterior, en la medida en que a partir del mismo se busca garantizar a las partes de un proceso que el juez "solo se pronunciará respecto de lo discutido"<sup>117</sup>, o, lo que es lo mismo, que "la sentencia debe guardar consonancia con los hechos y las pretensiones esgrimidas en la correspondiente demanda"<sup>118</sup> y, por tanto, "la decisión se tomará de acuerdo a las pretensiones y excepciones probadas a lo largo del desarrollo del proceso"<sup>119</sup>. Esto, como lo ha reconocido la Corte Constitucional, además "garantiza el derecho de defensa de la partes, puesto que durante el debate podrán ejercer los mecanismos que la ley ha establecido para ello en los términos adecuados"<sup>120</sup>.

Ahora bien, dada la importancia del principio de congruencia dentro del ordenamiento nacional como mecanismo idóneo para proteger y garantizar el debido proceso y derecho de defensa, se ha reconocido que su aplicación no corresponde únicamente a los procesos de carácter civil, sino que "informa la teoría procesal general, sin distinguir un área particular del derecho"<sup>121</sup>. En este sentido, en materia administrativa sancionatoria ha dicho la doctrina especializada que:

*"En cuanto al contenido del **acto definitivo**, es oportuno recordar que **debe guardar congruencia con el pliego de cargos** (...), pues **la decisión final tiene por objeto determinar si la imputación de los hechos y de la violación de las normas realizadas en el pliego de cargos se encuentra probada en el expediente**"<sup>122</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).*

Nótese que lo anterior no es nada distinto a una reiteración de que, al momento de emitir la decisión final en el marco de un proceso administrativo sancionatorio, el funcionario competente deberá limitarse a determinar si la imputación fáctica y jurídica contenida en el pliego de cargos fue debidamente acreditada en la actuación. Esto, además, con el fin de garantizar el efectivo derecho de defensa de los investigados, quienes deberán tener la garantía de conocer de manera clara cuáles son los hechos objeto de investigación y el reproche sobre los mismos, y poder aportar los elementos de prueba que busquen controvertir la hipótesis de la autoridad administrativa.

En este orden de ideas, y analizados los diferentes actos administrativos y el Informe Motivado emitido en el marco de la presente actuación, este Despacho encuentra que los hechos objeto de reproche desde la imputación de cargos se circunscribieron a la existencia de un intercambio de información entre algunos funcionarios vinculados a CISA y el representante legal de FSG, que, dadas sus características, configuraron una violación al artículo 1 de la Ley 155 de 1959 por haber otorgado una ventaja anticompetitiva y una posición privilegiada a FSG con respecto a sus competidores. De tal suerte, el reproche fáctico y jurídico de la autoridad de competencia fue congruente durante toda la actuación administrativa, como se ve en las imágenes que se presentan a continuación:

<sup>116</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-714 de 2013.

<sup>117</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-455 de 2016.

<sup>118</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-079 de 2018.

<sup>119</sup> *Ibidem*.

<sup>120</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-455 de 2016

<sup>121</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-714 de 2013.

<sup>122</sup> Arboleda Perdomo, E.J. "Comentarios al Nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo. Ley 1437 de 2011". Segunda Edición. Legis Editores S.A., 2012. Pág. 91

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

#### Imagen No. 4: Resolución de Apertura de Investigación. Imputación cargos por supuesta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

En concreto, las conductas presuntamente restrictivas de la libre competencia económica habrían consistido en:

(...)

(ii) El suministro de información reservada respecto del número y en algunas ocasiones la identidad de los participantes en diferentes lotes subastados por CISA por parte de LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN (profesional de gestión de ARACNIASTUDIOS LTDA.), LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN (analista de bienes muebles y subastas de CISA) y GLORIA INÉS CANO ROJAS (analista de bienes muebles y subastas de CISA) a FSG. Igualmente, existe evidencia que demostraría que LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN también habría suministrado información reservada a GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO. Esta información habría puesto a FSG y a GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO en una posición privilegiada frente a sus demás competidores.

En este sentido, la Delegatura adelantará una investigación administrativa para determinar si los agentes del mercado vinculados a esta conducta habrían incurrido en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica. Este comportamiento será analizado de conformidad con lo establecido en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Fuente: Resolución de Apertura de Investigación.

#### Imagen No. 5: Informe Motivado. Recomendación respecto al cargo por supuesta violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959

A continuación la Delegatura describirá la conducta restrictiva de la competencia evidenciada en los lotes respecto de los cuales se presentó la dinámica de suministro anticompetitivo de información en perjuicio de los principios de igualdad entre los competidores, de transparencia y de selección objetiva. La dinámica anticompetitiva consistió en la entrega de información reservada a FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ (representante legal de FSG) por parte de LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN (analista de bienes muebles y subastas de CISA), GLORIA INÉS CANO ROJAS (analista de bienes muebles y subastas de CISA) y LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN (profesional de gestión de ARACNIASTUDIOS). La Delegatura también constató que GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO también recibió información respecto de quienes participarían en la subasta de un lote por parte de LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN. Concretamente, la información correspondió al número de participantes y, en algunos casos, a la identidad de los competidores. Esto le dio una posición privilegiada a FSG y a GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO porque les permitió adoptar una mejor estrategia y eliminar la incertidumbre propia de las subastas adelantadas por CISA.

Como se observará para cada una de las subastas que a continuación se describen, la conducta referida a haber proporcionado información reservada a algunos competidores fue idónea para distorsionar la competencia, puesto que puso en circunstancias artificialmente ventajosas a FSG y a GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO en perjuicio de otros participantes y del mercado. De esta forma los investigados vulneraron el principio de igualdad. Adicionalmente, vulneraron el principio de transparencia porque se trató de información que, al no ser pública, no podía revelarse. Adicionalmente, mediante la conducta descrita se desconoció el principio de selección objetiva, pues con la distorsión del proceso competitivo la entidad pública no podía ni pudo seleccionar las mejores ofertas en cada subasta, es decir, aquellas ofertas que habrían maximizado sus beneficios.

Fuente: Informe Motivado.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Imagen No. 6: Resolución Sancionatoria respecto a la sanción por violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959**

Los elementos probatorios que obran en el Expediente y que fueron valorados en la presente Resolución permiten concluir que **FSG**, por medio de su representante legal, mantuvo una conducta continuada por medio de la cual buscó obtener información privilegiada por parte de funcionarios vinculados a **CISA** respecto a los procesos de subasta que eran de su interés, obteniendo una posición privilegiada frente a los demás participantes en una serie de subastas del 2016 al 2018.

Así, se logró probar que **FERNANDO SUAREZ GONZALEZ** (representante legal de **FSG**) solicitaba constantemente la información sobre el número de competidores que enfrentaría en cada proceso de subasta que era de su interés, obteniendo información privilegiada por parte de **LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN** (profesional de gestión de **ARACNIASTUDIOS**), **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** (analista de bienes muebles y subastas de **CISA**) y **GLORIA INÉS CANO ROJAS** (analista de bienes muebles y subastas de **CISA**).

Así, con la conducta de su representante legal, fue posible a **FSG**: (i) obtener información sobre sus futuros competidores en las subastas de ciertos lotes; (ii) obtener información sobre el número de competidores que enfrentaría en diferentes subastas de lotes; y (iii) elaborar su estrategia competitiva con dicha información privilegiada de manera anticipada. Este comportamiento ponía a

**FSG** en una ventaja competitiva frente a sus demás competidores, quienes no tenían acceso a la misma.

Fuente: Resolución Sancionatoria.

Como puede observarse, haciendo una lectura individual de cada uno de los extractos recién presentados, así como de un análisis en conjunto de los mismos, es posible establecer que a los recurrentes se les formularon cargos por su posible participación en una conducta consistente en un intercambio de información que les otorgó una ventaja competitiva y una posición privilegiada dentro de los procesos de subasta con respecto a los demás participantes. Igualmente, es posible evidenciar que los mismos hechos, sin variación alguna, fueron la base de la recomendación dada por la Delegatura en su Informe Motivado, así como el fundamento de la sanción impuesta a través de la Resolución Sancionatoria, por haber encontrado suficientes elementos de prueba que soportaran la imputación.

