

**RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN 59169 DE
2018 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y
COMERCIO**

Caso *TICKETSHOP*

Prácticas restrictivas de la competencia – Acuerdos Anticompetitivos

Investigados:

Federación Colombiana de Fútbol (FCF), Comercializadora de Franquicias SAS (TICKETSHOP), Tu Ticketya.com (TICKET YA), Elias José Yamhire Daccarett, Rodrigo de Jesús Rendón Cano, Rodrigo Alejandro Rendón Ruiz, Medardo Alberto Romero Riveros, David Albero Romero Vega, Roberto Saer Daccarett, Luis Herberto Bedoya Giraldo, Ramón de Jesús Jesurún Franco, Álvaro González Álzate, Jorge Fernando Perdomo Polanía, Juan Alejandro Hernández Hernández, Claudio Javier Cogollo Merlano, Elkin Enrique Arce Mena, Andrés Tamayo Lannini, Rodrigo José Cobo Morales, César Ronaldo Carreño Castañeda Iván Darío Arce Gutiérrez, Elías José Yamhure Daccarett, Leticia Mercedes Guijarro Daza

Análisis del CEDEC

Por:

Alfonso Miranda Londoño

Bogotá D.C., junio de 2020

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	3
2. CONDUCTAS IMPUTADAS	4
3. CONSIDERACIONES DE LA DELEGATURA	4
4. CONSIDERACIONES SOBRE LA EXISTENCIA DE COLUSIÓN EN LICITACIÓN PÚBLICA.	12
5. DECISIÓN DE LA SUPERINTENDENCIA	27
6. ANÁLISIS Y CONCLUSIONES DEL CEDEC	35

RESUMEN Y ANÁLISIS DE LA RESOLUCIÓN No. 59169 DE 2018 DE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO

Caso TICKETSHOP

Prácticas restrictivas de la competencia – Acuerdos Anticompetitivos

Investigados:

Federación Colombiana de Fútbol (FCF), Comercializadora de Franquicias SAS (TICKETSHOP), Tu Ticketya.com (TICKET YA), Elías José Yamhire Daccarett, Rodrigo de Jesús Rendón Cano, Rodrigo Alejandro Rendón Ruiz, Medardo Alberto Romero Riveros, David Alberó Romero Vega, Roberto Saer Daccarett, Luis Herberto Bedoya Giraldo, Ramón de Jesús Jesurún Franco, Álvaro González Álzate, Jorge Fernando Perdomo Polanía, Juan Alejandro Hernández Hernández, Claudio Javier Cogollo Merlano, Elkin Enrique Arce Mena, Andrés Tamayo Lannini, Rodrigo José Cobo Morales, César Ronaldo Carreño Castañeda Iván Darío Arce Gutiérrez, Elías José Yamhure Daccarett, Leticia Mercedes Guijarro Daza

1. Introducción

La presente actuación administrativa inició con ocasión de la solicitud que TICKETSHOP realizó ante el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia con el fin de acogerse al Programa de Beneficios por Colaboración (en adelante “PBC”), de conformidad con los términos previstos en el artículo 2.2.2.29.2.3 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1523 de 2015^[3]. Para tal efecto, TICKETSHOP aceptó su participación en la ejecución de conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica y aportó información a la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante Delegatura), que junto a la información recaudada en la etapa preliminar, evidenciaron que se habría llevado a cabo un acuerdo tendiente a restringir la competencia que tuvo por objeto: (i) excluir a los competidores para la operación de venta y comercialización de boletería y; (ii) la desviación masiva de boletas con fines de reventa, para los partidos de fútbol disputados por la Selección Colombia en condición de local en la ciudad de Barranquilla, en el marco de la eliminatoria al mundial de Rusia 2018.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia certificó el cumplimiento de los requisitos establecidos en el

artículo 2.2.2.29.2.3 del Decreto 1074 de 2015, modificado por el Decreto 1523 de 2015, y, en consecuencia, TICKETSHOP marcó su entrada al PBC como **primer solicitante**. Posteriormente, cumplidos los requisitos de ley, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia suscribió con TICKETSHOP el respectivo Convenio de Beneficios por Colaboración. Así mismo, ordenó mediante memorando radicado con el No. 17-327215-57 del 19 de febrero de 2018^[4], dar inicio a una averiguación preliminar con el fin de establecer si existía evidencia sobre la posible comisión de prácticas comerciales restrictivas de la libre competencia.

2. Conductas imputadas

Mediante la Resolución No. 53719 del 30 de julio de 2018^[5], la Delegatura ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra los agentes de mercado referidos, para determinar si presuntamente habrían participado en un acuerdo anticompetitivo en los términos descritos en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. Adicionalmente, se abrió investigación contra las personas naturales Identificadas en la Tabla No. 1, para determinar si Infringieron lo dispuesto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 -modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009- por presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado los comportamientos anticompetitivos desplegados por los agentes de mercado Investigados.

3. Consideraciones de la Delegatura

PRESUNTA VIOLACIÓN AL DEBIDO PROCESO Y DEFENSA DE LOS INVESTIGADOS

Los Investigados Indicaron que la resolución de apertura de Investigación y formulación de pliego de cargos fue expedida en desmedro de sus garantías constitucionales. Por un lado, algunos Investigados alegaron la falta de motivación y falsa motivación de dicha resolución, lo cual, además, habría vulnerado el principio de tipicidad. Por otro lado, algunos Investigados sostuvieron que el citado acto administrativo atentó contra la presunción de inocencia, comoquiera que presumió la culpabilidad -como elemento cognoscitivo- de los Investigados en las conductas Imputadas, sin contar con las pruebas para ello. Por último, otros Investigados manifestaron que en la Resolución No. 53719 de 2018 se realizó un prejuzgamiento, circunstancia que vulneraría el principio de Imparcialidad que rige los procedimientos administrativos sancionatorios.

En este punto, se recuerda que en la Resolución No. 38611 de 2019, la Delegatura resolvió algunas alegaciones presentadas por la FCF, MEDARDO ALBERTO ROMERO RIVEROS ("Socio"/TICKET YA), ("Socio"/TICKET YA), RODRIGO DE JESÚS RENDÓN CANO

(“Socio”/TICKET YA) y RODRIGO ALEJANDRO RENDÓN RUIZ (“Socio”/TICKET YA) en contra del acto administrativo de Imputación. En dicha oportunidad, los Investigados sostuvieron que la Resolución No. 53719 de 2018 vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y defensa por no contar con suficientes pruebas que dieran noticia de la necesidad de abrir la investigación. En ese sentido, los Investigados concluyeron que no existió una etapa de averiguación preliminar por haberse dado inicio a un trámite administrativo basándose exclusivamente en las pruebas aportadas por TICKETSHOP - como delator-, dando lugar a un prejuzgamiento y/o “sentencia anticipada” por parte de la Delegatura. Ante dicha situación, la Delegatura resolvió que dicho acto administrativo no adoleció de falta de motivación, ni fue falsamente motivado. La Delegatura soportó sus argumentos con los siguientes fundamentos:

(I) el acto de apertura de Investigación no debe contar con aquellas pruebas que demuestren la Incuestionable responsabilidad de los Investigados, pues no es propio de la naturaleza de dicho acto ni mucho menos de la etapa de la averiguación preliminar; (ii) la averiguación preliminar es una etapa prescindible en las actuaciones administrativas que se adelantan por presuntas Infracciones al régimen de la libre competencia económica y; (iii) las conclusiones fácticas y jurídicas realizadas por la Delegatura en la Resolución No. 53719 de 2018 se encuentran sometidas a controversia, por lo que el simple desacuerdo de los Investigados sobre las situaciones allí Identificadas no conlleva a la nulidad del acto administrativo^[27].

SUPUESTA FALTA Y FALSA DE MOTIVACIÓN DE LA RESOLUCIÓN NO. 53719 DE 2018

Los investigadores^[28] manifestaron que en el acto de apertura de investigación no se determinó de forma concreta su participación en las conductas imputadas. En ese sentido, manifestaron que la imputación realizada por la Resolución No. 53719 de 2018: (i) careció de fundamentos tácticos; (ii) no contó con elementos probatorios que sustentaran las acusaciones de la Delegatura y; (iii) contrarió los principios de tipicidad y legalidad. En este último evento, sostuvieron que el acto administrativo endilgó conductas atípicas a algunos investigadores, mientras que, a otros, no les definió de forma concreta su grado de participación en las conductas imputadas.

Por otro lado, algunos investigadores^[29] sostuvieron que la Resolución No. 53719 de 2018 fue falsamente motivada. Para soportar su alegación, manifestaron que los fundamentos presentados en el acto de imputación son falsos, genéricos o confusos, debido: (i) al inexistente material probatorio sobre la comisión de las conductas imputadas y; (ii) la indebida interpretación de hechos o pruebas por parte de la Delegatura.

Por último, **LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO** (Presidente de la FCF para la época de

los hechos) manifestó en el transcurso de la diligencia de ratificación de **IVÁN DARÍO ARCE GUTIÉRREZ** (Gerente Administrativo de **TICKETSHOP**) del 15 de noviembre 2019 que el acto de apertura es nulo por haber sido falsamente motivado. Para soportar su afirmación, alegó que la declaración rendida por este investigado el 4 de septiembre de 2018 en el marco del **PBC** era nula por encontrarse incompleta. En ese sentido, sostuvo que, teniendo en cuenta que dicha prueba fue utilizada "en cuarenta y tres (43) oportunidades"^[30] en la Resolución No. 53719 de 2018, dicha circunstancia devendría en la nulidad de ese acto administrativo.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, los investigados manifestaron de forma unívoca y conjunta que la Resolución No. 53719 de 2018 vulneró sus derechos fundamentales al debido proceso y de defensa. Tal afirmación, según su decir, por cuanto se les impidió defenderse de las conductas imputadas que, además, no fueron debidamente demostradas por la Delegatura.

CONSIDERACIONES

De conformidad con los señalamientos planteados por los investigados sobre la falta y falsa motivación de la Resolución No. 53719 de 2018, la Delegatura desestimaré tales argumentos por cuanto el acto de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos fue debidamente motivado. A continuación, esta Delegatura procede a exponer: (i) la falta y falsa motivación como vicios del acto administrativo;

(ii) la naturaleza y los requisitos del acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos y; (iii) la legalidad de la Resolución No. 53719 de 2018.

