

**MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO**RESOLUCIÓN **71584** DE 2019(**09 DIC 2019**)

Radicación: 17-292981

VERSIÓN PÚBLICA

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011¹, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992², y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 53461 del 1 de abril de 2018 (en adelante “Resolución No. 53641 de 2018” o “Resolución de Apertura de Investigación”), la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.** (en adelante “**ALIMENTOS DAZA**”), **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.** (en adelante “**DISFRUVER**”), **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.** antes **LTDA** (en adelante “**ALIMENTOS SPRESS**”), **NAMASTÉ FOOD S.A.S.** (en adelante “**NAMASTÉ**”), **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.** (en adelante “**BESTCOLFRUITS**”), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, para determinar si en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** incurrieron en el comportamiento violatorio previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Así mismo, formuló pliego de cargos contra **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) para establecer si en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** incurrieron en la responsabilidad que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

De otra parte, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **ALIMENTOS DAZA, DISFRUVER, ALIMENTOS SPRESS, HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) con el fin de establecer si infringieron el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en el curso del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

A su vez, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** para determinar si en el marco del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** incurrieron en la responsabilidad que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

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

² Modificado por el Decreto 19 de 2012.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Igualmente, la Delegatura de manera subsidiaria abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** con el fin de establecer si en el curso de los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017** incurrió en la responsabilidad que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

SEGUNDO: Que la actuación administrativa se inició a partir de una comunicación presentada por la Subdirección de Negocios de la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** (en adelante "CCE")³, cuya denuncia advirtió sobre unas presuntas irregularidades en el desarrollo del proceso de contratación **LP-AMP-129-2016**, en particular respecto del grupo de "frutas y hortalizas".

TERCERO: Que mediante escrito con radicado No. 17-292981-657 del 18 de octubre de 2019, **INDUSTRIAS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** presentaron recusación contra el Superintendente de Industria y Comercio, la cual fue resuelta y rechazada por el Ministro de Comercio, Industria y Comercio mediante Resolución No. 2106 del 19 de noviembre de 2019.

CUARTO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y corrido el término para solicitar y aportar pruebas⁴, mediante las Resoluciones No. 17635⁵, 22051⁶, 23745⁷ y 28724⁸ de 2018, la Delegatura decidió lo relacionado con las pruebas que se tendrían en cuenta para resolver la presente actuación administrativa.

QUINTO: Que el 21 de diciembre de 2018, una vez culminada la etapa probatoria y agotado el trámite previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con los resultados de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")⁹, en el cual recomendó:

- Declarar responsable y sancionar a **ALIMENTOS DAZA, DISFRUVER, ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ, BESTCOLFRUITS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, por incurrir en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.
- Declarar responsable y sancionar a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), por su responsabilidad administrativa dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, conforme lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Declarar responsable y sancionar a **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, DISFRUVER, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, por incurrir en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto

³ Folio 3 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente.

⁴ Artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁵ Folios 2782 al 2791 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

⁶ Folios 3193 al 3196 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

⁷ Folios 3334 al 3341 del Cuaderno Público No. 15 del Expediente.

⁸ Folios 3573 al 3575 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente.

⁹ Folios 4349 al 4416 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, dentro del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

- Declarar responsable y sancionar a **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), por su responsabilidad administrativa dentro del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, conforme lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

A continuación, se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan las recomendaciones de la Delegatura:

La investigación se centró en los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017**. El proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, adelantado por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL DE BOGOTÁ** (en adelante “**SED**”) y por **CCE**, tenía como objeto celebrar un acuerdo marco de precios (en adelante “**AMP**”) para la **SED** a fin de establecer, entre otras cosas, las condiciones para la compra y entrega de los alimentos que componen el **PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR** (en adelante **PAE**) a diferentes sedes educativas en Bogotá. Dicho proceso tenía como propósito adjudicar 11 grupos de alimentos, entre los que se encontraba el de las “*frutas y hortalizas*” que, a su vez, se encontraba dividido en 30 segmentos que agrupaban con un criterio geográfico los establecimientos educativos beneficiarios del programa¹⁰.