Por lo anterior, no es posible concluir nada distinto a que la actuación administrativa fue congruente durante todo su trámite, particularmente al reprochar como una materialización de la violación a la prohibición general, como una práctica tendiente a limitar la libre competencia económica, mediante la obtención de información por parte de **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** a la que no tenían acceso los demás participantes, relacionada precisamente con el número de proponentes en los procesos de subasta en los que **FSG** estaba interesado, la cual le otorgó una ventaja ilegítima y anticompetitiva.

Los agentes sancionados tuvieron total certeza de los hechos por los que esta Autoridad los investigó, ante lo cual ejercieron plenamente su derecho de defensa al aportar todos los medios de prueba que, en su criterio, permitían desmentir la imputación respecto a que la información suministrada por los funcionarios vinculados a **CISA** hubiera otorgado una ventaja competitiva a **FSG** con respecto a los demás participantes en los procesos de subasta.

Para mostrar lo anterior, basta con presentar a continuación algunos extractos de las observaciones al Informe Motivado presentadas conjuntamente por **FSG** y su representante legal, así como del recurso de reposición que presentaron contra la Resolución Sancionatoria, que permiten evidenciar que los sancionados siempre tuvieron conocimiento de los hechos por los cuales se les investigó y sancionó.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**Cuadro No. 1: Extracto observaciones al Informe Motivado y recurso de reposición presentados conjuntamente por FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Observaciones al Informe Motivado	Recurso de Reposición contra Resolución Sancionatoria
<p><u>"En este caso, el pliego de cargos de manera clara determinó que se había tenido acceso a 'información reservada' y que ese hecho le había otorgado una ventaja competitiva dentro del proceso contractual"</u> (Subraya y negrilla fuera del texto original).</p>	<p><u>"La Superintendencia desde la apertura de la investigación afirmó que el 'intercambio de información' - que en unos apartes calificó como reservada, en otras sensible y en otras confidencial- habría vulnerado los principios de igualdad, transparencia y selección objetiva, que habrían otorgado una ventaja competitiva a estos dentro de los procedimientos se subasta, por lo cual concluye que se configuró una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia"</u> (Subraya y negrilla fuera del texto original).</p>

Fuente: Consecutivos 20-342027-600 y 20-342027-667 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

Como puede observarse, es evidente la claridad que tenían los recurrentes respecto a los hechos por los que se les investigó y sancionó, lo cual da cuenta de que se garantizó en todo momento el principio de congruencia dentro de la actuación y, finalmente, el derecho de defensa de los acá recurrentes, quienes tuvieron toda la capacidad de ejercer oportunamente los mecanismos que la ley ha establecido para controvertir la imputación realizada en el pliego de cargos<sup>123</sup>.

Por último, vale la pena hacer mención a la reiterada inconformidad de los recurrentes respecto a la denominación puntual dada a la información intercambiada entre los funcionarios de CISA y el representante legal de FSG en la presente actuación. Así, y sin desconocer que en otros regímenes legales (protección de datos personales y/o propiedad industrial, entre otros) pudiera existir una marcada diferencia entre lo que se entiende por información sensible, reservada, confidencial, etc., lo cierto es que en lo que respecta al régimen de protección de la libre competencia económica, el reproche sobre el intercambio de información recae en que a un agente de mercado le sea otorgada información a la cual no tienen acceso los demás competidores y que resulta valiosa para competir y difícil de replicar, la cual puede generar una ventaja competitiva y crear barreras de entrada al mercado.

Por este motivo, insistir en que se violó el principio de congruencia y se afectó el debido proceso y derecho de defensa por haber utilizado distintas denominaciones respecto a la información intercambiada, no es nada distinto a un intento fútil de distraer la atención respecto a la materialización de una conducta que, de acuerdo al régimen de libre competencia en Colombia, comporta una conducta anticompetitiva y que debe ser sancionada por esta Autoridad, consistente en el intercambio de información que, dadas sus características, otorga una ventaja anticompetitiva y pone en una posición privilegiada a su receptor respecto a sus competidores.

Al respecto, esta Entidad, como se explicó en detalle, en su calidad de autoridad nacional en materia de libre competencia económica ha desarrollado una serie de criterios propios a la hora de analizar la información que permiten determinar si su intercambio, independientemente de su naturaleza, tiene la potencialidad de generar una ventaja ilegítima a un competidor en el mercado y la idoneidad de generar efectos explotativos o exclusorios que deriven en la violación del régimen de libre competencia económica.

Por todo lo anterior, este Despacho no encuentra mérito suficiente en el argumento presentado por los recurrentes.

<sup>123</sup> Corte Constitucional. Sentencia T-455 de 2016

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

#### 4.3.1.5. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta indebida graduación de la multa

FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ, con relación al monto de la sanción que les fue impuesta, manifestaron en su recurso de reposición conjunto que la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó la no comparecencia de los recurrentes a rendir declaración en la presente actuación como un agravante a la hora de estimar el valor de la multa. Sin embargo, en su criterio, no se tuvo en cuenta que su no asistencia a declarar correspondió al ejercicio del derecho a la no autoincriminación que los cobijaba.

Por otro lado, los recurrentes afirmaron que, para tasar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio utilizó el salario mínimo mensual legal vigente correspondiente al 2022, fecha de imposición de la multa, cuando en realidad, en aplicación del principio de legalidad y favorabilidad de los administrados, se debió haber tasado la sanción con base en el salario mínimo mensual legal vigente al momento de la comisión de la conducta.

En este sentido, respecto al primero de los argumentos esgrimidos por los recurrentes, esto es, la supuesta violación al derecho a la no autoincriminación, este Despacho debe manifestar que la interpretación y el alcance que le dan los sancionados al contenido de este es equivocada, de acuerdo a la amplia jurisprudencia emitida sobre dicha garantía fundamental por las altas cortes en el país.

En efecto, la Corte Constitucional ha reiterado que, en términos generales, el contenido de la garantía fundamental establecida en el artículo 33 de la Constitución implica que:

**"[L]as personas no pueden ser obligadas a declarar contra sí mismas o contra sus allegados. Esa aproximación ubica el asunto, en principio, en el ámbito del proceso, de la indagación, de la averiguación, para excluir la posibilidad de que la persona sea compelida, por cualquier, medio a declarar contra sí misma o contra sus allegados".**  
(Subraya y negrilla fuera del texto original).

Sin embargo, a través de los años, por medio de su jurisprudencia, el máximo tribunal constitucional del país ha ido delimitando dicho alcance, siendo uno de los principales puntos de debate el reconocimiento "que la Constitución Política de 1991 no sólo consagra los derechos fundamentales de todas las personas, sino que, además, establece los deberes a cumplir por parte de ellas, de lo cual se ocupa expresamente el artículo 95, cuyo numeral 7 instituye el de colaborar con la administración de justicia"<sup>124</sup>.

Así, en sentencia C-776 de 2001, la Corte Constitucional manifestó que, si bien el derecho establecido en el mencionado artículo 33 implica que una persona no pueda ser obligada a declarar en su contra, esto no lo exime de su deber de acudir y presentarse en los momentos en que los funcionarios públicos lo soliciten, situación que, aclaró la Corte, "se requiere para garantizar el éxito del proceso" y que "por sí misma no resulta inconstitucional". En palabras del mencionado Tribunal:

**"[E]l sólo hecho de presentarse ante el funcionario competente, no desconoce las garantías constitucionales del investigado, pero el exigir que la presentación sea para prestar colaboración, que se repite, no es cualquier tipo de colaboración, sino la que el funcionario competente califique de necesaria para el esclarecimiento de los hechos, implica que en un momento dado se esté obligando al sindicado a declarar contra sí mismo, contra su cónyuge, compañero permanente o parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, conducta prohibida por expreso mandato constitucional"**<sup>125</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Posteriormente, en decisión C-422 de 2002, la misma Corte Constitucional reiteró que:

<sup>124</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2001.