La falta y falsa motivación como vicios del acto administrativo

En primer lugar, se recuerda lo sostenido por la jurisprudencia contencioso-administrativa frente a la falta y falsa de motivación como vicios de los actos administrativos. Así, el Consejo de Estado ha indicado que^[34]: (i) la falta de motivación comprende la omisión de uno de los requisitos en el procedimiento de creación del acto administrativo, constituyéndose en una causal de nulidad del mismo por haber sido expedido de forma irregular. Por otro lado, (ii) la falsa motivación alude a la situación según la cual existe motivación del acto, pero aquella no corresponde a la realidad de los hechos que lo fundamentan.

En segundo lugar, se tiene que la citada Corporación ha indicado las pautas que han de tener en cuenta quienes los aleguen y pretendan su prosperidad, en los siguientes términos^[32]:

"(...) Para que prospere la pretensión de nulidad de un acto administrativo con fundamento en la causal denominada falsa motivación, la Sala ha señalado que "es necesario que se demuestre una de dos circunstancias: a) O bien que los hechos que la Administración tuvo en cuenta como motivos determinantes de la decisión no estuvieron debidamente probados dentro de la actuación administrativa; o b) Que la Administración omitió tener en cuenta hechos que sí estaban demostrados y que si hubiesen sido considerados habrían conducido a una decisión sustancialmente diferente". Por su parte, **en cuanto a la falta o ausencia de motivación,** la Sección Cuarta ha señalado lo siguiente: **"La motivación de un acto implica que la manifestación de la administración tiene una causa que la justifica y debe obedecer a criterios de legalidad, certeza de los hechos, debida calificación jurídica y apreciación razonable: los motivos en que se instituye el acto deben ser ciertos, claros y objetivos. Los motivos del acto administrativo deben ser de tal índole, que determinen no sólo la expedición de un acto administrativo sino su contenido y alcance; la motivación debe ser clara, puntual y suficiente, hasta tal punto que justifique la expedición de los actos y que suministre al destinatario las razones de hecho y de derecho que: inspiraron la producción de los mismos. En cuanto a la falta de motivación, la Sala recuerda que este cargo se denomina técnicamente expedición en forma irregular del acto. En efecto, cuando la Constitución o la ley mandan que ciertos actos se dicten de forma motivada y que esa motivación conste, al menos en forma sumaria, en el texto del acto administrativo, se está condicionando la forme del acto administrativo, el modo de expedirse.** Si la Administración desatiende esos mandatos normativos, incurre en vicio de expedición irregular y, por ende, so configura la nulidad del acto administrativo. **En efecto, la expresión de los motivos por los cuales se profiere un acto administrativo de carácter particular y concreto es indispensable, pues es a partir de los mismos que el administrado puede controvertir aquellos aspectos de hecho y de derecho que considera no pueden ser el soporte de la decisión, pero cuando se prescinde de la motivación se impide que el particular afectado con la decisión pueda ejercitar cabalmente su derecho de defensa y contradicción"**. (Destacado fuera del original)

Significa lo anterior que, quien pretenda que se declare la falsa motivación de un acto administrativo tiene la carga de demostrar que los hechos que lo fundamentaron no ocurrieron, o que, estando probados, deben llevar a conclusión distinta a la sostenida por la Administración. Por su parte, dado el alcance de las situaciones que alude la falta de motivación, quien procure poner en tela de juicio el acto administrativo por su carente motivación, tendrá a su cargo probar que el mismo fue expedido sin los requisitos mínimos previstos por el ordenamiento jurídico. Tal afirmación, en concordancia con el artículo 167 del CGP que dispone:

"Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto

jurídico que persiguen”.

Agotadas las consideraciones precedentes, relativas a la conceptualización de las irregularidades alegadas por los investigados y los requisitos que les asisten a estos últimos en razón de las mismas, se procede a señalar los requisitos de forma y fondo con que debe contar el acto administrativo sometido a discusión.

El acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos

Con sustento en la jurisprudencia del Consejo de Estado^[33], el acto administrativo del pliego de cargos comprende dos aspectos. Por un lado, contiene la relación de las faltas que concretan una imputación jurídico-fáctica de quien es objeto de la investigación. Por otro, se muestra como la pieza que delimita el debate probatorio y plantea el marco de la imputación en que se ejercerá el derecho de defensa. En ese sentido, se ha catalogado el pliego de cargos como un acto preparatorio, esto es, como “aquellos que adopta la administración para tomar una decisión final o definitiva sobre el fondo de un asunto”^[34] y, por lo tanto, “(...) no es de aquellos actos que ponen fin a la actuación respectiva, sino que, por el contrario (...) la impulsan propiciando su continuidad”^[35]. En consecuencia, el Consejo de Estado ha sostenido que es a partir de la formulación del pliego de cargos que “se traba probatoriamente la relación entre investigado e investigador, porque es a partir de allí, cuando se despliega una mayor actividad y se ejerce plenamente el derecho de contradicción y defensa”^[36].

En el caso particular de los trámites administrativos que se adelantan por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica, conforme lo disponen los artículos 52 del Decreto 2153 de 1992 -modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012- y 47 del CPACA, se tiene que el acto de imputación por el cual se abre investigación y de formula pliego de cargos que expide esta Delegatura debe reunir y presentar los elementos probatorios que permitan concluir que existe mérito suficiente para iniciar y/o adelantar dicha actuación administrativa. De forma más concreta y ante la remisión normativa expresa que realiza el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, el artículo 47 del CPACA dispuso que:

“Artículo 47. Procedimiento administrativo sancionatorio (...) Cuando como resultado de averiguaciones preliminares, la autoridad establezca que existen méritos para adelantar un procedimiento sancionatorio, así lo comunicará al interesado. Concluidas las averiguaciones preliminares, si fuere del caso, formulará cargos mediante acto administrativo en el que señalará, con precisión y claridad, los hechos que lo originan, las personas naturales o jurídicas objeto de la investigación, las disposiciones presuntamente vulneradas y las sanciones o medidas que serían procedentes. Este acto

administrativo deberá ser notificado personalmente a los investigados. Contra esta decisión no procede recurso.

(...)"

De conformidad con la norma transcrita, esta Delegatura concluye que el acto con el que se formula una Imputación se encuentra suficientemente motivado cuando en este se Incluyen: (i) los hechos que originan la actuación administrativa y las pruebas que los sustentan; (ii) las personas naturales o jurídicas objeto de la Investigación; (iii) las disposiciones presuntamente vulneradas y; (iv) las sanciones o medidas a las que se podrían someter los Investigados. Así las cosas, se procede a examinar el lleno de los requisitos del acto administrativo sometido a estudio por los Investigados.

La legalidad de la Resolución No. 53719 de 2018

El acto de apertura de Investigación y formulación de cargos de la presente actuación administrativa fue debidamente motivado. Por lo tanto, las alegaciones de los Investigados carecen de fundamento, resultaron contradictorias con su comportamiento en el proceso y partieron de la equívoca naturaleza que dieron al acto administrativo analizado. Para tal efecto, esta Delegatura realiza las siguientes consideraciones:

Como se Indicó de forma previa, LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO (Presidente de la FCF para la época de los hechos) alegó la falsa motivación de la Resolución No. 53719 de 2018 por haber sido sustentada en la declaración del 4 de septiembre de 2018 de IVÁN DARÍO ARCE GUTIÉRREZ (Gerente Administrativo de TICKETSHOP). Ajuicio del Investigado, dicha prueba fue obtenida en contra del debido proceso y, por lo tanto, las actuaciones adelantadas en el presente trámite administrativo -como la propia prueba- se encontraban viciadas. Frente a la situación planteada, la Resolución No. 65924 de 2019 resolvió que la declaración de IVÁN DARÍO ARCE GUTIÉRREZ (Gerente Administrativo de TICKETSHOP) y las actuaciones surtidas en la presente actuación se ajustaban a derecho. Entre los distintos argumentos esgrimidos por la Delegatura para soportar tal afirmación, se indicó que, en todo caso, la nulidad de la prueba no acarrearía la nulidad del proceso en atención a lo prescrito por el artículo 133 del CGP y la sentencia T - 233 de 2007 de la Corte Constitucional.

Ahora bien, conforme a lo sostenido por LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO (Presidente de la FCF para la época de los hechos) y las consideraciones realizadas por la Delegatura al respecto, se encuentra que lo que pretendió el Investigado fue alegar la falta de motivación del acto de apertura de Investigación y formulación de pliego de cargos porque en su concepto no había suficientes pruebas que soportaran los cargos imputados. Lo dicho, como quiera que el Investigado supuso que la supresión de una prueba que

considero como “nula” dejaría sin fundamento la Resolución No. 53719 de 2018. Es decir, LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO (Presidente de la FCF para la época de los hechos) alegó la falta de uno de los requisitos formales previstos para la expedición de los actos administrativos, mas no sustentó su decir en la inexistencia material de la prueba o conclusiones contrarias a la esencia de la misma que hubiere realizado la Delegatura. En ese sentido, se procede a señalar las razones de hecho y de derecho que permiten afirmar que la Resolución No. 53719 de 2019 no careció de motivación, ni fue falsamente motivada.

La Resolución No. 53719 de 2018 se encuentra debidamente motivada

En primer lugar, ante los hechos y pruebas que fundamentaron el acto de apertura, se tiene que la Resolución No. 53719 de 2018 expuso cada uno de los hechos que, en virtud del PBC y de la actuación procesal surtida hasta ese punto, soportaron la imputación formulada contra la totalidad de los investigados. De hecho, se puntualizaron las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que las personas jurídicas y naturales habrían participado de forma activa u omisiva en la comisión de las conductas anticompetitivas endilgadas. Adicionalmente, en ese acto administrativo se refirieron y presentaron los fundamentos probatorios de las conclusiones sobre los aspectos tácticos. En particular, se hizo referencia a múltiples declaraciones, documentos y correos electrónicos, entre otros medios de prueba.

En segundo lugar, sobre la identificación de los sujetos objeto de la investigación, la Delegatura precisó cada una de las personas naturales y jurídicas a quienes se les atribuyó responsabilidad administrativa por los hechos que en el presente trámite se investigan. Así, en el acápite 13.1. de la Resolución 53719 de 2018 se incluyó el estudio de la imputación táctica que se realizó a cada uno de los agentes de mercado y personas naturales vinculados a ellos, con sustento en los hechos y pruebas referidos que dieron lugar a las conductas investigadas.