Respecto del grupo de las “*frutas y hortalizas*”, solamente se adjudicaron 5 de los 30 segmentos, los cuales fueron adjudicados a un mismo proponente – **FRUTAS Y ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S.** (en adelante “**FAC**”). Dicha situación obedeció, a juicio de la Delegatura, a la existencia de un esquema de coordinación entre **ALIMENTOS DAZA**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **DISFRUVER**, **BESTCOLFRUITS**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, **ALIMENTOS SPRESS**, **NAMASTÉ** y **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ**, orientado a fijar –directa o indirectamente– los precios y otras condiciones técnicas del grupo de las “*frutas y hortalizas*”. Para tal fin, éstos adoptaron un comportamiento encaminado a: (i) presionar, influir e instigar a **CCE** para que tal entidad incrementara el precio de las frutas y las hortalizas, (ii) concertar la no presentación de ofertas con el propósito de forzar la apertura de un nuevo proceso de selección y, (iii) presionar e influir a **FAC** para que se abstuviera de presentar oferta dentro del mencionado proceso¹¹.

La Delegatura derivó la existencia del referido esquema de coordinación del material probatorio recaudado en la etapa de averiguación preliminar, el cual permitió establecer que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**) y **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) se reunieron en dos oportunidades. En la primera reunión, discutieron aspectos relacionados con el precio y las condiciones técnicas del grupo de las “*frutas y hortalizas*”, de lo cual dejaron constancia en un tablero acrílico, y, a su vez, acordaron presentar observaciones con el fin de que **CCE** incrementara los precios y modificara algunas condiciones técnicas del pliego de condiciones (en efecto, **ALIMENTOS DAZA**, **DISFRUVER**, **BESTCOLFRUITS**, **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** presentaron observaciones según las cuales el precio de referencia estaba por debajo del precio real del mercado en un 50%). En la segunda reunión, acordaron no presentar ofertas con el objeto de forzar la apertura de un nuevo proceso de selección con unos precios más elevados¹².

Como resultado de la estrategia antes descrita, 25 de los 30 segmentos a adjudicar dentro del grupo de las “*frutas y hortalizas*” respecto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** fueron declarados desiertos, motivo por el cual **CCE** se vio forzada a convocar a un nuevo proceso de selección, esto es, el proceso **SA-SI-140-AG-2017**. Dicho proceso no ostentó la condición de **AMP** y, tal y como lo anticiparon quienes tomaron parte en la estrategia en cuestión, aumentó el precio de referencia de

¹⁰ Folio 4352 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

¹¹ Folio 4352 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

¹² Folio 4353 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

las frutas en un 45,26% en relación con el precio establecido en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**¹³.

La Delegatura evidenció igualmente que respecto del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** operó un particular acuerdo colusorio entre **ALIMENTOS DAZA**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **DISFRUVER**, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) y **ALIMENTOS SPRESS**, consistente en el uso inadecuado de la figura jurídica de la Unión Temporal que aseguró un escenario de no competencia dado que: (i) los miembros de la misma obtuvieron todos los beneficios que esta figura ofrece, (ii) incrementó las barreras de entrada del proceso de selección y (iii) aumentó su probabilidad de ser los únicos oferentes habilitados en la subasta¹⁴.

El incremento a las barreras de entrada obedeció a las observaciones presentadas por **ALIMENTOS DAZA** y **DISFRUVER**, referidas a los requisitos financieros y de experiencia, lo que conllevó a que los mismos fueran más exigentes de modo que su concurrencia al proceso de manera independiente no fuera posible, justificando así la creación de la Unión Temporal. Es así que dentro del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** hubo un único oferente, la **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTO SALUDABLE** (en adelante **UTAS**), integrada por **DISFRUVER** (30%), **ALIMENTOS DAZA** (55%) y **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** (15%), a quien en efecto le fue adjudicado el contrato, registrándose un porcentaje de ahorro de tan solo el 0,025% del valor techo¹⁵.

SEXTO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados, algunos de los cuales, dentro del término establecido para tal fin, manifestaron sus observaciones al mismo, y cuyos argumentos se resumen a continuación:

6.1. Observaciones presentadas por ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ

- El pliego de cargos de la Superintendencia de Industria y Comercio en realidad constituyó una narración histórica sobre los hechos acontecidos en el pasado, de los cuales conoció a través de un material probatorio que recaudó en la etapa preliminar de esta investigación. Lo anterior significa también que, a partir de su propia percepción y con base en la propia interpretación que hizo de las pruebas inicialmente recogidas, esta Superintendencia construyó una narración de los hechos pasados que vinieron a ser los cargos imputados.