<sup>125</sup> Ibidem.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

**"El derecho-deber de participación comporta para los ciudadanos la obligación de atender los requerimientos de las autoridades que en desarrollo de sus tareas, necesariamente ligadas al interés general, les soliciten la información anotada. El Legislador en el marco de su potestad de configuración estableció en la norma en estudio un mecanismo para constreñir al cumplimiento de dicha obligación por parte de los ciudadanos. Empero en armonía con lo ya expresado acerca del amplio ámbito de proyección de la protección establecida en el artículo 33 de la Constitución, se debe precisar que en todo caso el deber de información de los ciudadanos halla límite en la garantía constitucional, de manera tal que en la medida en que el cumplimiento de aquel pueda implicar auto-incriminación el requerido podrá legítimamente abstenerse".** (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Por su parte, en sentencia C-228 de 2003, el máximo tribunal Constitucional reiteró que el derecho de abstener de rendir declaraciones que puedan auto incriminar al administrado no puede extenderse a la justificación de maniobras que busquen entorpecer u obstaculizar la acción del Estado, e, incluso, afirmó que esta última conducta podría llegar a ser considerada como una causal de agravación punitiva. Lo anterior se evidencia a continuación:

**"[E]s distinto a obstaculizar la recta administración de justicia con conductas encaminadas a que se abandone la investigación sobre el sindicado, mediante imputaciones falsas a otras personas, o a la realización de otras maniobras por el imputado para que se desvíe la investigación, pues en tales casos ya no se trata del ejercicio del derecho de defensa, sino de obstaculizar la acción del Estado en el ejercicio de la función jurisdiccional, razón ésta por la cual se encuentra ajustado a la Constitución que esa circunstancia constituya causal de agravación punitiva".** (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Finalmente, en decisión C-258 de 2011, la Corte Constitucional volvió a manifestar que:

**"De este modo, la garantía de la no incriminación implica un derecho al silencio, a utilizar las estrategias que se consideren más adecuadas para la defensa, pero no se extiende hasta las conductas fraudulentas u obstructivas".** (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En este orden de ideas, debe recordarse que el agravante al que fueron sujetos FSG y su representante legal en el presente caso, no correspondió nunca a que los administrados hubieran acudido al artículo 33 de la Constitución Política de Colombia para guardar silencio ante preguntas que pudieran implicar su incriminación. De hecho, a lo largo de la actuación, varios de los demás investigados manifestaron, ante preguntas de la Delegatura, que no darían sus respuestas acogiéndose a la garantía fundamental de no autoincriminación<sup>126</sup>, sin que eso hubiera acarreado un reproche por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en ningún momento.

Tampoco puede afirmarse que el agravante impuesto en la sanción de los recurrentes correspondió al hecho de que esta Superintendencia hubiera estado buscando trasladar la carga de la prueba y vulnerar la presunción de inocencia de los investigados, obligándolos a dar respuestas que pudieran implicar su responsabilidad. De hecho, no sobra mencionar que el acto administrativo sancionatorio de la presente actuación contiene un altísimo número de elementos probatorios por medio de los cuales esta Entidad cumplió con su carga de demostrar la participación de los recurrentes en las conductas anticompetitivas, sin necesidad de sus declaraciones o confesiones.

Por el contrario, y como quedó expresamente mencionado en la Resolución Sancionatoria, el agravante al que se hace mención tuvo lugar toda vez que:

**"[E]ste Despacho observó que (...) FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ (representante legal de FSG) no atendieron su deber de comparecer al proceso a rendir declaración, renuencia que se presentó en dos oportunidades, a pesar de que la**

<sup>126</sup> Declaración LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN disponible en consecutivo 20-342027-410 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Delegatura los citó y aclaró que su justificación para no comparecer no constituía una justa causa. En ese sentido, esta circunstancia será considerada como un agravante al momento de graduar la presente sanción". (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Como puede observarse, el agravante correspondió únicamente al comportamiento procesal de los investigados que, a pesar de haber sido citados dos veces a rendir declaración, tomaron la decisión de no hacerlo, basados en un argumento que, como ya fue explicado, no cuenta con soporte jurídico a la luz del ordenamiento nacional, obstruyendo así el buen desarrollo de la actuación. Como ya se relató, según la Corte Constitucional<sup>127</sup>, la citación a declarar por parte de esta Superintendencia no se trata de un requerimiento que "*por sí mism[o] (...) resulta inconstitucional*" y que, por el contrario, "*se requiere para garantizar el éxito del proceso*", por lo cual, lejos de ser una manifestación del derecho fundamental a no auto incriminación, se trató de una forma de obstruir la facultad investigativa de la Superintendencia de Industria y Comercio, situación que debe corresponder a un agravante en la multa de acuerdo a lo establecido en la ley. Por todo lo anterior, este Despacho no encuentra mérito suficiente en los argumentos de los recurrentes sobre este aspecto.

De otra parte, con relación a los argumentos de los recurrentes según los cuales las sanciones impuestas en la presente actuación debieron ser tasadas a partir del salario mínimo mensual vigente al momento de la comisión de la infracción y no al vigente al momento de la imposición de la multa, considera este Despacho que los mismos constituyen una interpretación que resulta inaceptable y a todas luces improcedente. La simple lógica, por utilizar las palabras del Consejo de Estado, indica que el salario mínimo que debe aplicarse es el mensual legal vigente al momento de la imposición de la sanción.

*"(...) Al respecto, la Sala estima que este cargo no tiene vocación de prosperar, por cuanto la sanción de multa aplicada, (...), **debe ser impuesta bajo el salario mínimo mensual vigente a la fecha de imposición de la sanción y no al momento de la ocurrencia de los hechos irregulares.***

(...)

*Considera esta Sala, que si bien la Ley (...) no indica el momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción en salarios mínimos mensuales vigentes, **es lógico que deba imputarse dichos salarios en la fecha de la sanción** (...) pues de lo contrario, sería ilógico pensar que por cada hecho deba sancionarse, aplicando el salario mínimo mensual de ese momento, máxime cuando en el sub iudice, se trataba inicialmente de 13.840 instalaciones no revisadas por la empresa demandante. (...)"<sup>128</sup> (Negrillas y subrayas fuera de texto).*

Conforme con la jurisprudencia anteriormente citada, resulta claro para este Despacho que el salario mínimo legal mensual vigente al que se refiere el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es el correspondiente al momento de imponerse la sanción y no al momento de la ocurrencia de la infracción. De esta manera, el monto de la sanción impuesta a FSG se encuentra dentro del límite establecido en la ley.

Ahora, con respecto a la sanción impuesta a **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** como facilitador de las conductas anticompetitivas, obsérvese que la propia Ley 1340 de 2009, al modificar el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 que se refiere a las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio a las personas naturales por infracciones al régimen de libre competencia, se refiere expresamente a "*salarios mínimos mensuales legales vigentes **al momento de la imposición de la sanción***" (subraya y negrilla fuera del texto original), por lo cual, en lo que respecta a las sanciones que le fueron impuestas a dicha persona natural, se cumplió con lo legalmente establecido en el régimen de libre competencia económica.

<sup>127</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-776 de 2001.

<sup>128</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de marzo de 2014. Rad. No. 440012331000 2008 00124 01.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

De hecho, debe llamarse la atención que en sentencia C-394 de 2019, la Corte Constitucional declaró exequible la referencia a la sanción en salarios mínimos mensuales legales vigentes "al momento de la imposición de la sanción" contenida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 e incluso resaltó que ello "**no posibilita la imposición de una sanción arbitraria**", lo que descarta de plano cualquier alegato al respecto presentado por parte de los recurrentes.

#### **4.3.1.6. Consideraciones del Despacho frente al dictamen pericial aportado por FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**

Este Despacho hará una valoración de los argumentos expuestos en el dictamen pericial que fue decretado como prueba en esta etapa de la actuación, y aportado por los recurrentes con el fin de mostrar falencias en la definición del mercado afectado, el impacto de las conductas sancionadas en el mismo y, por tanto, en la aplicación de los criterios de graduación de las multas impuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

En primer lugar, debe resaltarse que el perito experto contratado por los recurrentes afirmó en su dictamen que esta Superintendencia consideró que el impacto (efecto) de la conducta en el mercado se constituyó como el hecho generador de las multas y sanciones impuestas. En línea con lo anterior, precisó que cualesquiera hayan sido las actuaciones de **FSG y FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, la realidad es que estas, a su juicio, no fueron "*estadísticamente significativas*" por lo cual no había lugar a considerarlas como una violación a la ley.

En segundo lugar, el dictamen aportado sostuvo que el mercado afectado estuvo indebidamente definido en la Resolución Sancionatoria. Así, en su criterio, el mercado a analizar en el presente caso correspondía al "*mercado de vehículos automotores usados*", el cual no se vio distorsionado por las conductas sancionadas.