La motivación de la Resolución No. 53719 de 2018 no fue falsamente motivada

La Resolución No. 53719 de 2018, además de haber contado con los requisitos previstos por la ley para su expedición, fue motivada conforme a derecho. En ese sentido, se afirma que: (I) la misma no se fundó en hechos contrarios a la realidad y; (ii) los argumentos de los Investigados partieron de la errónea comprensión de las etapas de averiguación preliminar e investigación, así como también, de la naturaleza del acto administrativo de apertura de Investigación y formulación de pliego de cargos.

En primer lugar, como se estableció en el acápite precedente, la Resolución No. 53719 de 2018 contó con todos los elementos necesarios para dar inicio a la presente actuación

administrativa. Para tal efecto, se tuvieron en cuenta las pruebas recaudadas en virtud del PBC y las obtenidas en la etapa de averiguación preliminar. Por lo tanto, ante las discrepancias de los Investigados frente a los hechos que fueron base de la Imputación realizada a ellos, no procede manifestar la simple inconformidad con el razonamiento que de ellos haya realizado la Delegatura o de la supuesta falsedad de los mismos, pues tales supuestos de hecho fueron sometidos a contradicción durante el periodo probatorio de la presente actuación administrativa. Sobre el particular, se recuerdan los supuestos procesales con los que cuentan los Investigados para mantener Incólume la presunción de inocencia que radica en su cabeza y, de paso, demostrar que la hipótesis construida por la Administración en su contra no encuentra sustento fáctico o jurídico dentro del desarrollo del periodo probatorio, a saber: la necesidad de la prueba, la libertad probatoria, la carga de la prueba y la apreciación en conjunto de las pruebas (artículos 164, 165, 167 y 176 del CGP).

En segundo lugar, los Investigados sostuvieron de forma equívoca que la Resolución 53719 de 2018 no probó de forma plena su responsabilidad en las conductas objeto de la Investigación. Tal afirmación desconoce el procedimiento que se adelanta en el marco de las Investigaciones por Infracciones al régimen de la libre competencia económica. Al respecto, se recuerda que de conformidad con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 -modificado parcialmente por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012^[37]-, el procedimiento administrativo sancionatorio en materia de prácticas restrictivas de la competencia está dividido en tres etapas: (i) averiguación preliminar; (ii) investigación y, (iii) decisión. Las dos primeras están en cabeza del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, mientras que la tercera está en la del Superintendente de Industria y Comercio.

Así, la averiguación preliminar tiene como principal objetivo verificar si existe suficiente mérito para iniciar una investigación, esto es, determinar la probable existencia o no de una infracción de las normas sobre protección de la competencia (ocurrencia de los hechos, características del mercado posiblemente afectado e identidad de los posibles infractores). Teniendo en cuenta el propósito de esta etapa preliminar, durante su desarrollo no hay personas (naturales o jurídicas) a las que se les hubiere atribuido la condición de investigados, propiamente dichos^[38]. Por su parte, la etapa de investigación supone el inicio de un procedimiento administrativo sancionatorio formal. Comienza con la formulación de pliego de cargos, continua con el debate probatorio y finaliza con la expedición del Informe Motivado por parte del Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia, en el que, agotada la instrucción, y luego de una audiencia de sustentación oral, este recomienda al Superintendente de Industria y Comercio declarar la correspondiente responsabilidad administrativa y proferir la sanción o, de ser el caso, archivar el trámite de investigación^[39].

En ese sentido, no podían pretender los investigados que el acto administrativo referido contara con los elementos de juicio que determinaran y declararan su responsabilidad por las conductas imputadas. Como se indicó, dicho acto administrativo contiene -entre otros elementos- la hipótesis táctica y jurídica sobre la cual la Administración ejerce sus funciones y sobre la que se dirimirán las controversias pendientes. Por lo tanto, como se indicó en la Resolución No. 38611 de 2019, no es propio de la naturaleza del acto de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, ni de las etapas de averiguación preliminar e investigación, emitir la decisión final. Por el contrario, suponer tal escenario sería igual que: (i) obviar el procedimiento previsto por la Ley; (ii) asumir competencias propias del Superintendente de Industria y Comercio y; (iii) vulnerar la totalidad de las garantías constitucionales con las que cuentan los investigados para ejercer su derecho de defensa, contradicción y debido proceso.

Sobre la culpabilidad y la presunción de inocencia en las conductas imputadas en la Resolución No. 53719 de 2018

a. Fundamentos de la solicitud

Algunos investigados alegaron que el acto de apertura no demostró el elemento de la culpabilidad, como elemento cognoscitivo en las conductas imputadas. Por un lado, JORGE FERNANDO PERDOMO POLANÍA (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) señaló que la Ley 1340 de 2009 no contiene una presunción de culpa de los administradores, por lo tanto, sus actuaciones como administrador en el Comité Ejecutivo de la FCF no pueden ser constitutivas de una infracción al régimen de la libre competencia. Por su parte, RODRÍGO JOSÉ COBO MORALES (Ex Gerente Administrativo de la FCF) manifestó no conocer los comportamientos anticompetitivos de los demás investigados, por lo que de dicha situación se colige su ausencia de culpabilidad en las conductas imputadas. Por último, MEDARDO ALBERTO ROMERO RIVEROS, DAVID ALBERTO ROMERO VEGA, RODRIGO DE JESÚS RENDÓN CANO y RODRIGO ALEJANDRO RENDÓN RUÍZ (“Socios”/TICKET YA) manifestaron que la Delegatura les endilgó responsabilidad sobre la base de un criterio de responsabilidad objetiva, comoquiera que no realizó un análisis de la culpa y/o la responsabilidad individual de cada uno de los investigados.

En suma, los investigados sostuvieron que la carencia probatoria del elemento de la culpabilidad en las conductas imputadas devino en una contravención a su garantía constitucional de la presunción de inocencia.

4. Consideraciones del Despacho

Sobre la culpa y el conocimiento de los hechos objeto de esta investigación por

parte de los Investigados, esta Superintendencia procederá a hacer las siguientes consideraciones:

En primer lugar, ante las aseveraciones de la falta de elementos probatorios de la Resolución No. 53719 de 2018, esta Delegatura reitera sus consideraciones previas sobre la naturaleza y los elementos de dicho acto administrativo. Por lo tanto, no son de recibo los argumentos relativos al carente material probatorio del acto de imputación para iniciar el presente trámite o probar la culpabilidad y desvirtuar la presunción de inocencia que recae en cabeza de los investigados. Lo dicho, pues tal situación: (i) equivaldría al desconocimiento de las etapas previstas por la ley para adelantar investigaciones por presuntas infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica y; en todo caso, (ii) está sometida a las resultas del periodo probatorio de la presente actuación administrativa, así como el consecuente estudio que de ellas realice esta Delegatura para emitir su recomendación en el presente Informe Motivado.

En segundo lugar, como se refirió en el acápite en el que se presentaron las consideraciones para sustentar que el acto de apertura se encuentra debidamente motivado, es importante reiterar que en la Resolución No. 53719 del 30 de julio de 2018 se encuentran descritas las conductas y las normas que habrían infringido los investigados. En ese sentido, la Delegatura inició la presente investigación con la finalidad de determinar si los investigados, de forma activa u omisiva, habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia.

En tercer lugar, resulta cierto que el régimen de protección de la libre competencia económica no contiene presunción alguna de culpa frente a los sujetos disciplinables. La responsabilidad de una persona natural por incurrir en conductas restrictivas de la competencia no deviene automáticamente del hecho de que aquella pertenezca o se encuentre vinculada con un agente económico del mercado frente del cual se haya demostrado la comisión de una práctica restrictiva de la competencia. Por el contrario, la Autoridad debe contar con pruebas que den cuenta de la conducta activa o pasiva de la persona vinculada al agente de mercado infractor. Pese a lo anterior, el verbo “tolerar” se encuentra incluido en los comportamientos que pueden ser desplegados por las personas naturales vinculadas con un agente infractor del régimen de libre competencia económica. Sobre el particular, esta Superintendencia ha señalado que la responsabilidad administrativa en el caso de conductas pasivas o por omisión, se predica cuando “(...) la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios”^[40].

Lo anterior concuerda con lo previsto en los artículos 22, 23 y 24 de la Ley 222 de 1995. Allí se dispuso que los Integrantes de Junta Directiva, como administradores de la sociedad, tienen el deber de actuar con “la diligencia de un buen hombre de negocios” con el objetivo de “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales”, cualquiera que sea su materia. Entre estas “disposiciones legales” enunciadas por la norma, se encuentran Incluidas las disposiciones del régimen de protección de la libre competencia económica. Sobre este último punto, esta Delegatura ha expuesto que “quien asume el rol de ser administrador o de manera específica el de representante legal, asume también la carga de conocer las actividades que se realizan en la empresa que administra o representa, hasta donde sea ello razonable, y no puede, en principio, eximirse de dicha carga con la mera afirmación de no haber conocido o no estar a cargo de la situación que generó la actuación administrativa (...)”^[41].

Por lo tanto, la alegada falta de conocimiento o de acción directa por los Investigados para la concreción de las conductas Infractoras del régimen de protección de la libre competencia económica, como vicio de la Resolución No. 53719 de 2018 y como fundamento para ser eximidos de la actuación Investigativa de la Autoridad no es de recibo. Tal afirmación, por cuanto es en razón de sus deberes legales y demás pruebas recolectadas en el trámite administrativo que se encontró la necesidad de vincular a los Investigados a la presente actuación, sin que por ello se atente contra su garantía constitucional de la presunción de Inocencia, pues: (I) de dicho acto administrativo no se desprende una decisión sancionatoria sobre una situación jurídica particular y; en todo caso, (ii) no puede comprenderse el adelanto de una Investigación como un hecho lesivo definitivo en contra de los investigados.

Así las cosas, se reafirman las conclusiones previas frente a la garantía que le asiste a los investigados por parte de esta Delegatura, concerniente a su presunción de inocencia. Lo dicho, por cuanto hasta en tanto el Superintendente de Industria y Comercio no tome la decisión que ponga final al presente trámite, la totalidad de los investigados son inocentes. Tal situación, sin perjuicio de la recomendación que acá se adopte, pues de la misma no se predicen efectos que modifiquen la situación jurídica de los investigados, hasta tanto no se expida la decisión definitiva.