De igual modo, lo anterior sirve para decir que cada uno de los investigados y particularmente los señores **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, por una parte, **DISFRUVER**, **ANDREA ROSAS DÍAZ** y su esposo **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, construyeron su propia narración sobre los hechos pasados. Dicha narración apareció coincidente, no solo entre ellos, sino también, con la narración de su fallida "confesión" para obtener beneficios. Por otro lado, **ALIMENTOS DAZA**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** construyeron otra narración que igualmente fue coincidente entre ellos mismos, pero notoriamente divergente de las anteriores cuando no contraproducente, según lo evidenciaron las declaraciones de **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y las que **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO**, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** hicieron ante la **SIC**.

Lo anterior para destacar que cuando en esta investigación se habla de "hechos" no debe entenderse que son los hechos materiales que acontecieron, los hechos empíricos, pues aquellos que hemos conocido como tales son en realidad narraciones, historias o versiones que contienen enunciados sobre los hechos, son historias acerca de los hechos pasados.

¹³ Folio 4353 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

¹⁴ Folio 4353 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

¹⁵ Folio 4353 del Cuaderno Público No. 19 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

- El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 es un tipo en blanco, cuya correcta aplicación exige remitirse a la normatividad de la contratación estatal, ejercicio que le está dado únicamente al legislador al definir las faltas.
- A **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** le fue endilgada responsabilidad como agente de mercado por violación a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sin embargo, dado que agente de mercado significa "competidor", calidad que él no ostenta, no puede ser sujeto activo de tal disposición legal.
- Por cuanto la modalidad de contratación utilizada dentro del proceso de contratación **LP-AMP-129-2016** fue la selección abreviada bajo el esquema de **AMP** y no la licitación pública ni el concurso, no es posible derivar responsabilidad alguna con fundamento en lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- La declaratoria de desierto del proceso de contratación **LP-AMP-129-2016** obedeció al error cometido por la **SED** durante el proceso de planeación, estudios de costos y de mercados. Así, conforme a los principios de presunción de inocencia, favorabilidad, investigación integral, eficacia, imparcialidad, propios del principio del debido proceso que gobiernan esta clase de investigaciones (artículo 3 de la Ley 1437 de 2011), esta Superintendencia ha incurrido en una grave omisión al negarse injustificadamente a investigar si la **SED** estableció o no correctamente el precio de la fruta en el citado proceso contractual.
- La Delegatura estableció como hipótesis a demostrar que entre los procesos de contratación **LP-AMP-129-2016** y **SI-SA-140-AG-2017** existió una línea de continuidad que obedeció a una actuación dolosa por parte de los investigados, y que el segundo no fue sino la consumación de lo que deliberadamente iniciaron en el primero logrando la declaratoria de desierto del proceso de contratación **LP-AMP-129-2016**, lo cual fue precedido supuestamente de un acuerdo colusorio.

Tal razonamiento parece lógico pero tiene el grave inconveniente de ser falso, porque la declaración de desierto del referido proceso de contratación nunca fue el resultado o consecuencia de ninguna reunión de los investigados ni de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, sino de un error, igualmente grave de la **SED** en el proceso de planeación, estudios de costos y de mercado que incluso aparecen demostrados en el expediente, a pesar de la injustificada negativa de esta Superintendencia a investigar un tópico de tal relevancia.

- Según el Sistema Electrónico de Contratación Pública II (en adelante **SECOP II**), la **SED** hizo pública la convocatoria al proceso **LP-AMP-129 de 2016** el 19 de diciembre de 2016 y en esa misma fecha publicó los estudios de costos y de mercado que había hecho. El estudio de costos publicado evidencia que para efectos de determinar el precio se basaron fundamentalmente en el indicador de los precios de las frutas de la Corporación de Abastecimiento de Bogotá - **CORABASTOS** en el Sistema de Información de Precios y Abastecimiento del Sector Agropecuario (en adelante "**SIPSA**") para el periodo comprendido entre enero a octubre de 2016. Esto significa que para las mencionadas fechas, **FAC**, quien hoy es presentado por esta Superintendencia como un modelo de eficiencia, ni siquiera existía como empresa, pues esta solo vino a quedar legalmente constituida como una persona jurídica el día 28 de diciembre de 2016.

Es evidente entonces que al momento de hacer el estudio de costos y de mercado, la **SED** jamás tuvo en cuenta a **FAC**, porque no existía como competidor en el mercado, no era un jugador en el mercado y mucho menos para el mercado del **PAE**, por ende, no podía contarse con sus precios de venta al público como un elemento a considerar en el estudio de mercado de la **SED**.