En tercer lugar, estableció el dictamen aportado que en el presente caso no existió intercambio de información de carácter confidencial, toda vez que las comunicaciones directas entre **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ** (representante legal de **FSG**) y los funcionarios vinculados, directa o indirectamente a **CISA**, hicieron referencia a datos respecto a las características y el precio de los bienes a subastar, por lo cual su divulgación no podía ser considerada información asimétrica en un escenario de subastas que otorgara una ventaja anticompetitiva a su receptor.

Finalmente, a propósito de la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, el dictamen pericial aportado manifestó que las multas impuestas no debieron considerar como monto base la totalidad del patrimonio de los recurrentes, toda vez que este último consolida diversas actividades distintas a la compraventa de vehículos y que no se vieron afectadas por la conducta reprochada a través de la Resolución Sancionatoria.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, a continuación, este Despacho procederá a desvirtuar cada una de estas afirmaciones en el orden en el que fueron resumidas en la presente sección.

Respecto al argumento según el cual el hecho generador de la sanción fue el impacto o efecto que la conducta tuvo en el mercado, valga recordar lo ya mencionado en el numeral **4.2.4.** del presente acto administrativo con relación a que en la Resolución Sancionatoria lo que se reprochó fue la comisión de conductas que tuvieron por objeto limitar la libre competencia económica, esto es, comportamientos y acuerdos anticompetitivos que, de acuerdo a la legislación nacional, tienen la potencialidad de generar un impacto en el mercado y, por tanto, deben ser sancionados por la Autoridad de competencia, sin necesidad de entrar a estudiar de manera detallada los efectos en el mercado.

En otras palabras, el hecho generador de la sanción no fue el impacto de la conducta en el mercado, o lo que es lo mismo, la comisión de una conducta que tuviera "*por efecto*" limitar la libre competencia económica, como lo afirma el dictamen pericial estudiado, sino la comisión de una serie de conductas que la misma ley presume que generan un indebido detrimento de la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, y que,

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

por tanto, su sola ocurrencia es suficiente para establecer la violación al régimen de libre competencia económica en Colombia.

Por lo anterior, este Despacho encuentra que, de entrada, el dictamen pericial aportado como prueba, parte de un supuesto equivocado, consistente en que las sanciones impuestas correspondieron al efectivo impacto negativo que las conductas sancionadas tuvieron en el mercado, pues, por el contrario, las multas impuestas tuvieron lugar toda vez que se demostró ampliamente la existencia de una serie de acuerdos, y de un comportamiento, que tuvieron por objeto limitar la libre competencia económica en una serie de procesos de subasta adelantados por CISA entre 2016 y 2018.

Ahora bien, el hecho de que al momento de realizar la graduación de la multa a imponer a FSG la Superintendencia de Industria y Comercio haya hecho referencia al impacto de la conducta en el mercado, corresponde a que es la misma ley la que establece que este debe ser un análisis a realizar, no para la determinación del carácter ilegal de la conducta, como ya se explicó ampliamente, sino para la correspondiente graduación de la sanción a los agentes involucrados en el comportamiento o conducta anticompetitiva, razón por la cual no existe ningún tipo de contradicción, como incluso lo llegan a afirmar los recurrentes en sus recursos de reposición, en el estudio hecho por parte de esta Superintendencia.

Por otro lado, con relación a los argumentos expuestos a propósito de la supuesta indebida definición del mercado afectado, este Despacho debe iniciar mencionando que la Resolución Sancionatoria definió un mercado con el fin de analizar las condiciones de este y determinar el alcance que pudo tener la conducta reprochada. No obstante, dicha definición no puede ser equiparable a la requerida en aquellos casos relativos a integraciones empresariales, abuso de posición de dominio u otras conductas en donde el nivel de participación de los investigados es fundamental para determinar la existencia de efectos negativos en la competencia.

Teniendo esto en cuenta, basta recordar que en los casos que involucran procesos de selección, a diferencia de otros tipos de prácticas anticompetitivas, el mercado afectado es precisamente el proceso de selección en sí mismo. Lo anterior, en virtud de la interacción entre oferentes y demandantes en un mercado que satisface las siguientes dos condiciones: (i) ser temporal, toda vez que nace con la intención de la entidad estatal y finaliza con la terminación del proceso de selección; y, (ii) ser excluyente por cuanto, una vez adjudicado el (los) bien(es) y/o servicio(s), no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo. En otras palabras, se trata de una competencia "*por el mercado*" y no competencia "*en el mercado*".

Con esto en mente, no resulta válido afirmar que en el presente caso el mercado afectado correspondió al de los "*vehículos automotores usados*" tal y como lo sostiene el dictamen pericial estudiado, el cual valga decir tampoco incluyó un análisis económico que demostrara la forma como se llegó a dicha conclusión.

Lo anterior, por cuanto la existencia de un mercado se restringe a la interacción efectiva entre demandantes y oferentes, siendo estos últimos en el marco de este análisis aquellas personas naturales o jurídicas que están en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar y que deciden participar como proponentes. Para el caso concreto, puede afirmarse que los oferentes en los distintos procesos de subasta adelantados por CISA corresponden a las personas naturales y jurídicas que, estando en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato, deciden participar en la correspondiente subasta y realizan el pago de la garantía de seriedad de la oferta (equivalente al 20% del precio mínimo de venta del bien a subastar), momento en el cual son considerados oferentes habilitados..

Dicho de otro modo, el argumento presentado en el dictamen pericial respecto a la indebida definición del mercado afectado, debe descartarse teniendo en cuenta que no resulta lógico incluir un número plural y amplio de agentes o la totalidad de las personas naturales o jurídicas que participan en el mercado de vehículos automotores usados, argumento contraintuitivo a la

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

naturaleza propia de un proceso de licitación pública, tal y como lo ha señalado la Superintendencia de Industria y Comercio en diferentes decisiones previas.

Ahora bien, a propósito del argumento presentado por el perito experto sobre la naturaleza de la información intercambiada, este Despacho reitera que en la Resolución Sancionatoria se reprochó la obtención de información que resultó ser privilegiada a favor de solo uno de los participantes en las subastas, toda vez que, lejos de hacer referencia a información pública, como lo afirma el perito, correspondió a información que, en el marco de un proceso de subasta, no debía ser de conocimiento de los oferentes, como el número de participantes, el nombre de estos y sus números de contacto.

De hecho, no cabe duda de que el haber obtenido este tipo de información facilitó la colusión entre competidores en algunos de los procesos de subasta, y otorgó una ventaja competitiva en otros, pues el receptor de dicha información, en este caso el representante legal de FSG, tuvo a su alcance la información necesaria para saber cómo afectar los procesos de subasta pudiendo ofrecer el menor valor posible para resultar adjudicatario de los bienes, afectando directamente a las entidades vendedoras. Así, esta situación efectivamente otorgó una ventaja competitiva frente a sus demás competidores, quienes, de acuerdo con las reglas de las subastas, no tenían acceso a dicha información.

Con esto en mente, no resulta procedente el argumento, toda vez que el intercambio de información no recae sobre las variables fundamentales de mercado de conocimiento público ni sobre las condiciones aplicables a cada proceso de subasta. Por el contrario, lo que resulta ser reprochable es el pleno conocimiento e identificación de los participantes, elementos que en su conjunto propician la colusión y que distan del comportamiento esperado en este tipo de procesos de licitación.

Finalmente, con el fin de responder el argumento planteado sobre la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción, la cual tuvo como monto base el patrimonio líquido de los sancionados, este Despacho se permite recordar que, con el fin de tasar las sanciones a imponer, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la Ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada en particular en cuanto a situación financiera respecta. De hecho, tal y como se precisa en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, para los efectos de graduación de la multa se tendrá en cuenta, entre otros criterios, el patrimonio del infractor. Lo anterior implica que las multas a imponer resulten, en términos absolutos, diferentes entre sí, pero que aseguran que se cumpla la finalidad de la sanción en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Sobre este último particular, la Corte Constitucional se ha aproximado a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las sanciones administrativas de la siguiente forma:

*"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma (...). Respecto de la sanción administrativa, **la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad**"<sup>129</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto original).*

Así las cosas, en el sentido descrito por la Corte Constitucional, una de las formas en las que puede darse cabal cumplimiento al principio de proporcionalidad, es teniendo en cuenta el patrimonio, criterio que permite determinar que frente a las empresas y las personas naturales involucradas la sanción tenga la rigidez apropiada.