En cuarto lugar, respecto de la alegada imputación sustentada en la responsabilidad objetiva de algunos investigados por la no individualización de las conductas imputadas, se tienen dos situaciones. La primera situación corresponde a que las apreciaciones de los investigados obedecieron a la errónea interpretación sobre la imputación realizada por la Delegatura. Como se observó previamente, en la Resolución No. 53719 de 2018 se incluyeron los hechos que por acción u omisión fueron atribuidos a cada uno de los investigados junto con las normas que tales supuestos de hecho contravenían. Por lo tanto, los investigados conocieron efectivamente las conductas individuales por las cuales se les vinculó a la presente investigación. De lo anterior da noticia el puntual ejercicio de

derecho de defensa de cada uno de ellos a lo largo de la presente actuación administrativa.

La segunda situación, en gracia de discusión, aun cuando los investigados tuviesen razón y esta Delegatura hubiese iniciado investigación en su contra sin haber identificado los hechos que individualmente vinculó el comportamiento culposo de cada uno de los investigados, tal evento en nada viciaría el acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos. Tal afirmación, por cuanto como ha establecido esta Superintendencia en otras oportunidades: "ante el incumplimiento de un deber legal, como son los que imponen las normas de protección de la competencia, es factible presumir la culpa, siempre que se dé al investigado la oportunidad para presentar sus descargos"^[42].

Dicha posición se sustenta con algunos pronunciamientos jurisprudenciales que dan cuenta de la flexibilidad del principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador, sin menosprecio de la garantía de la presunción de inocencia. Así, en un primer momento se tiene lo dicho por la Corte Constitucional en los siguientes términos^[43]:

"(...). En este orden de ideas, **la flexibilidad del principio de prueba de la culpabilidad en este campo no implica empero condonación de la prueba para la administración, puesto que en sanciones de tipo administrativo, tales como las que se imponen en ejercicio del poder de policía o las sanciones de origen tributario, deben estar sujetas a la evidencia del incumplimiento**, en este caso la no presentación de la obligación tributaria, **la cual hace razonable la presunción de negligencia o dolo del contribuyente.**

"Sin embargo, el principio de culpabilidad quedaría anulado con grave afectación del debido proceso administrativo, y principalmente del derecho a ser oído, si no se le permite al contribuyente presentar elementos de descargo que demuestren que su conducta no ha sido culpable, por ejemplo, por cuanto no le era posible presentar personalmente la declaración por haberse encontrado secuestrado en ese tiempo, por lo cual ésta fue presentada por un agente oficioso. Estos descargos no son entonces simples negativas de la evidencia, sino pruebas certeras que demuestran el advenimiento de hechos ajenos a la culpa de la persona obligada a declarar, las cuales deben ser tomadas en consideración por la Administración, puesto que como ya se indicó en esta sentencia, resulta contrario al debido proceso, a la dignidad humana y a la equidad y justicia tributarias (CP art 1o, 29 y 363) sancionar a la persona por el sólo hecho de incumplir el deber de presentar la declaración fiscal, cuando la propia persona ha demostrado que el incumplimiento no le es imputable sino que es consecuencia de un caso fortuito o una fuerza mayor".

(Negrillas de la Delegatura)

De forma posterior, la citada Corporación en la sentencia C - 595 de 2010 reiteró que:

"En primer lugar, la Corte reitera su jurisprudencia constitucional en orden a señalar que el principio de presunción de inocencia es aplicable como criterio general en el derecho administrativo sancionador. Sin embargo, la rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva).

Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva)"

Así las cosas, aun cuando no se hubiese indicado explícitamente por parte de la Delegatura las circunstancias que evidenciaran algún grado de culpabilidad de cada uno de los investigados en el acto de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, lo cierto es que dicha situación no desvirtúa el razonamiento de la Delegatura según el cual los deberes legales que les asistían a los sujetos pasivos de la investigación suponen que aquellos conocían o debían conocer -al menos- los hechos objeto de investigación. Por lo tanto, los investigados cuentan con la posibilidad de desplegar las acciones que consideren necesarias para ejercer sus derechos constitucionales de defensa, contradicción, debido proceso, entre otros, respecto de su grado de participación en los comportamientos especificados en el acto de imputación, sin que por dicha circunstancia se ponga en riesgo la presunción de inocencia, pues es en atención de esta última garantía que está llamado a surtirse el periodo probatorio conforme lo prescribe el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 -modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012-

Sobre el supuesto prejuzgamiento de la Resolución No. 53719 de 2018

a. Fundamentos de la solicitud

LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO (Ex Presidente de la FCF), ELKIN ENRIQUE ARCE MENA (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF), CLAUDIO JAVIER COGOLLO MERLANO (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF), RAMÓN DE JESÚS JESURÚN FRANCO (Presidente de la FCF) y JUAN ALEJANDRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) manifestaron que el presente trámite administrativo se encontraba viciado, por cuanto desde la expedición del acto administrativo de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos la Delegatura incurrió en un prejuzgamiento en su contra.

Así, algunos Investigados señalaron en sus escritos de descargos que la Resolución No. 53719 de 2018 realizó conclusiones anticipadas y condenatorias frente a las conductas imputadas. Sobre el particular, LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO (Ex Presidente de la FCF) agregó que dicho acto administrativo no probó la ocurrencia de las Infracciones achacadas a los Investigados.

Por su parte, en la diligencia del 15 de noviembre de 2019^[44] RAMÓN DE JESÚS JESURÚN FRANCO (Presidente de la FCF) y JUAN ALEJANDRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) manifestaron que en el presente trámite se encontraba viciado por el prejuzgamiento que hubiesen realizado el anterior Superintendente de Industria y Comercio y el anterior Delegado para la Protección de la Competencia^[45]. Para sustentar su posición los investigados alegaron que no se respetaron las etapas propias del proceso y, por lo tanto, la separación de facultades entre dichos funcionarios debido a: (I) los hechos que fundamentaron las recusaciones propuestas en contra de los exencionarios mencionados; (ii) las expresiones condenatorias de la Resolución No. 53719 de 2018 y; (iii) lo dicho por JORGE FERNANDO PERDOMO POLANÍA en la diligencia del 31 de octubre de 2019^[46], referente a la Intervención del antiguo Superintendente de Industria y Comercio en la etapa de averiguación preliminar que culminó con el inicio de la presente actuación administrativa.

Por último, con ocasión a lo dicho por JORGE FERNANDO PERDOMO POLANÍA (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) en la diligencia del 31 de octubre de 2019, en la audiencia del 14 de noviembre de 2019^[47] los Investigados CLAUDIO JAVIER COGOLLO MERLANO (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF), ELKIN ENRIQUE ARCE MENA (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) y ÁLVARO GONZÁLEZ ALZATE (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) coadyuvaron la solicitud de nulidad previamente Identificada. Sobre el particular, requirieron a esta Delegatura Informar si: (i) algún miembro del Grupo de Prácticas Restrictivas de la Competencia se encontraba presente en la reunión que sostuvo el ex Superintendente de Industria y Comercio con JORGE FERNANDO PERDOMO POLANÍA (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) o; (ii) si algún otro miembro de la Delegatura para la Protección de la Competencia concurrió a dicho encuentro. Lo dicho, a efectos de establecer si quien tenía a su cargo la averiguación preliminar y/o tuvo a su cargo la decisión de dar inicio a la presente actuación administrativa, se reunió con el hoy Investigado y con el antiguo Superintendente de Industria y Comercio.

Como consecuencia, sostuvieron que se vulneraron los principios de Imparcialidad y el debido proceso en la resolución de apertura de Investigación y formulación de pliego de cargos y, por lo tanto, el presente trámite está viciado.

No obstante, Sea lo primero indicar que en la Resolución No. 38611 de 2019 -por la cual se

decidió sobre la práctica de pruebas y se resolvieron otras solicitudes- se atendieron los argumentos relacionados con el supuesto prejuzgamiento que se habría efectuado en la resolución de apertura. En dicha oportunidad, esta Delegatura indicó que: (i) la Resolución No. 53719 de 2018 se expidió con la totalidad de los elementos necesarios para dar inicio a la presente investigación administrativa, pues no era de su naturaleza contar con las pruebas que demostraran de forma irrefutable la responsabilidad de los investigados en las conductas a investigar; (ii) los supuestos de hecho que fundamentaron el Apertura de Investigación y Formulación de Pliego de Cargos se encuentran sometidos a controversia y; (iii) las declaraciones rendidas por funcionarios de la Superintendencia con ocasión al inicio de la presente actuación administrativa, obedecieron al principio de publicidad -de las actuaciones administrativas- de la decisión de la Delegatura, de cuyo objeto perseguido no se desprende circunstancia jurídica adversa para los investigados. Entonces, debe entenderse que se encuentran resueltos los argumentos alegados por los investigados sobre ese punto particular.

Ahora bien, con ocasión de las alegaciones realizadas por los demás investigados sobre el presunto prejuzgamiento realizado por la Delegatura, se indica lo siguiente:

En primer lugar, como ha sido decantado a lo largo de la presente actuación administrativa (considerando 6.1. de la Resolución No. 38611 de 2019 y numeral 5.1.1. del presente Informe Motivado), no es propio del acto de apertura de Investigación concluir con plena certeza sobre la comisión de las conductas por parte de los investigados, así como tampoco, emitir juicios condenatorios sobre los comportamientos adelantados por los investigados. Por lo tanto, ante las manifestaciones hechas sobre el presunto prejuzgamiento contenido en la Resolución No. 53719 de 2018, se replican las mismas consideraciones realizadas por la Delegatura de forma previa.

Lo dicho, además, en concordancia con el ejercicio del derecho de contradicción desplegado por parte de los investigados y la necesidad de la prueba (artículos 29 de la Constitución Política y 164 del CGP, respectivamente). Para tal efecto, se recalca que las pruebas enunciadas en el acto administrativo que inició la presente actuación gozaban de la calidad de “pruebas sumarias”^[48], pues aquellas resultan necesarias para soportar la hipótesis de la Autoridad que imputa cargos a los investigados por infracciones al régimen de la libre competencia económica. En ese sentido, aquellas pruebas solo adquirieron la calidad de “plena prueba”^[49] una vez se agotó el periodo probatorio del presente trámite. Quiere decir lo anterior que: (i) el presente Informe Motivado; (ii) las alegaciones realizadas por los investigados en la audiencia que prevé el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y;

(iii) las observaciones presentadas por los investigados al Informe Motivado conforme el

párrafo cuarto del artículo 52 *ibídem*, son los escenarios con los que cuenta la Delegatura y los sujetos pasivos de la investigación para emitir los juicios de valor sobre los hechos debidamente demostrados en la etapa de investigación, a efectos que los mismos sean tenidos en cuenta para fundamentar la decisión que ponga fin a la presente investigación.