- La **SED** elaboró los estudios de costos y de mercado para el contrato **LP-AMP-129-2016** que se iba a ejecutar en el año 2017 únicamente con base en el indicador para las frutas del **SIPSA**, el cual tomó precios de enero a octubre de 2016. No obstante, este indicador solo podía determinar el costo de adquisición de la fruta como materia prima, mas no su costo de producción porque el tipo de fruta que exige la **SED** para el **PAE**, no es el tipo de fruta que se obtiene en **CORABASTOS**, sino que esta debe ser objeto de transformación a través de un proceso para adaptarla a las condiciones y especificaciones que exige la **SED**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Una consecuencia de esta omisión por parte de esta Superintendencia fue que, por vía de una errada inferencia basada en una premisa falsa: la del precio correcto ofrecido por la **SED** en el proceso, concluyó que los investigados, entre ellos **ALIMENTOS DAZA**, "*renunciaron a la rivalidad e independencia que debe regir entre competidores*" y que su conducta fue "*el resultado de la concertación con los competidores*".

- Para el 14 de enero de 2017, fecha en la que se llevó a cabo la reunión en la bodega de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, ya **ALIMENTOS DAZA** por conducto de su representante legal, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, apoyada en la Ingeniera **JENNIFER OCAMPO LÓPEZ**, había hecho la evaluación del precio ofertado por **CCE**, el cual no satisfacía su expectativa, lo cual plasmó en la etapa de observaciones al proyecto de pliego de condiciones. Esta circunstancia fue informada de manera clara y espontánea por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** en su primera declaración ante esta Superintendencia, y luego ratificada por la ingeniera **JENNIFER OCAMPO LÓPEZ** durante su diligencia de testimonio.
- En torno al listado de frutas y de precios que aparece en la fotografía del tablero usado en la bodega del señor **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, folio 46 del Informe Motivado, es necesario destacar que el precio vigente para las frutas para ese día –14 de Enero de 2017– era el que aparecía en la segunda columna del tablero. Dicho precio era muy superior al que había ofrecido la **SED** en siete (7) frutas: mandarina, mango, manzana verde-roja nacional, pera uchuva, uva Isabela y uva negra. Luego, contrario a lo que han afirmado la Superintendencia de Industria y Comercio y **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA**, **RAMÓN EDUARDO OTALVARO** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, el precio de la fruta ofrecido por la **SED** estaba por debajo del precio de mercado.
- Los testimonios de **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** deben ser analizados de manera distinta, teniendo en cuenta que ellos buscaban emitir una confesión para obtener beneficios, que a la postre nunca obtuvieron, y en tal propósito tuvieron a bien aceptar los cargos formulados por esta Superintendencia para lo cual también tuvieron que aceptar como ciertos los enunciados fácticos contenidos en la imputación de cargos.

Lo que se quiere destacar es que **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** tienen su propia historia, narración o enunciado de los hechos que obviamente resulta divergente, tanto para el proceso **LP-AMP-129-2016** como para el proceso **SI-SA-140-SG-2017**. Los citados señores asistieron a esas reuniones con sus propias intenciones, mientras que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** fue con otras: buscaba ofrecer su fruta, al igual que dijo hacerlo **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**.

ANDREA ROSAS DÍAZ y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** siempre tuvieron sus propias intenciones en los dos procesos contractuales y por esa misma razón asumieron una conducta procesal diferente en esta investigación, tanto así que **ANDREA ROSAS DÍAZ** admitió haber engañado a **ALIMENTOS DAZA** en el proceso **SA-SI AG-140-2017**.

Desde el punto de vista procesal, las confesiones de **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** deben ser evaluadas en su contra como corresponde, sin embargo, contra **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **ALIMENTOS DAZA** y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, solo tienen la vocación de constituirse en indicios dada la ausencia de un litisconsorcio necesario entre los mismos.

- La respuesta de **CCE** y de la **SED** en cuanto a las observaciones al pre pliego respecto del precio fue unificarlo para todas las frutas utilizando un promedio simple: sumaron el valor de todas las frutas y lo dividieron por 12 para concluir que el precio era de \$274 por unidad de fruta, luego la respuesta obvia de **ALIMENTOS DAZA** fue presentar una nueva observación respecto al precio, guardando coherencia no solo con su observación inicial al proyecto de pliego de condiciones, sino con la cotización que había enviado oportunamente a la **SED** cuando le fue solicitada para la realización del estudio de costos y de mercado.
- **ALIMENTOS DAZA** no necesitaba de ninguna reunión para actuar como actuó, así como tampoco envió a tales reuniones a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** a celebrar ningún tipo de acuerdo anticompetitivo, y cuando este asistió a las mismas ya tenía clara la posición de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, su hija, de que no iba a participar si no mejoraban el precio.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