Ahora bien, vale la pena resaltar que la ley establece como criterio de graduación la totalidad del patrimonio de los involucrados en la conducta anticompetitiva, sin distinción alguna de las diferentes

<sup>129</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

cuentas que puedan corresponder a las distintas actividades que desarrolla un agente en el mercado. En este sentido, el argumento expresado por el perito experto, en el sentido de indicar que FSG realizaba diferentes actividades distintas a la compra de vehículos usados, y que por tanto lo correspondiente en el patrimonio de dichas actividades no podía ser tenido en cuenta a la hora de graduar la sanción, no tiene mérito para prosperar.

De esta forma, una vez valorado en su totalidad el dictamen aportado por los recurrentes, este Despacho no encuentra que el mismo contenga argumentos con suficiente mérito para desacreditar lo establecido en la Resolución Sancionatoria con relación al mercado afectado y los criterios de graduación de las multas impuestas.

#### **4.3.2. Argumentos presentados conjuntamente por HDL y JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE**

##### **4.3.2.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta indebida graduación de la multa**

A continuación se presentarán y responderán los argumentos planteados por HDL y JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE relacionados con la supuesta indebida graduación de la multa en la Resolución Sancionatoria.

Al respecto, los sancionados solicitaron la reducción de las multas impuestas toda vez que, según su criterio, estas últimas son desproporcionadas si se tiene en cuenta que lo reprochado no tuvo impacto en el mercado. Además, consideran que la sanción que les fue impuesta daría a entender que tuvieron una mayor participación en la conducta anticompetitiva de la que en realidad tuvieron.

Sobre el particular, reitera este Despacho que dicho argumento no está llamado a prosperar debido a que está plenamente probado en el Expediente que las conductas ejecutadas por los recurrentes tuvieron por objeto falsear e impedir la libre competencia económica en los procesos de selección adelantados por CISA entre 2016 y 2018. Con esto en mente, a efectos de sancionar las prácticas anticompetitivas objeto de análisis en la Resolución Sancionatoria, esta Superintendencia no requiere demostrar la existencia de efectos o impacto en el mercado para que éstas puedan ser objeto de multas y sanciones.

Asimismo, este Despacho recuerda a los sancionados que, con el fin de tasar las sanciones que se les impusieron, la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo en cuenta los distintos criterios establecidos en la Ley, considerando las condiciones particulares de los recurrentes, como su situación financiera, entre otras. En este sentido, el monto de la multa impuesta aseguró que se cumpliera con el principio de proporcionalidad.

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

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

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

### 4.3.3. Argumentos presentados por GLORIA INÉS CANO ROJAS

#### 4.3.3.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta indebida graduación de la multa

A continuación, se presentarán y responderán los argumentos planteados por **GLORIA INÉS CANO ROJAS** relacionados con la supuesta indebida graduación de la multa en la Resolución Sancionatoria.

Sobre el particular, la infractora solicitó la reducción de la sanción impuesta considerando que, desde su perspectiva, tuvo un buen comportamiento procesal a lo largo de la actuación administrativa, no existe prueba que dé cuenta que su participación anticompetitiva fue en todos los procesos de selección y que no resulta claro cómo su comportamiento generó una afectación negativa en terceros interesados en los procesos de licitación.

A propósito del criterio relativo a la conducta procesal a lo largo de la actuación administrativa, este Despacho indica que la discrecionalidad de esta Superintendencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la Ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o alguno de los criterios. En este caso, tal y como se precisó en la Resolución Sancionatoria, este Despacho no observó alguna conducta procesal que implique una agravación en la sanción o un comportamiento excepcional que pudiera derivar en algún beneficio, por lo que la aplicación de este criterio se realizó de manera neutral al momento de dosificar la sanción.

Por su parte, se demostró que **GLORIA INÉS CANO ROJAS** colaboró y facilitó la conducta anticompetitiva en 9 procesos de selección y que con su comportamiento suministró información privilegiada, en detrimento de la naturaleza que en principio debe prevalecer en cualquier proceso de subasta y de los terceros interesados que no compitieron en igualdad de condiciones. Todos estos elementos evaluados en conjunto con los demás criterios previstos en la ley permitieron determinar el monto de la sanción impuesta.

Sin perjuicio de lo aquí señalado, este Despacho se permite reiterar que el Consejo de Estado manifestó que:

*"[E]n cuanto respecto a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma (...)”<sup>130</sup>* (Subraya y negrilla fuera del texto original).

### 4.3.4. Argumentos presentados por GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO

#### 4.3.4.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta indebida graduación de la multa

A continuación, se presentarán y responderán los argumentos planteados por **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** relacionados con la supuesta indebida graduación de la multa en la Resolución Sancionatoria.

Sobre el particular, el recurrente solicitó la reducción de la sanción impuesta teniendo en cuenta que, según su criterio, no es claro el beneficio indirecto obtenido y derivado de la conducta anticompetitiva, no existen pruebas que permitan concluir sobre la dimensión del mercado afectado ni sobre su grado de participación en la conducta y, finalmente, no se explicó la tasación de la multa desde una perspectiva económica.

<sup>130</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, rad. 25000-23-24-000-2001-00364-01.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Respecto a la supuesta falta de pruebas que permitan concluir sobre la dimensión del mercado afectado, este Despacho reitera que en los casos que involucran procesos de selección, a diferencia de otros tipos de prácticas anticompetitivas, el mercado afectado es precisamente el proceso de selección en sí mismo. Lo anterior, en virtud de la interacción entre oferentes y demandantes en un mercado que satisface las siguientes dos condiciones: (i) ser temporal, toda vez que nace con la intención de la entidad estatal y finaliza con la terminación del proceso de selección; y, (ii) ser excluyente por cuanto, una vez adjudicado el (los) bien(es) y/o servicio(s), no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo. En otras palabras, se trata de una competencia "por el mercado" y no competencia "en el mercado".

En ese sentido, partiendo de lo anteriormente señalado, este Despacho demostró que **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** participó en una serie de acuerdos anticompetitivos, pero, además, intercedió con el fin de coordinar el comportamiento de su esposa, **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**, con algunos de sus competidores en otros procesos. En este sentido, es evidente que el recurrente tuvo un alto grado de participación en las conductas reprochadas, pero, además, obtuvo beneficios directos de la materialización de estos acuerdos, los cuales derivaron en la adjudicación de los contratos de manera artificial a favor de uno de los cartelistas.

En cuanto a la supuesta falta de motivos económicos que expliquen la tasación de la multa impuesta, este Despacho se permite recordarle al recurrente que, con el fin de dosificar las sanciones, esta Autoridad de Competencia tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por regla general, la situación financiera, así como las distintas actividades de cada persona en el mercado, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior, implica que las multas a imponer resultan, en términos absolutos, diferentes entre sí, pero asegurando que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Ahora bien, la discrecionalidad de esta Superintendencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la Ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o alguno de los criterios. En este caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga "un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción". Sobre este particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

**"[L]a dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"**<sup>131</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

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

<sup>131</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de octubre de 2005, rad. 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

#### 4.3.5. Argumentos presentados por YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ

##### 4.3.5.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta indebida graduación de la multa

La infractora solicitó la reducción de la sanción impuesta toda vez que, desde su perspectiva, no es claro el beneficio indirecto obtenido y derivado de la conducta anticompetitiva, no existen pruebas que permitan concluir sobre la dimensión del mercado afectado ni sobre su grado de participación en la conducta y, finalmente, manifestó que no se explicó la tasación de la multa desde una perspectiva económica.

Si bien para la impugnante no resulta claro el beneficio derivado de la conducta anticompetitiva, la dimensión del mercado afectado ni su grado de participación en lo reprochado en la Resolución Sancionatoria, este Despacho se permite manifestar que se demostró plenamente que **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** falseo la libre participación de los agentes en el mercado en particular en las subasta del 28 al 30 de noviembre de 2017, lote 1 de la **DIAN** en **BOGOTÁ**; y, del 28 al 30 de noviembre de 2017, lote 1 de la **DIAN** en **MANIZALES**. Sumado a ello, obtuvo beneficio indirecto toda vez que, precisamente, su comportamiento propició la materialización del acuerdo, logrando que su co-cartelista resultara adjudicatario, tal y como se lo habían propuesto.