En segundo lugar, se reitera que las declaraciones realizadas por exfuncionarios de esta Superintendencia ante diversos medios de comunicación, con ocasión de la Resolución No. 53719 de 2018, no constituyeron prejuzgamiento alguno. Tal y como se indicó en el considerando 6.4. de la Resolución No. 38611, las manifestaciones realizadas por los exfuncionarios atendieron al principio de publicidad de las actuaciones administrativas y, de contera, con el principio del debido proceso. En efecto, el amplio conocimiento de las actuaciones administrativas -que no están sometidas a reserva- por parte del público propicia por el correcto funcionamiento de la administración pública, pues dicha situación permite una mayor participación ciudadana que someta a escrutinio el fiel cumplimiento de la ley por parte de la Administración en ejercicio de sus facultades. Así mismo, lo enunciado genera una mayor garantía de transparencia en la gestión adelantada por la Entidad. Sobre el particular, la Corte Constitucional ha indicado^[50]:

"(...) Uno de los elementos esenciales del debido proceso es el principio de publicidad. Los artículos 209 y 228 de la C.P., lo reconocen también como uno de los fundamentos de la función administrativa. La jurisprudencia ha considerado que este principio no es una mera formalidad, ya que consiste en dar a conocer, a través de publicaciones, comunicaciones o notificaciones, las actuaciones judiciales y administrativas a toda la comunidad, como garantía de transparencia y participación ciudadana, así como a las partes y terceros interesados en un determinado proceso para garantizar sus derechos de contradicción y defensa, a excepción de los casos en los cuales la ley lo prohíba por tratarse de actos sometidos a reserva legal (...). Asimismo, requiere de las autoridades y de la administración, una labor efectiva y diligente para alcanzar el objetivo de dar a conocer el contenido de sus decisiones a los ciudadanos".

En tercer lugar, las alegaciones hechas por RAMÓN DE JESÚS JESURÚN FRANCO (Presidente de la FCF) y JUAN ALEJANDRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) -junto con sus coadyuvantes- sobre el prejuzgamiento ocasionado por el supuesto o efectivo conocimiento previo de los hechos objeto de investigación por el antiguo Superintendente de Industria y Comercio y otros funcionarios bajo su dirección, tampoco están llamadas a prosperar. En igual sentido, se desechará el requerimiento realizado por algunos de los coadyuvantes^[51] a la Delegatura, consistente en indicar los asistentes a la reunión mencionada por JORGE FERNANDO PERDOMO POLANÍA (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) en la diligencia del 31 de octubre de 2019, su vinculación con la Entidad y su grado de participación en la averiguación preliminar.

Para dar sustento a dicha afirmación, se debe tener en cuenta las siguientes situaciones:

Pese a lo dicho por los investigados, se encuentra por parte de la Delegatura que aquellos no aportaron mayor sustento probatorio que fundamentara sus alegaciones, así como tampoco, demostraron la trascendencia que en el presente tramite pudieran tener las eventuales irregularidades. En ese sentido, el ejercicio hermenéutico que pretenden los investigados sobre los hechos narrados por JORGE FERNANDO PERDOMO POLANÍA (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) no resulta valido.

Del simple conocimiento de un exfuncionario y/o sus subordinados -que en nada intervinieron en la etapa de averiguación preliminar- de unos hechos, no se puede afirmar su incidencia directa en la conformación de los actos administrativos que expida esta Delegatura. Como consecuencia, atendiendo al principio de la carga de la prueba consagrado en el artículo 167 del CGP, a los investigados y a sus coadyuvantes^[52] les asistía la carga de allegar los medios probatorios pertinentes, conducentes y útiles que dieran noticia de: (I) la supuesta intervención directa del antiguo Superintendente de Industria y Comercio en la etapa de averiguación preliminar y la conformación de la Resolución No. 53719 de 2018; (ii) la supuesta Intervención de funcionarios de la Superintendencia de Industria y Comercio ajenos al Grupo de Prácticas Restrictivas de la Competencia en la etapa de averiguación preliminar y posterior expedición de la Resolución No. 53719 de 2018 y; que además, (iii) dieran noticia de cómo se constituyó un supuesto prejuzgamiento en su contra mediante una decisión que no modificó su situación jurídica, sino que, por el contrario, les Informó de la Investigación que se adelantaría en su contra e Indicó la oportunidad para ejercer su derecho de defensa.

En atención al escenario probatorio presentado, se precisa que la totalidad de los Investigados contaron con la oportunidad procesal y probatoria para Indagar sobre los hechos que pretenden hacer valer como constitutivos de una nulidad de la presente actuación administrativa. En efecto, durante la diligencia programada para recepcionar la declaración de JORGE FERNANDO PERDOMO POLANÍA (Miembro Comité Ejecutivo de la FCF) el 31 de octubre de 2019 los Investigados tuvieron conocimiento de los hechos y, por lo tanto, debió ser en dicha oportunidad cuando debieron haber Indagado sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que supuestamente se dieron los hechos narrados por el Investigado. Sin embargo, la totalidad de los Investigados prefirió solicitar a esta Delegatura que se iniciaran actuaciones de carácter disciplinarlo y penal por la posible extralimitación de funciones del antiguo Superintendente de Industria y Comercio.

Ahora bien, en gracia de discusión, toda vez que RAMÓN DE JESÚS JESURÚN FRANCO (Presidente de la FCF), JUAN ALEJANDRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ (Miembro Comité

Ejecutivo de la FCF) y sus coadyuvantes pretendieron la nulidad de la presente actuación administrativa por el conocimiento previo de los hechos que pudo tener un exencionarlo no competente, se encuentra que en atención a la realidad fáctica y jurídica tampoco puede darse razón a sus alegaciones, pues aquella situación resulta Intrascendente. Por un lado, de ser cierto que el antiguo Superintendente de Industria y Comercio Intervino en la etapa previa a la decisión que le correspondía decidir, la consecuencia jurídica sería que el funcionarlo se encontraría Impedido para proferir la decisión que finalizara la presente actuación administrativa conforme al numeral 2 del artículo 11 del CPACA, sin que por ello se afectara lo actuado dentro del presente trámite. Por otro lado, en la actualidad, el cargo de Superintendente de Industria y Comercio lo ocupa un funcionarlo distinto, quien Ingresó a la Entidad con posterioridad de la apertura de Investigación del presente trámite administrativo.

Por todo lo expuesto, esta Delegatura se permite concluir que no se cuentan con los elementos fácticos y jurídicos para establecer un prejuzgamiento realizado por la Delegatura en la Resolución No. 53719 de 2018. En consecuencia, los argumentos esgrimidos por los Investigados no cuentan con el sustento fáctico necesario para obtener los efectos jurídicos que persiguen.

De conformidad con los argumentos expuestos, la Delegatura desechará las consideraciones realizadas por LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO (Presidente de la FCF para la época de los hechos) frente a la tipicidad de las conductas imputadas. En ese sentido, se pasa a evidenciar que no se contrarió el principio de tipicidad por haber imputado al investigado la presunta comisión de un acuerdo restrictivo de la competencia bajo la "prohibición general" y que, por lo tanto, los acuerdos restrictivos de la competencia no se limitan a los establecidos en artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Bajo tales supuestos, se concluirá la legalidad de la Resolución No. 53719 de 2018 y el material probatorio aportado en el PBC.

En primer lugar, se precisa que el principio de tipicidad en el derecho administrativo corresponde a la definición de un acto, hecho u omisión que por disposición legal constituye una conducta objeto de reproche, el cual permite a los administrados conocer de forma previa las implicaciones que conlleva su transgresión^[53]. Conforme lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que, a diferencia del derecho penal, en el derecho administrativo sancionatorio el principio de tipicidad cuenta con mayor flexibilidad, por lo que una conducta estará debidamente tipificada cuando concurren los siguientes tres elementos^[54]:

"(i) Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de

la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que "las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"

En ese sentido, no encuentra la Delegatura una falta de tipicidad en el acto de apertura de investigación, como quiera que la "prohibición generar imputada al investigado cumple con todos y cada uno de los requisitos necesarios para reprochar las conductas objeto de investigación. En efecto, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone que:

"Artículo 1. Prohibición general. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

(...)"

(Subrayado fuera del texto).

En atención a la norma referenciada, así como de conformidad con el precedente de la Superintendencia de Industria y Comercio^[55] y con fundamento en la sentencia C-032 de 2017 -mediante el cual se declaró la exequibilidad de la norma en cita-, se encuentra que la "prohibición generar contiene tres conductas o prohibiciones independientes: (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 económica y (iii) la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos. Quiere decir lo anterior, que las conductas imputadas a LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO (Presidente de la FCF para la época de los hechos) si se encuentran tipificadas bajo el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En segundo lugar, se precisa que al momento de realizar la imputación jurídica en el acto de apertura la Delegatura encontró una pluralidad de conductas que, no cumpliendo con los supuestos tácticos de los acuerdos enunciados en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, tuvieron la virtualidad de atentar contra la libre competencia económica como

producto de un acuerdo y conductas concertadas entre los distintos agentes del mercado y las personas naturales vinculadas a ellos.

En ese sentido, los supuestos de hecho previstos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no corresponden a una descripción adecuada de la estrategia ejecutada por los investigados, pues como se indicó en la Resolución No. 53719 de 2018, las conductas objeto de reproche atendieron a una única estrategia de coordinación caracterizada por una unidad de propósito.

En tercer lugar, de la lectura del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no se observa que dicha norma comporte un catálogo taxativo y/o excluyente de acuerdos restrictivos de la libre competencia económica. En efecto, no todo acuerdo que limite la libre competencia se encuentra enunciado en dicho artículo. En ese sentido, optar por una normativa cerrada en esos eventos sería Igual que establecer un juicio de valor -de forma previa- sobre la pluralidad de conductas que día a día se vuelven más sofisticadas en atención a las dinámicas propias del mercado, limitando el campo de acción de esta Superintendencia en su misión como Autoridad Nacional de Competencia. Por lo dicho, no puede entenderse que ante la existencia de un posible acuerdo contrario a la libre competencia deba Imputarse con exclusividad alguno de los eventos previstos por el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, pues este último escenario equivaldría a no aplicar otras normas que se encuentran vigentes y tienen la fuerza legal necesaria para castigar las conductas no previstas en el citado artículo. Como consecuencia de lo anterior, para esta Delegatura resulta válido acudir a la "prohibición generar para Investigar y perseguir aquellas conductas que, aunque no coinciden con los términos y/o supuestos fácticos contenidos en las normas especiales, tienen la virtualidad de lesionar la libre competencia económica -como en el presente caso-.