- La Delegatura reprocha y mira con sospecha que al momento de hacer las observaciones al pliego de condiciones respecto del precio de las frutas, **ALIMENTOS DAZA** haya hecho explícito lo que era una realidad patente para todos: "*que los precios estaban por debajo del 50% de la realidad de los precios*". Lo anterior porque el reajuste posterior del precio que hizo la **SED** estuvo aproximado a ese porcentaje. Por tal motivo, se reitera la falencia por parte de esta Superintendencia de determinar un tópico esencial de la investigación como lo era el precio real de la fruta para el mercado del **PAE**.
- Expresiones tales como "Coaliciones" y "Consensos" usadas por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, respecto de lo que supuestamente aconteció en la bodega de **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** y luego en el Centro Comercial Gran Estación, no corresponden a la realidad de los hechos, sino a su propia percepción de los mismos, tal y como ellos lo estaban viviendo, conforme a su decisión e intención personal. Ellos estaban en "*su propia reunión*" dentro de esa reunión y por esa misma razón construyeron los enunciados fácticos sobre los hechos en la forma en que lo hicieron.
- Si se analizan objetivamente las declaraciones de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **GEIMI SOLIEMI DAZA VILLAR** y **JENNIFER OCAMPO**, puede concluirse, sin atentar contra la lógica o la racionalidad, que la decisión de **ALIMENTOS DAZA** de no participar en el proceso **LP-AMP-129-2016** y de hacer observaciones fue una decisión perfectamente individual, autónoma y discrecional de parte de su representante legal y que, sea lo que sea que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** haya dicho o hecho en las referidas reuniones, fue algo absolutamente irrelevante en la decisión de dicha compañía.
- El dicho de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, respecto de lo que aconteció en las reuniones en la bodega de **ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO**, no es creíble porque según lo afirma este último en su primera declaración, fue el propio **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** el que conjuntamente con el segundo gestaron y promovieron la reunión en la bodega de **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** para ofrecer sus productos a los eventuales competidores del **PAE**. Fueron ellos los que citaron a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y no justamente para coludirse, no hay prueba en el expediente de tal clase de convocatoria.
- Tal y como en efecto lo declaró **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** en su ratificación de testimonio ante esta Superintendencia, él fue a esa reunión a ofrecer sus frutas, lo que nunca hizo y, por el contrario, se dedicó a tomar fotos al tablero que había escrito su compañero de coordinación de la reunión, **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO**, para luego hacerlas llegar a la Superintendencia de Industria y Comercio.

Con respecto a la finalidad de la reunión en el Centro Comercial Gran Estación, el testimonio de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** merece cuestionamientos, puesto que en primer lugar, nunca se supo a qué fue, si según su declaración ya se había determinado en la primera reunión que nadie se iba a presentar a la licitación. Y, en segundo lugar, no tiene sentido que se haya convocado a una reunión para verse las caras y repetir: que nadie se iba a presentar. Esto se explica por lo dicho anteriormente, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** construyó su propia versión de los hechos, su propia narración o historia.

- Igualmente, llama la atención que **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, siendo quienes planearon la reunión en la bodega para sus propios fines, quienes convocaron a los demás, y que el primero fue el que escribió en el tablero, es decir, que en grado de participación en dicha reunión intervinieron activamente mucho más que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** quien, limitó su participación a su mera asistencia, no hayan sido investigados dentro de las presentes actuaciones.

Esto hace manifiesta una violación al principio de igualdad e imparcialidad pues donde hay una misma razón de hecho debe haber una misma razón de derecho. Los hechos y las pruebas indican claramente que, o bien ha debido vincularse formalmente como investigados a **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO**, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **JUAN PABLO FONSECA**, **NÉSTOR ALEJANDO CASTELBLANCO** y **STELLA TÉLLEZ**, por cuenta de las reuniones llevadas a cabo en la bodega de las ferias y en el Centro Comercial Gran Estación, o bien han debido excluirse a todos por igual de los cargos respectivos. Sin embargo, no ocurrió ni lo uno ni lo otro, hubo un trato discriminatorio para personas que estaban en la misma situación de hecho, lo cual quebranta los

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

principios de igualdad e imparcialidad, así como también invalida la actuación por violación del debido proceso.