A propósito de lo aquí señalado, este Despacho se permite reiterar que esta Autoridad de Competencia tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por regla general, la situación financiera, así como las distintas actividades de cada persona en el mercado, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior, implica que las multas a imponer resultan, en términos absolutos, diferentes entre sí, pero asegurando que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Ahora bien, la discrecionalidad de esta Superintendencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la Ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o alguno de los criterios. En este caso, esa dosificación no implica que en el acto administrativo se haga "*un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción*". Sobre este particular, el Consejo de Estado se ha pronunciado en los siguientes términos:

**"[L]a dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"**<sup>132</sup>. (Subraya y negrilla fuera del texto original).

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

<sup>132</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de octubre de 2005, rad. 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

#### 4.3.6. Argumentos presentados conjuntamente por LUIS ALEJANDRO MONDRÁGON MARROQUÍN y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN

##### 4.3.6.1. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta violación al derecho de intimidad

Para LUIS ALEJANDRO MONDRÁGON MARROQUÍN y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN, la Superintendencia de Industria y Comercio estableció su responsabilidad administrativa con base en pruebas ilícitas, como las conversaciones vía *WhatsApp*, que violan el derecho a la intimidad.

Frente a este argumento debe afirmarse que, como ya fue mencionado en la Resolución Sancionatoria, las visitas administrativas de la Autoridad de Competencia en Colombia, en el ejercicio de sus funciones, no requieren de orden judicial previa para su práctica y para la recolección de diferentes elementos de prueba, sin que se pueda alegar una violación a la intimidad de los administrados. Así, debe resaltarse que el artículo 15 de la Constitución Política de Colombia establece que:

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

Este artículo debe entenderse en consonancia con lo establecido por la Corte Constitucional, quien recientemente señaló que:

*"(i) [L]as visitas de inspección tienen fundamento constitucional en el inciso 4° del artículo 15 la Constitución; (ii) la revisión, búsqueda y retención de documentos que las superintendencias realizan durante las visitas de inspección no vulneran el derecho a la intimidad y no constituyen un registro o interceptación de comunicaciones privadas en los términos del inciso 3° del artículo 15 de la Constitución; y (iii) el ingreso de funcionarios de las superintendencias al domicilio corporativo de los sujetos investigados no vulnera la garantía de inviolabilidad del domicilio pues no constituye un registro de domicilio en los términos del artículo 28 de la Constitución.*

(...)

*[E]n el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos ; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete ; (iii) solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa*<sup>133</sup>.

Conforme lo señalado por la Corte Constitucional, la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para adelantar, en el marco de visitas de inspección administrativa, diligencias en las que se ingresa a las instalaciones de las empresas para examinar los archivos y recaudar toda la información que tenga conexidad con la función a cargo de esta Superintendencia. Esto con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales, así como solicitar a las personas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio y tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa. En este sentido, la revisión, búsqueda y retención de documentos que se haga en el marco de las visitas no vulneran el derecho al debido proceso y no constituyen un registro o una interceptación de comunicaciones que viole el derecho a la intimidad de los administrados.

En sustento de lo anterior, precisó la Corte que:

<sup>133</sup> Corte Constitucional, sentencia C-165 de 2019.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

[E]l elemento definitorio del registro y las interceptaciones a las que hace referencia el inciso 3º del artículo 15 de la Constitución, es que se trata de "medidas que interfieren entonces objetivamente en la intimidad". Es decir, se trata de actuaciones que versan "sobre ámbitos de libertad o de derecho fundamental protegidos". Por su parte ha definido cada una de estas diligencias en los siguientes términos: (i) el registro como una búsqueda con el fin de hallar elementos relevantes para una investigación o indagación penal, o con el de capturar a un individuo con las debidas garantías; y (ii) la interceptación consiste en "la retención provisional de correspondencia postal, o en la intervención de otros conductos de comunicación tecnológica (redes), con el fin de conocer el contenido de los mensajes, y de vigilarlos o de capturarlos por medios técnicos

(...)

[L]as visitas de inspección son diligencias probatorias a través de las cuales las superintendencias ejercen la facultad constitucional de exigir la presentación de "documentos privados" o "documentos del comerciante" contenida en el inciso 4º del artículo 15 de la Constitución. Por lo tanto, **la revisión, búsqueda y retención de aquellos documentos que se enmarquen en la categoría de "documentos privados" por parte de las superintendencias no vulnera ni interfiere con el derecho a la intimidad de las investigadas y por tanto no puede catalogarse como un registro o interceptación de comunicaciones privadas sometidos a reserva judicial. Así, la Corte no comparte la interpretación del demandante por virtud de la cual la revisión de los documentos contenidos en computadores, tablets y correos electrónicos institucionales, es decir de propiedad de las empresas y para fines empresariales, constituyen una interceptación o registro en los términos del inciso 3 del artículo 15 de la Constitución. De acuerdo con lo expuesto, los documentos contenidos en dichos medios, en principio, están relacionados con la actividad del comerciante. Por ello, harían parte de la categoría de 'documentos privados' a los que las superintendencias pueden acceder para fines de inspección y vigilancia en virtud del inciso 4 del artículo 15 de la Constitución**<sup>134</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Nótese que la Corte dejó claridad respecto a que con la información recolectada durante las visitas administrativas por parte de los miembros de la Superintendencia de Industria y Comercio, incluyendo aquella que se encuentre en "computadores, tablets y correos electrónicos institucionales", no se vulnera en ningún momento el derecho de intimidad de los administrados, pues se trata de la obtención de información disponible en equipos utilizados con "fines empresariales", y que por tanto debe ser de acceso de las autoridades como esta Superintendencia en el ejercicio de sus funciones.

Ahora bien, en el caso concreto, tal y como obra en el acta de la visita administrativa del 5 de diciembre de 2019 a las instalaciones de FSG, los miembros de la Delegatura solicitaron el acceso a los equipos de carácter institucional, a los cuales los administrados, después de consultar con sus abogados, dieron acceso libremente. Así, obra en dicha acta de visita administrativa:

**"Siendo las 05:16 p.m., se hace presente en la sala de juntas del piso 4, FERNANDO SUAREZ GONZALEZ (Representante Legal de FSG) (...) A las 05:37 p.m. el señor FERNANDO SUAREZ GONZÁLEZ (Representante Legal de FSG) solicita llamar a su abogado para consultarle respecto a la entrega de la información correspondiente al celular, correo electrónico y computador corporativo. Solicitud que es aceptada por parte del despacho.**

(...)

**Acto seguido, FERNANDO SUAREZ GONZALES (Representante Legal de FSG) informa que acogerá el concepto de su abogado y abre una puerta que se encuentra dentro de la misma sala de juntas del piso 4 (dicha puerta da acceso directo a la oficina de él) y saca un celular marca Samsung color dorado. Asegura que este es su celular corporativo y que es lo único que puede entregar.**

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

(...)

Siendo las 09:36 p.m. el Despacho señala al declarante que, teniendo en cuenta que en su teléfono celular personal maneja el correo institucional y que informó que en este, también, maneja información corporativa, solicita su autorización para acceder a la información contenida en ese equipo. FERNANDO SUAREZ GNZALEZ (Representante Legal de FSG) autoriza la realización del procedimiento forense en el teléfono celular número [REDACTED]. A su vez, realiza la observación y salvedad de que en este dispositivo se encuentra información personal y solicita que esta sea salvaguardada en debida forma (...)<sup>135</sup> (Subraya y negrilla fuera del texto original).

Nótese que en el documento citado no solo queda en evidencia que los administrados entregaron libremente la información y los equipos solicitados por los miembros de la Delegatura, en los cuales reposaba información relacionada con la actividad de la empresa, sino que además estos les dieron la posibilidad de consultar con sus abogados, de forma que pudieran tomar una decisión no solo libre sino igualmente informada. Por este motivo, no se encuentra mérito en el argumento de los recurrentes respecto a que con la recolección de información obrante en el teléfono celular y el aplicativo *WhatsApp* de los sancionados se haya violado su derecho a la intimidad. Máxime si se tiene en cuenta que las conversaciones y elementos de prueba que fueron posteriormente recaudados y valorados de dichos dispositivos, en ningún momento hicieron referencia a situaciones personales y privadas de los investigados. Por el contrario, todas las conversaciones que fueron valoradas como pruebas de las conductas sancionadas hacían clara referencia a información que tenía "fines empresariales", pues estaba relacionada con los procesos de subasta adelantados por CISA, los cuales correspondían al desarrollo empresariales de los investigados.