En cuarto lugar, aun cuando resultara cierto que el Decreto 2896 de 2010 restringió la aplicación de las normas del PBC a los "acuerdos restrictivos de la libre competencia", lo cierto es que tal afirmación obedeció a una lectura Incompleta y desactualizada de las normas que regulan dicho trámite por parte del Investigado. En efecto, Decreto 2896 de 2010 fue compilado y reproducido en el capítulo 29 del Decreto 1074 de 2015. A su turno, este último fue modificado por el Decreto 1523 de 2015. En ese sentido, LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO (Presidente de la FCF para la época de los hechos) obvió u olvidó este último cambio legislativo, el cual modificó el objeto del PBC en los siguientes términos:

Artículo 2.2.2.29.1.1. Objeto El presente Capítulo establece las condiciones y la forma en que la Superintendencia de Industria y Comercio, en desarrollo del artículo 14 de la Ley 1340 de 2009, concederá beneficios a las personas naturales y jurídicas que colaboren en la detección y represión de acuerdos restrictivos de la libre competencia, en los que

hubieran participado en su condición de agentes del mercado o facilitadores.

Así mismo, **reglamenta las condiciones y la forma en que concederán beneficios a las personas que hubieran participado como facilitadores de otras prácticas restrictivas de la competencia diferentes de acuerdos,** y que colaboren en la detección y represión de las mismas, en los términos del artículo 2.2.2.29.4.2. del presente decreto" (Destacado y subrayado fuera del texto).

Aunado a lo anterior, ha de tenerse en cuenta que aun cuando el Inciso segundo del artículo transcrito se refiere a la concesión de beneficios a "personas", lo cierto que dentro de dicha categoría se Incluyen las personas naturales y jurídicas que pueden ostentar la calidad de agentes de mercado, conforme lo prevé el artículo 2.2.2.29.1.2 del mismo decreto, el cual dispone:

Artículo. 2.2.2.29.1.2. Definiciones. Para los efectos del presente Capítulo se observarán las siguientes definiciones:

(...)

2. Agente del mercado. **Toda persona** que desarrolle una actividad económica y afecte o pueda afectar **ese** desarrollo, **independientemente de su forma o naturaleza jurídica,** cualquiera que sea la actividad o sector económico.

(...)

(Destacado y subrayado fuera del texto).

Ahora bien, en gracia de discusión, aun cuando resultare cierto que las normas del PBC solo fueran aplicables ante la ocurrencia de acuerdos restrictivos de la libre competencia, dicha circunstancia en nada afectaría el presente trámite y el material probatorio allegado. Como se indicó previamente, la "prohibición generar comprende la sanción de acuerdos restrictivos de la libre competencia económica, sin que dicha circunstancia excluya o limite los supuestos de hecho previstos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Por lo tanto, aun desde la posición - equivocada- esgrimida por el investigado, se concluye que la totalidad de las pruebas allegadas en el marco del PBC dentro de la presente actuación se remitieron con ocasión al presunto acuerdo restrictivo de la libre competencia, en los términos de la Resolución No. 53719 de 2018.

Así las cosas, se concluye nuevamente por parte de la Delegatura que, ante la ausencia de la alegada atipicidad propuesta por **LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO** (Presidente de la FCF para la época de los hechos): (i) el investigado conoció y pudo defenderse de los

cargos imputados en su contra conforme a la valoración jurídica y fáctica realizada en la Resolución No. 53719 de 2018 y; (ii) los medios aportados en el marco del PBC son plenamente válidos, conforme al cumplimiento de las normas que regulan dicho trámite y los fundamentos tácticos y jurídicos del acto de apertura de investigación.

Aunque en la Resolución No. 59169 de 2018 expedida por la Directora de Investigaciones de Protección al Consumidor se presentaron múltiples consideraciones sobre la participación de TICKETSHOP en las decisiones de venta de la boletería para los partidos Colombia - Bolivia y Colombia - Brasil, se destaca que los elementos materiales recabados para esa actuación administrativa tenían como fin identificar si existió alguna vulneración a los derechos de los consumidores por violación directa de la Ley 1480 de 2011 o Estatuto del Consumidor. En ese sentido, el objeto material de estas pruebas no guarda relación directa con el objeto que se pretende probar en las actuaciones adelantadas por Infracciones del régimen de libre competencia económica.

Otras consideraciones

a. Sobre la no resolución de las nulidades propuestas por LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO

LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO mediante documento radicado el 9 de septiembre de 2019^[74] y durante la audiencia del 16 de diciembre de 2019, manifestó que la Delegatura desconoció sus derechos al debido proceso, legalidad, defensa y contradicción al no haberse pronunciado en oportunidad sobre las nulidades propuestas por él a lo largo de la investigación. Así mismo, Indicó que la Delegatura negó de manera sistemática y con argumentos "superfluos y caprichosos" las pruebas que solicitó se tuvieran en cuenta en la presente actuación administrativa.

La Delegatura no acogerá los argumentos del Investigado. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 1340 de 2009, la Delegatura podrá resolver sobre las Irregularidades alegadas en el proceso en cualquier etapa del mismo o en el acto que ponga fin a la actuación administrativa, que para el caso concreto es el presente Informe Motivado. El artículo mencionado establece lo siguiente:

"ARTÍCULO 21. Los vicios y otras irregularidades que pudiesen presentarse dentro de una investigación por prácticas restrictivas de la competencia, se tendrán por saneados si no se alegan antes del inicio del traslado al investigado del informe al que se refiere el inciso 3o del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Si ocurriesen con posterioridad a este traslado, deberán alegarse dentro del término establecido para interponer recurso de reposición contra el acto administrativo que ponga fin a la actuación administrativa.

Cuando se aleguen vicios u otras irregularidades del proceso, la autoridad podrá resolver sobre ellas en cualquier etapa del mismo, o en el mismo acto que ponga fin a la actuación administrativa". (Subrayado fuera del texto original)

Así las cosas, debe señalarse que a lo largo de la presente actuación administrativa, la Delegatura se ha pronunciado sobre la mayoría de solicitudes presentadas por todos los investigados, entre ellas, las de nulidad. Y respecto de las solicitudes que estaban pendientes de resolver, se informa que ya fueron resueltas en el presente Informe Motivado. Por este motivo, la Delegatura encuentra que ha desarrollado sus actuaciones conforme a la oportunidad conferida por la ley, y en ese sentido, no ha vulnerado de ninguna forma las garantías del debido proceso del investigado.

Respecto a la supuesta negación sistemática de las pruebas que fueron solicitadas por los investigados, se señala que -tal como consta en la Resolución No. 38611 del 22 de agosto de 2019-, las pruebas decretadas por la Delegatura fueron -en su mayoría- solicitadas por los investigados. Solamente negó (de manera fundada) aquellas que conforme a lo dispuesto en los artículos 168 y 169 del CGP resultaban Impertinentes, Inconducentes superfluas o inútiles. Así las cosas, no se encuentra sustento a las alegaciones presentadas por el investigado.

Finalmente, cabe destacar que de las pruebas solicitadas por los investigados y decretadas por la Delegatura, aproximadamente la tercera parte no fueron practicadas debido al desistimiento de las mismas por parte de los solicitantes.

b. Sobre la supuesta no resolución del derecho de petición presentado por LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO

LUIS HERBERTO BEDOYA durante la audiencia del 16 de diciembre de 2019, señaló que la Delegatura para ese momento no había dado respuesta al derecho de petición presentado verbalmente durante la diligencia realizada el 15 de noviembre de 2019. En dicho derecho de petición había requerido la información sobre la cantidad de nulidades interpuestas dentro del presente trámite administrativo y cuáles de ellas habían sido resueltas. Sobre el particular, se encuentra que la manifestación del investigado es falsa, como quiera que mediante la comunicación radicada con el No. 17-327215-611^[75], esta Delegatura dio respuesta al derecho de petición dentro del término legal.

c. Sobre la falta de requisitos en la formulación de cargos realizada en la Resolución No. 53719 del 30 de julio de 2019

ANDRÉS TAMAYO IANNINI manifestó en la audiencia programada el 16 de diciembre de 2019, que la Resolución No. 53719 del 30 de julio de 2019 no señaló con claridad las

posibles sanciones o medidas que serían procedentes. Esto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 47 del CPACA que dispone de forma taxativa los requisitos para la formulación de cargos en los procedimientos administrativos de carácter sancionatorio.

La Delegatura desestimaré dicho argumento. En el acto de apertura de investigación se le indicó claramente al investigado las normas que presuntamente infringió. Precisamente, en el numeral 13.3. y en el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución No. 53719 del 30 de julio de 2019, la Delegatura señaló que ANDRÉS TAMAYO IANNINI presuntamente habría incurrido en la infracción del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Se resalta que esta norma es la que establece las sanciones a personas naturales por infringir el régimen de libre competencia económica. Por tal razón, no es válido el argumento del investigado al afirmar que no conocía las multas por la comisión de posibles prácticas restrictivas de la competencia, si la norma que fue citada en el acto administrativo expresamente lo señala.

d. En la audiencia programada el 16 de diciembre de 2019, LUIS HERBERTO BEDOYA GIRALDO, RAMÓN DE JESÚS JESURÚN FRANCO y JUAN ALEJANDRO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ reiteraron que la prueba practicada el 15 de noviembre de 2019 - ratificación de la declaración de IVÁN DARÍO ARCE GUTIÉRREZ- es nula por encontrarse incompleta.

Sobre el particular, se les recuerda a los investigados que mediante la Resolución No. 65924 del 25 de noviembre de 2019, la Delegatura se pronunció al respecto. En dicho acto administrativo rechazó las solicitudes de nulidad presentadas por los investigados por considerar que no se afectó el derecho de defensa ni las garantías del debido proceso. Al respecto, señaló que la declaración rendida por IVÁN DARÍO ARCE GUTIÉRREZ el 4 de septiembre de 2017 y su ratificación practicada el 15 de noviembre de 2019, son válidas, no están viciadas de ninguna nulidad y mucho menos vician la totalidad del proceso.

5. Decisión de la Superintendencia

En consideración de todo lo expuesto, la Delegatura encontró acreditado que la FCF, TICKETSHOP y TICKET YA y sus “socios” Incurrieron en el comportamiento anticompetitivo descrito en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En consecuencia, se recomienda al Superintendente de Industria y Comercio:

Declarar administrativamente responsable y sancionar a:

- a) Agentes de mercado

- **Comercializadora De Franquicias S.A.S.**
- **Federación Colombiana De Fútbol**
- **Tu Ticketya.Com S.A.S.**
- **Elías José Yamhure Daccarett**
- **Medardo Alberto Romero Riveros**
- **Rodrigo Alejandro Rendón Ruiz**
- **David Alberto Romero Vega**

b) Personas naturales vinculadas con COMERCIALIZADORA DE FRANQUICIAS S.A.S.

César Ronaldo Carreño Castañeda
Iván Darío Arce Gutiérrez

c) Personas naturales vinculadas con la FEDERACIÓN COLOMBIANA DE FÚTBOL:

Luis Herberto Bedoya Giraldo
Ramón De Jesús Jesurún Franco
Álvaro González Alzate
Jorge Fernando Perdomo Polanía
Juan Alejandro Hernández Hernández
Claudio Javier Cogollo Merlano
Elkin Enrique Arce Mena
Andrés Tamayo Iannini
Rodrigo José Cobo Morales

d) Personas naturales vinculadas con TU TICKET YA.COM S.A.S.

Leticia Mercedes Guijarro Daza
Roberto Saer Daccarett

8.2. Conceder a COMERCIALIZADORA DE FRANQUICIAS S.A.S. el beneficio de la exoneración total de la posible multa que se pueda imponer en el presente caso, de conformidad con lo previsto en el Decreto 1523 de 2015, en razón de su efectiva colaboración en la presente actuación administrativa.

Así mismo, se recomienda extender los beneficios por colaboración a las personas naturales vinculadas con COMERCIALIZADORA DE FRANQUICIAS S.A.S.

8.3. Declarar que, para el caso de RODRIGO DE JESÚS RENDON CANO, se archive la presente actuación administrativa, por las causas expuestas en este Informe Motivado.

De conformidad con lo expuesto en este Informe Motivado, la Delegatura logró acreditar que la FCF, TICKETSHOP y TICKET YA y sus "socios" ejecutaron un acuerdo

anticompetitivo, en el marco del proceso que adelantó la FCF para seleccionar a la agencia de boletería que se encargaría de comercializar y distribuir las boletas durante los partidos que la selección Colombia disputó en condición de local en la Eliminatoria para el Mundial de Fútbol de Rusia 2018. Además, el acuerdo tuvo como consecuencia la exclusión de los competidores y la restricción de la oferta en defraudación de los consumidores, con lo que desconocieron la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Responsabilidad de la FCF, TICKETSHOP y TICKET YA

La FCF, TICKETSHOP y TICKET YA incurrieron en la infracción prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que les fue imputada en la Resolución 53719 del 30 de julio de 2018, y que dice:

“Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios (sic) que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos.

(...)”.

Caso concreto

La Delegatura constató que la FCF, TICKETSHOP y TICKET YA, en su condición de agentes de mercado, desarrollaron un “acuerdo o convenio” que se constituyó en una “práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia”.

El acuerdo referido tuvo como contexto la decisión de la FCF de iniciar un proceso para seleccionar a la agencia de boletería que se encargaría de la comercialización de las boletas durante la Eliminatoria al Mundial de Rusia 2018.

Según lo reconocido por algunos investigados, entre ellos los miembros de la FCF, el ente federativo adelantó dicho proceso con la finalidad de que la elección de la agencia de boletería se llevara a cabo de cara a la opinión pública con la mayor transparencia y objetividad posible, toda vez que para ese momento se presentaban múltiples escándalos que rodeaban el mundo del fútbol, como el denominado FIFA GATE.

Sin embargo, en esta actuación administrativa quedó totalmente acreditado que el proceso que adelantó la FCF para tales fines fue artificioso, pues fue diseñado y realizado para aparentar la existencia de un proceso transparente y abierto a la participación de

todos los competidores del mercado de boletería, que contara con diversos criterios de participación y selección previamente definidos. Los puntos referidos supuestamente estaban dirigidos a contratar la mejor y más completa propuesta, no solamente desde el punto de vista económico, sino también desde los puntos de vista administrativo, logístico o de solidez financiera, entre otros.

En efecto, en este caso, la FCF, junto con los demás investigados, construyeron un falso escenario de competencia entre los operadores de boletería, abriendo una invitación a cotizar para seleccionar el operador de la boletería que fue divulgada para que participaran los diversos agentes del mercado. Sin embargo, Insólitamente, y en virtud del acuerdo que se comprobó en la Investigación, la decisión de la FCF no atendió la totalidad de los criterios de selección fijados, ni cumplió con los procedimientos y requisitos que la misma FCF voluntariamente se había impuesto, ni mucho menos hizo caso a las propias valoraciones de la entidad, efectuadas Interna y externamente, respecto de la totalidad de las ofertas allegadas.

Lo anterior trajo como consecuencia que TICKETSHOP, sin el mérito suficiente que había definido previamente la FCF para ganar el contrato y con violación de las propias reglas que esta entidad había establecido previamente para el proceso de contratación, hubiera resultado adjudicataria del contrato, en el marco de un acuerdo anticompetitivo que, además de estos dos agentes, también Incluyó al autodenominado “grupo / socios TICKET YA”.

En este Informe Motivado, además se pudo demostrar que la manipulación del proceso competitivo por parte de la FCF tuvo como razón de ser la deliberada puesta en marcha de una dinámica fraudulenta dirigida, por un lado, a excluir a los diferentes competidores del mercado de la comercialización y distribución de la boletería de las Eliminatorias para el Mundial Rusia 2018, en favor de TICKETSHOP, su aliado TICKET YA y el autodenominado “grupo / socios TICKET YA” y, por el otro, a ejecutar la desviación masiva de boletería para la reventa por parte de estos últimos agentes, extrayendo rentas de los consumidores por fuera de lo determinado formalmente por parte de la FCF, que no hubieran podido ser obtenidas de no haber mediado la ilícita manipulación del proceso competitivo.

La Delegatura comprobó que el autodenominado “grupo / socios TICKET YA” adelantó una serie de contactos previos con otros agentes del mercado para presentar en sociedad su oferta a la convocatoria que haría la FCF, y que finalmente negoció su participación en el proceso de contratación con TICKETSHOP.

Para ese propósito, el autodenominado “grupo / socios TICKET YA” le aseguró a TICKETSHOP, con alta certeza, que obtendrían el contrato por parte de la FCF, tal y como

finalmente ocurrió. Pero además, dicho grupo prometió que su aporte en el negocio iba a ser apalancar económicamente la operación, a cambio de todos los ingresos que resultaran de la comercialización de las boletas, con excepción de una pequeña remuneración a favor de TICKETSHOP, que se encargaría de poner el nombre, la experiencia y la Infraestructura organizativa como cara formal del negocio, a todo lo cual esta última accedió.

En este caso, se pudo demostrar que el autodenominado “grupo / socios TICKETYA”, una vez obtenido el contrato, gracias a la Insólita decisión por parte de la FCF, no aportó ninguna suma de dinero para que TICKETSHOP apalancara económicamente su oferta, sino que fue esta última empresa la que gestionó los recursos necesarios, sin siquiera poner en duda el grado de cumplimiento de su asociado.

Así las cosas, la Delegatura pudo deducir válidamente de esta circunstancia y del material probatorio obrante en el expediente, que el aporte principal del autodenominado “grupo / socios TICKETYA” a su alianza con TICKETSHOP se circunscribió al cumplimiento de su promesa de resultar siendo contratados por la FCF, que, se reitera, tomó una decisión Insólita en contra de los criterios, requisitos e Intereses que había manifestado al momento de abrir la convocatoria a los agentes del mercado Interesados en la comercialización y distribución de la boletería.

En efecto, la Delegatura pudo descartar que el ofrecimiento de ser seguros contratistas hecho por el “grupo / socios TICKETYA” no se explicó en una estrategia de convencimiento por parte de un empresario habilidoso, como lo manifestaron algunos de los Investigados. Por el contrario, en este Informe Motivado se ha mostrado que la afirmación hecha por el autodenominado “grupo / socios TICKETYA” a TICKETSHOP, consistente en tener seguridad en el acceso al contrato con la FCF, se basaba en el conocimiento previo de la voluntad del ente federativo de, efectivamente, escoger la propuesta “apadrinada” por el autodenominado “grupo / socios TICKETYA”.

En efecto, no de otra forma se puede explicar, conforme a lo probado en la Investigación, que la FCF: (I) tomara la decisión del operador de la boletería sin atender los requisitos, procedimientos e Intereses manifiestos previamente establecidos en su propia Invitación; (ii) omitiera deliberadamente en su decisión tener en cuenta la totalidad de las evaluaciones hechas por funcionarlos de la entidad y por sus asesores externos y en las que se concluía que la oferta de TICKETSHOP no era la mejor opción para sus Intereses manifiestos, como, por ejemplo, el análisis que no catalogaba dicha oferta como la mejor desde el punto de vista de la solidez financiera de la empresa; (iii) optara por seleccionar un operador que le ofrecía una suma de dinero demasiado buena sin determinar la racionalidad del Ingreso que se percibiría ni Importarle la calificación de la solidez

financiera de la empresa; (iv) dejara al azar su factor reputacional, pues este dependía del éxito que se derivara de la operación del negocio y que, en últimas, resultó efectivamente afectado por el comportamiento Irregular y contrario a la legalidad del contratista y sus aliados; (v) conociera que terceros ajenos al contrato se encontraban Interviniendo en la operación y no iniciara ninguna acción para cesar dicha conducta Irregular que Iba en contra de las previsiones contractuales; (vi) participara activamente en el desvío masivo de boletas para fines de reventa; (vii) omitiera deliberadamente iniciar cualquier acción de auditoria o de explicación respecto del operador para identificar las causas de los múltiples Inconvenientes e Incumplimientos que se presentaban en la ejecución del contrato y; (viii) omitiera dar cumplimiento a las cláusulas contractuales que le permitían terminar el contrato o la ejecución de las pólizas.