Por este motivo, no se acogerán los argumentos presentados por los recurrentes sobre este aspecto.

#### **4.3.6.2. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta violación al derecho de defensa**

Para los recurrentes, se presentó una violación al debido proceso y al derecho de defensa, toda vez que la Superintendencia de Industria y Comercio impidió, en su criterio, que los funcionarios que adelantaron las visitas administrativas en las instalaciones de los agentes sancionados rindieran testimonio en el marco de la actuación.

Al respecto, este Despacho manifiesta, en primer lugar, que en ningún momento se ha coartado el derecho de defensa y el debido proceso de los sancionados. Por el contrario, obra en el Expediente prueba de que, a lo largo de la actuación, esta Superintendencia garantizó a los investigados el ejercicio de su derecho de defensa en el marco de una amplia etapa probatoria.

Así, obra en el Expediente que, una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y corrido el término para solicitar y aportar pruebas<sup>136</sup>, mediante la Resolución No. 50751 del 11 de agosto de 2021<sup>137</sup>, la Delegatura resolvió sobre unas solicitudes de nulidad, ordenó practicar algunas pruebas solicitadas por los investigados, rechazó otras y decretó algunas de oficio. Igualmente, en el mismo acto administrativo declaró extemporáneo el escrito de descargos, solicitud y aporte de pruebas de **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**.

Posteriormente, por medio de la Resolución No. 52917 del 20 de agosto de 2021<sup>138</sup> se reprogramó la declaración de **GLORIA INÉS CANO ROJAS**. La Resolución No. 54715 del 26 de agosto de

<sup>135</sup> Archivo "Folio 2421 - 2434 Acta C 14 19-48161.pdf" disponible en Folio 8 del cuaderno PÚBLICO FÍSICO del Expediente Digital. Ruta: 20-342027 CUADERNOS PÚBLICOS/PÚBLICO FÍSICO/Folio 8/Folio 2421 - 2434 Acta C 14 19-48161.pdf

<sup>136</sup> Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

<sup>137</sup> Archivo "R 50751 DE 2021.pdf" obrante en el consecutivo 20-342027-319 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>138</sup> Archivo "R 52917 de 2021.pdf" obrante en el consecutivo 20-342027-347 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

2021<sup>139</sup> rechazó la solicitud presentada por **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO** y **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ** para reprogramar sus declaraciones. A su vez, la Resolución No. 69948 del 29 de octubre de 2021<sup>140</sup> decidió sobre unas solicitudes de nulidad, se prescindió de una prueba, se reprogramaron otras y se resolvieron unos recursos de reposición presentados en contra de la Resolución No. 50751 de 2021. Por medio de la Resolución No. 72204 del 10 de noviembre de 2021<sup>141</sup> se prescindió de la práctica de algunas pruebas, se rechazó la solicitud de **PEDRO DIGNO NAVARRO CASTILLA** de declarar la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio en el presente caso y se citó a la audiencia prevista en el inciso 3 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Finalmente, la Resolución No. 76844 del 26 de noviembre de 2021<sup>142</sup> rechazó la solicitud de algunos investigados de reprogramar la audiencia citada por acto administrativo anterior.

A su vez, una vez emitida la Resolución Sancionatoria por parte del Superintendente de Industria y Comercio, se otorgó un nuevo término para que los ahora sancionados presentaran recurso de reposición y aportaran las pruebas que quisieran hacer valer para soportar sus argumentos. Como ya se mencionó, a través de la Resolución No. 51759 de 2022, el Superintendente de Industria y Comercio analizó la solicitud probatoria presentada por algunos de los recurrentes, y decretó y rechazó algunas pruebas, otorgando un término de diez (10) días para que los recurrentes presentaran recurso de reposición contra la decisión de rechazar las pruebas testimoniales solicitadas, recurso que no fue presentado.

En este orden de ideas, es evidente que la Superintendencia de Industria y Comercio ha garantizado el pleno ejercicio de defensa de los administrados, dando lugar a las diferentes etapas probatorias contempladas en el procedimiento administrativo sancionador vigente para investigar y sancionar violaciones al régimen de libre competencia económica.

Ahora bien, respecto a la supuesta violación al derecho de defensa por no haber permitido el testimonio de los miembros de la Delegatura que adelantaron las visitas administrativas, debe mencionarse que los recurrentes, a lo largo de la actuación, han solicitado la práctica de esta prueba, obteniendo en cada etapa la correspondiente explicación por parte de la Entidad de por qué, a la luz del ordenamiento nacional, dichos testimonios no cumplen con los requisitos para ser decretados y practicados como pruebas dentro del Expediente.

Así, al inicio de la actuación, y a través de la Resolución No. 50751 de 2021, la Delegatura rechazó la práctica de estos testimonios, al considerar que:

*"(...) la solicitud es superflua e inútil. Lo acontecido durante la visita administrativa realizada el 5 y 6 de diciembre de 2019 en las instalaciones de FSG se encuentra detallado en el acta de visita. Por lo mismo, en el expediente existen elementos suficientes y claros que demuestran los hechos que transcurrieron durante la visita administrativa referida. Por ello, es innecesario practicar los testimonios de los miembros de la Superintendencia que adelantaron la diligencia para que detallen aspectos que ya se encuentran acreditados en el proceso. En segundo lugar, los investigados incumplieron con la carga establecida en el artículo 212 del CGP para la procedencia de la prueba testimonial. Se limitaron a indicar que las declaraciones pretendidas son necesarias debido a que cada una de las personas presenciaron y realizaron "el procedimiento de visita administrativa realizada los días 5 y 6 de diciembre de 2019" y "en virtud de las presuntas conversaciones recolectadas con vulneración al derecho a la intimidad".*

<sup>139</sup> Archivo "R 54715 de 2021.pdf" obrante en el consecutivo 20-342027-382 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>140</sup> Archivo "R 69948 de 2021.pdf" obrante en el consecutivo 20-342027-456 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>141</sup> Archivo "R 72204 de 2021.pdf" obrante en el consecutivo 20-342027-495 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

<sup>142</sup> Archivo "R 76844 de 2021.pdf" obrante en el consecutivo 20-342027-548 del cuaderno PÚBLICO ELECTRÓNICO del Expediente Digital.

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

Posteriormente, a través de la Resolución No. 69948 de 2021, la misma Delegatura, al resolver un recurso de reposición contra la Resolución No. 50751 de 2021, volvió a manifestar sobre la práctica de estos testimonios que:

*"La Delegatura ha puesto a disposición de los investigados la información relativa a las visitas administrativas, incluyendo las realizadas el 5 y 6 de diciembre de 2019 en las instalaciones de FSG. Así las cosas, en el expediente se encuentra la totalidad de la información que permite a los investigados conocer lo ocurrido en las diligencias, por lo cual la solicitud sigue siendo superflua e inútil de acuerdo con los siguientes tres argumentos.*

*En primer lugar, existen múltiples documentos que dan cuenta y claridad sobre lo que ocurrió en dicha diligencia. En el expediente hay registro de lo sucedido en la visita administrativa referida y de los procedimientos que allí se realizaron. Así, en el expediente obra el "Acta de Inspección de Visita Administrativa" en la que se detallan las actividades realizadas en esos dos días y los elementos recaudados. Así mismo, se encuentran los registros de cadena de custodia en los que se detalla la fecha, hora y los elementos de prueba o evidencia física recolectados. Adicionalmente, está el "Testigo Documental del Contenedor de Evidencia Digital Ubicado Fuera del Expediente", que da claridad sobre dónde se encuentra ubicada físicamente la totalidad de la información recaudada, entre otros.*

*En segundo lugar, en el acta de visita administrativa se encuentra detallada la información que se solicitó y, por lo tanto, un testimonio para controvertir dichos elementos probatorios es inútil. Así mismo, los formatos de manejo de la información son claros y ya obran en el expediente para que los investigados los verifiquen, analicen y así puedan ejercer su derecho de contradicción y de defensa.*

*En tercer lugar, la inutilidad de la prueba se fundamenta en que los testimonios que los investigados solicitaron pretenden la ratificación de documentos públicos. Al respecto, la Delegatura pone de presente que el artículo 257 del CGP establece que "los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, de su fecha y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza". Teniendo en cuenta que el artículo 243 del CGP dispone que es documento público "el otorgado por el funcionario público en ejercicio de sus funciones o con su intervención", los documentos a los que los investigados hacen alusión se reputan como documentos públicos.*

*En consecuencia, su contenido da fe de su otorgamiento, por lo cual no requieren de un testimonio de los funcionarios que los suscribieron para corroborar lo que allí está consignado. Considerando lo anterior, la Delegatura no repondrá la decisión de los numerales 2.3.1.2 y 2.3.1.3.*

(...)