De esta manera, la Delegatura logró acreditar que los agentes del mercado Investigados, con el concurso de sus voluntades en el marco de un acuerdo contrario de la libre competencia económica, ejecutaron actos tendientes a favorecer la oferta de TICKETSHOP en el proceso de contratación del operador de la boletería de las Eliminatorias al Mundial Rusia 2018 y excluir así las ofertas de las demás empresas que participaron del mismo con la expectativa legítima de que se encontraban en un escenario de verdadera competencia.

Además de estas consecuencias exclusorias causadas por el acuerdo anticompetitivo ejecutado por la FCF, TICKETSHOP y TICKETYA y sus “socios”, en este Informe Motivado se pudo determinar con claridad que el objetivo final del convenio ilícito fue el desvío masivo de boletas para cada partido de la eliminatoria, con el concurso activo y definitivo de la FCF y TICKETSHOP, para destinarlas por parte de TICKETSHOP y TICKETYA a su reventa a precios inequitativos, esto es, a valores superiores de los ofrecidos al consumidor en las taquillas, expendios oficiales y demás canales físicos y virtuales habilitados para el efecto, según las previsiones contractuales entre TICKETSHOP y la FCF. Esta última circunstancia significó la obtención de rentas explotativas derivadas del acuerdo anticompetitivo, por la comercialización ilícita de las boletas, en perjuicio y defraudación masiva de los consumidores del mercado de boletería para la Eliminatorias.

Como se endilgó en el acto de apertura y se comprobó durante la investigación, la reventa masiva fue producto del acuerdo que se perfeccionó gracias a las actuaciones de cada uno de los participantes en el mismo, que, para esos fines, pueden ser resumidas en: (i) el direccionamiento del contrato de boletería, (ii) la desviación masiva de boletería con fines de reventa como contraprestación de las gestiones adelantadas para asegurar la adjudicación del contrato y, (iv) la subsiguiente operación logística para la reventa efectiva de la misma a precios inequitativos superiores al precio de venta de taquilla.

Sobre la base de lo descrito, en el caso concreto, la Delegatura concluyó que los precios de la reventa masiva resultan inequitativos debido a que fueron fijados, no solamente como consecuencia de un pacto anticompetitivo e ilícito entre los investigados, sino también por encima del precio acordado en el contrato celebrado entre la FCF y TICKETSHOP. Téngase en cuenta que la FCF definió los precios de venta al público en taquilla y en los demás canales habilitados, lo que es equivalente a un precio equitativo. Es decir, que el precio de la boletería no estaba llamado a tener variación como consecuencia de la interacción entre la oferta y la demanda, sino que se debía mantener fijo porque había sido predeterminado por las partes contratantes, de modo que, en dicho contexto, cualquier estipulación superior que se efectuara sobre el precio resulta, a juicio de esta Delegatura equivalente a un precio inequitativo. En otras palabras, gran parte de la oferta de la boletería, esto es, la desviada desde su origen con fines de reventa, por parte de quienes incurrieron en el acuerdo anticompetitivo, solo llegó a los consumidores, una vez se imputara sobre el precio de taquilla tantos sobrepagos, como transacciones entre intermediarios ocurrieran antes de llegar al destinatario final, materializando los evidentes efectos explotativos de la conducta ilegal.

Si bien la fijación inequitativa de precios fue hecha a instancias de la reventa masiva ejecutada por los investigados, ante la existencia del acuerdo anticompetitivo, puede válidamente considerarse que la fijación del precio resultante de este acuerdo tuvo intervención de todos los participantes del acuerdo, ya que solo con la contribución de la conducta de cada uno de ellos fue posible defraudar las expectativas y derechos de los consumidores. No se puede dejar de lado que las pruebas obrantes en el expediente muestran que la FCF no solamente contribuyó activamente a manipular el proceso de contratación del operador de la boletería que posteriormente la revendería, sino que también, con su comportamiento y bajo su vigilancia se materializó efectivamente la desviación masiva de boletas para la reventa por parte del operador escogido por esa entidad.

La Delegatura aclara que en este caso nunca se ha afirmado que existiera una regulación normativa sobre el precio de las boletas, sino que para interpretar la conducta ilegal de los investigados en relación con este punto se acudió al artículo 26 de la Ley 1480 de 2011^[521], desarrollada por los numerTítulo 2 de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio^[522], como estipulaciones normativas relacionadas con la información que debe conocer el consumidor para efectos de las relaciones de consumo que se generan por la compra de este tipo de servicios, tales como las obligaciones de que i) los precios deben ser informados al público, incluidos todos sus impuestos y costos adicionales; ii) el consumidor tiene derecho a pagar solamente el precio anunciado; iii) en caso de inconsistencia entre el precio informado y el cobrado, el consumidor tiene derecho a pagar el precio más bajo; iv) los organizadores de espectáculos públicos tienen

el deber de informar el número total de entradas disponibles y su precio; v) la obligación de dar a conocer al público la modificación de las condiciones inicialmente anunciadas para el desarrollo de los espectáculos públicos; vi) la obligación de las empresas que se dedican a la venta de entradas a espectáculos públicos de tener un soporte de servicio al cliente y una página web en los que se dé información a los consumidores.

Todo lo anterior resulta relevante como quiera que uno de los propósitos de las actuaciones que se tramitan por infracciones del régimen de libre competencia económica es el bienestar de los consumidores, tal y como lo prevé el artículo 3o de la Ley 1340 de 2009.

Finalmente, la Delegatura aclara que el carácter anticompetitivo del acuerdo hecho por parte de los Investigados, tal y como ha quedado establecido en el presente Informe Motivado, en ningún momento significa, por un lado, desconocer la autonomía de la voluntad de los agentes del mercado de ejercer libremente sus libertades de contratación, respecto de la elección de sus contrapartes y términos de negociación, ni, por el otro, establecer una relación de causalidad entre la reventa y la vulneración del régimen de libre competencia económica.

Como se dijo en diversos apartes de este Informe, el reproche que se hace en el presente caso está directamente relacionado con la manipulación voluntaria y acordada que varios agentes hicieron del funcionamiento de la oferta y la demanda en el mercado de venta de boletería, específicamente, de las Eliminatorias para el Mundial Rusia 2018, a través de la falsa dinámica de competencia en un proceso de convocatoria abierto a los diferentes competidores que, en últimas, resultaron en su exclusión no por el natural desenvolvimiento de las fuerzas naturales del mercado, sino por la manipulación por parte de algunos de sus agentes, a quienes aquí se Investiga.

Igualmente, en esta actuación administrativa tampoco se cuestiona la ocurrencia de la reventa como fenómeno propio del juego de la oferta y la demanda y de la elección de los consumidores. Lo que la Delegatura reprocha es la defraudación masiva en contra de los consumidores que en este caso tuvo ocurrencia, así como la obtención de rentas ilícitas que nunca debieron salir del patrimonio de estos últimos, de no haber mediado una operación deliberadamente ejecutada para manipular la libre competencia económica.

En consecuencia, con base en estos argumentos, así como en consideración de los hechos y las pruebas que se relacionaron detalladamente en este Informe Motivado, esta Delegatura recomendará que se declare la responsabilidad administrativa de la FCF, TICKETSHOP y TICKET YA por la Infracción del régimen de libre competencia económica y, en particular, de lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, con base en el artículo 14 de la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 1523 de 2015, la Delegatura recomendará que el Superintendente de Industria y Comercio le reconozca los beneficios establecidos en el Programa de Beneficios por Colaboración a TICKETSHOP, por la efectiva y oportuna colaboración que esta compañía y sus empleados prestaron en el marco de la actuación administrativa.

En efecto, en este caso, TICKETSHOP (I) reconoció sin ambages ni condicionalidades su participación en el acuerdo Investigado; (ii) suministró la Información necesaria para establecer la existencia de las conductas objeto de Investigación, así como para determinar su forma de operación, el producto Involucrado y los agentes y personas naturales que estuvieron Involucrados en la dinámica anticompetitiva. A su vez, se destaca que en el transcurso de la etapa probatoria prestaron efectiva colaboración, como lo demuestra la conducta procesal que desplegaron en dicha etapa.

Sobre el particular, la Delegatura resalta que tanto TICKETSHOP como sus funcionarios atendieron todos los requerimientos que se efectuaron en el marco de la investigación y en ningún momento pusieron en duda su colaboración, por ejemplo, controvirtiendo los hechos reconocidos en el curso de la Investigación u obstaculizando el acceso a la Información y otros elementos de prueba relevantes.

A pesar que algunos de los Investigados alegaron que los delatores incurrieron en algunas inconsistencias en las versiones que le entregaron a la Delegatura, gracias a los abundantes elementos de prueba recogidos durante la Investigación, se logró determinar que las supuestas inconsistencias no fueron tales y que no resultaron trascendentales para efectos de establecer la veracidad de los hechos objeto de estudio, más allá de cualquier duda.

6. Análisis y conclusiones

La Delegatura encontró probada la responsabilidad administrativa de los investigados respecto de los comportamientos que fueron imputados. A continuación, se presentará la descripción de las conductas desplegadas por la FCF, TICKETSHOP y TICKET YA.

Para el efecto, se presentará una descripción de los hechos que se dieron con anterioridad de la selección del operador de boletería y de la celebración de dicho contrato. En esta sección, además se expondrán las razones que justifican que la FCF haya promovido la “invitación a cotizar” que se adelantó para la selección de la compañía de boletería que se encargaría de la operación de comercialización de las boletas durante la Eliminatoria al Mundial de Rusia 2018. Adicionalmente, se narrarán las consideraciones que corroboran los contactos que se iniciaron entre los investigados para la conformación de los términos y condiciones de la oferta que TICKETSHOP allegó a dicha invitación. Finalmente, en este

acápites se describirán una serie de circunstancias que se presentaron de forma previa a la suscripción del contrato de boletería.

Posteriormente, la Delegatura describirá los hechos acaecidos desde la recepción de las ofertas que presentaron las compañías de boletería, las acciones que se adelantaron para el estudio y valoración de dichas ofertas y, las circunstancias que rodearon la decisión adoptada por el Comité Ejecutivo de la FCF para seleccionar el operador de boletería que se encargaría de ejecutar ese contrato. Finalmente, en esta sección se estudiarán los hechos relacionados con la suscripción del contrato y los términos que se encuentran contenidos en el mismo.

Por último, la Delegatura expondrá los hechos y circunstancias que se dieron con ocasión de la ejecución del contrato de boletería.

Proyectado por: Diego Guarín