*Los argumentos planteados por los investigados no permiten sostener que las declaraciones solicitadas sean útiles. Por el contrario, demuestran que lo que se busca obtener con el medio de prueba requerido es superfluo e inútil. El objeto y los hechos que se indagaban durante la visita administrativa están consignados –con el grado de precisión admisible en el marco de este procedimiento administrativo en los términos de la jurisprudencia constitucional– en la credencial y en el acta de la visita administrativa cuestionada. En relación con las normas presuntamente vulneradas estas únicamente se consignan en la resolución de apertura dada la naturaleza de la etapa de la averiguación preliminar. Así, a continuación se detallarán los argumentos por los que la Delegatura mantendrá la decisión adoptada.*

*En primer lugar, la Delegatura reitera que el objeto de la visita administrativa a la que los investigados aludieron se encuentra descrito en la credencial y en el acta de visita de esa diligencia. Ahora, es importante señalar que la recolección de información realizada durante el 5 y 6 de diciembre de 2019 se dio en el marco de una averiguación preliminar. La averiguación preliminar tiene carácter reservado y tiene como principal objetivo verificar si existe o no suficiente mérito para iniciar una investigación formal con pliego de cargos. Por lo tanto, es una etapa que, como lo ha precisado la jurisprudencia, no está sujeta a formalidades. En consecuencia, durante la averiguación preliminar no existe una imputación*

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

concreta, ni hechos investigados ni normas presuntamente infringidas y, por lo tanto, el carácter preliminar se refleja en la forma en la que se adelantan las diligencias que se practican en esta etapa. Únicamente en la etapa de investigación, en la que el derecho de defensa y contradicción surge plenamente, se establecen cuáles serían las normas presuntamente infringidas.

En tal sentido, el objeto de la visita aludida se identificó en el acta y la credencia de la visita administrativa con el único alcance que en ese momento podía tener: "verificar si en el desarrollo del objeto social de la empresa se observan las normas relacionadas con la libre competencia económica en el marco de procesos de contratación con el Estado". Allí se precisó el objeto de la visita, es decir, la verificación del cumplimiento de la normativa relativa a la libre competencia en el contexto de la contratación estatal. En consecuencia, el objeto de la visita administrativa del 5 y 6 de diciembre de 2019 está acreditado dentro del proceso. Por otra parte, los investigados alegaron que no fueron mencionadas en la visita administrativa del 5 y 6 de diciembre de 2019 las normas infringidas. Frente a esto, se reitera que ello se explica con la naturaleza de la etapa preliminar, por lo cual la declaración de los miembros de la Superintendencia que adelantaron dicha diligencia no es necesaria.

En segundo lugar, en lo relacionado con la posibilidad que la Superintendencia tenía para recaudar la información relacionada con **FSG**, la Delegatura reitera que dicha diligencia se llevó a cabo de conformidad con la normativa aplicable (numerales 7.1. y 7.4. de la Resolución No. 50751 de 2021). Además, se insiste en que la persona que es objeto de una visita administrativa puede haber intercambiado comunicaciones con otras personas en el marco de su actividad comercial, como sucede en el caso de FSG y LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN y LUIS ALEJANDRO MONDRAGÓN MARROQUÍN. Esto no implica que la Superintendencia deba contar con el consentimiento de todas las personas que intercambian comunicaciones con la persona que es objeto de la visita administrativa (numeral 7.4. de la Resolución No. 50751 de 2021)".

Finalmente, en la Resolución No. 51759 de 2022, el Superintendente de Industria y Comercio, al resolver sobre la misma solicitud probatoria en el marco de la actuación de recurso de reposición en contra de la Resolución Sancionatoria, manifestó:

*"Los testimonios solicitados resultan superfluos e inútiles, toda vez que los hechos que pretenden probarse con los mismos están consignados en las actas de visita administrativa suscrita por los miembros de esta Superintendencia, de quienes se pretende obtener testimonio.*

*En efecto, debe recordarse que ya obran en el Expediente las actas de visita administrativa de los días 5 y 6 de diciembre de 2019, las cuales dan cuenta de lo ocurrido en estas diligencias, así como de las múltiples solicitudes y explicaciones dadas por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio.*

*Es importante mencionar, que dichas actas cumplen con los requisitos establecidos en el Capítulo Séptimo del Título I de la circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el cual, se establece que las actas deberán ser levantadas una vez se finalice la visita administrativa de inspección, y "En ésta se dejará constancia de todo lo ocurrido en la visita y de los documentos que acompañan; serán suscritas por los funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio y por las personas que atendieron la visita e intervinieron en ella, por expresa autorización de la persona natural y jurídica visitada". En el caso en concreto, es de mencionar que las citadas actas obrantes en el Expediente cumplen en su totalidad con los anteriores requisitos.*

*De esta forma, es importante mencionar que las actas a las que se ha hecho referencia, al ser suscritas por los miembros de esta Superintendencia de quienes ahora pretende obtenerse testimonio, contienen toda la información de la que pueden dar cuenta dichos servidores públicos, y, por lo tanto, en caso de ser llamados como testigos, se obtendría la misma información que ya obra en el Expediente, y la cual hace parte del acervo probatorio en el presente trámite administrativo.*

"Por la cual se resuelven unos recursos de reposición"

*En razón a lo expuesto, este Despacho no accederá al decreto de las pruebas testimoniales solicitadas por los recurrentes, en razón a que no encuentra verificado el requisito de utilidad para tal efecto".*

En este orden de ideas, es claro que, lejos de incurrir en una violación al derecho de defensa de los recurrentes, la Superintendencia de Industria y Comercio ha hecho, en cada etapa del proceso, una debida valoración de la solicitud presentada por **LUIS ALEJANDRO MONDRÁGON MARROQUÍN** y **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN** respecto a la práctica del testimonio de los miembros de la Delegatura que adelantaron las visitas administrativas.

Sin embargo, el hecho de que, a criterio de esta Entidad, y basándose siempre en los presupuestos legales que deben cumplirse para el decreto y práctica de pruebas, se haya considerado que dichos testimonios resultan inútiles y superfluos, por existir otros elementos de prueba idóneos que ya muestran lo que se pretende probar, no puede considerarse de ninguna manera como una violación al debido proceso y al derecho de defensa de los investigados. Esto, pues de seguir la tesis de los recurrentes, las autoridades y operadores judiciales deberían entonces limitarse a decretar todos los elementos de prueba solicitados por las partes, sin validar si los mismos se ajustan o no a los criterios establecidos en la ley, abriendo la posibilidad a unas etapas probatorias excesivamente largas y desgastantes, que irían en contra de los principios de económica y eficiencia que rigen este tipo de actuaciones procesales.

Por este motivo, no se encuentra razón en los argumentos presentados por los recurrentes sobre este aspecto.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

#### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR** en todas sus partes la Resolución No. 37344 del 15 de junio de 2022, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **TRANSPORTES ESPECIALES F.S.G. S.A.S.**, identificada con Nit No. 830.117.701-1, **FERNANDO SUÁREZ GONZÁLEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.450.358, **HDL LOGÍSTICA S.A.S.**, identificada con Nit No. 900.307.145-3, **JOSÉ HERNÁN BULLA LUQUE**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.304.864, **JAIRO ALFONSO ACUÑA BELTRÁN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.387.273, **GABRIEL ROBERTO CETINA CASTRO**, identificado con cédula de ciudadanía No. 79.487.086, **YENNY JOHAN PÉREZ LÓPEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.048.193, **GLORIA INÉS CANO ROJAS**, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.667.237, **LUZ MARINA JIMÉNEZ MARTIN**, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.766.086, y **LUIS ALEJANDRO MONDRÁGON MARROQUÍN**, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.014.197.530, entregándoles copia de la misma e informándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

#### NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los ( 13 OCT 2022 )

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO (E),**

  
**JUAN CAMILO DURÁN TÉLLEZ**