- El chat proveniente de **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** se trata de un documento declarativo emanado de un tercero, cuyo significado no es unívoco. Tan solo éste sabrá qué quiso decir con lo que expresó en el chat y en todo caso, de acuerdo con la ratificación de su testimonio ante la Superintendencia de Industria y Comercio. Es evidente que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** lo había defraudado, lo había engañado, induciéndolo a pensar que estaba en la misma condición que él: sin ninguna opción de participar en el proceso **LP-AMP-129-2016**, y resultó no ser cierto, porque **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** ya tenía planeada su participación en dicho proceso junto con **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS** y **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO**.
- **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** usó o instrumentalizó a **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** para conseguir sus propios fines en dicha reunión, de allí las expresiones del último a través del chat. Sin embargo, la experiencia personal de **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** con relación a la conducta de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, no era la misma experiencia de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, puesto que ningún preacuerdo existió entre estos. Luego, la expresión "*el orden que pretendimos establecer*" no es unívoca, sino equívoca y solo **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO**, conoce el significado y alcance de lo que quiso decir con la misma.
- Respecto de las amenazas por parte de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** a **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, está demostrado que ellas nunca existieron. Por el contrario, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** les advirtió que de participar en esa licitación tendrían pérdidas, siendo el propio **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO** quien en su primera declaración ante esta Superintendencia lo reconoció y además dijo que él entendió que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** trataba de ayudarle.
- Respecto de **ALIMENTOS DAZA** y a **GEIMI SOLIEMI DAZA VILLAR**, las conductas anticompetitivas que según la Delegatura tuvieron lugar en torno al proceso **LP-AMP-129-2016** por cuenta de las reuniones en la bodega de **ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** y en el Centro Comercial La Gran Estación, derivan de la calidad de "*Controlante por Influencia*" que le fue atribuida a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**. A través de este argumento, la Delegatura estableció una especie de "vaso comunicante" entre los actos de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **ALIMENTOS DAZA**, el cual carece de rigor lógico y sustento en nuestro ordenamiento jurídico.

Las normas sobre protección de la competencia no contemplan una previsión legal que permita imputar cargos a **ALIMENTOS DAZA** por cuenta de los actos de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, máxime cuando la prueba recaudada evidencia que dicha compañía actuó con independencia de éste. Tampoco aparece acreditado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** haya actuado en nombre y representación de **ALIMENTOS DAZA** y, por el contrario, ha quedado establecido que dicha compañía adoptó las decisiones en cabeza de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** de manera autónoma.

GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR se dio cuenta de las reuniones en las que estuvo su padre, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, luego de la visita que hizo la Delegatura a su empresa. Aún más, ella en su testimonio, bajo la gravedad del juramento, indicó que nunca encargó, instruyó o encomendó a su padre para que a nombre de **ALIMENTOS DAZA** actuara en reunión alguna. Se hace entonces necesario que el Superintendente de Industria y Comercio advierta y corrija ese yerro, de lo contrario incurriría en una decisión totalmente contraria a la verdad de los hechos y a las pruebas que obran en el expediente.

- Esta Superintendencia le ha otorgado a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **ALIMENTOS DAZA** un trato discriminatorio en relación con el que le ha sido ofrecido a **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**. En el proceso **SI-SA-140-AG-2017**, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO**, aunque firmó el documento de la **UTAS**, la Delegatura recomendó excluirlo u exonerarlo de toda responsabilidad, puesto que concluyó que quien actuaba realmente era su hijo **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, es decir, que los actos de este nunca comprometieron la responsabilidad de su padre. No sucedió lo mismo entre **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR/ALIMENTOS DAZA**, porque todos los actos que supuestamente ejecutó el primero respecto del proceso **LP-AMP-129-2016** les fueron imputados a **ALIMENTOS DAZA** y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, sin que existiera una sola prueba en su contra, diferente a lo que la Delegatura denominó como "*Controlante por Influencia*". El principio de igualdad reclama que **ALIMENTOS DAZA** y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, reciban en este punto específico, el mismo tratamiento que tuvo **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**.

- El Informe Motivado indicó que para efectos de recomendar la imposición de sanción, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** es considerado como un agente del mercado, afirmación que carece de fundamento y veracidad, puesto que, como persona natural nunca tuvo la condición de competidor que pudiera rivalizar con ningún otro competidor en los procesos contractuales **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-140-AG-2017**. Por lo tanto, mal puede esta Superintendencia predicar tal calidad bajo el argumento de que era "*Controlante*" de **ALIMENTOS DAZA**, dado que las pruebas que obran en el expediente no evidencian tal control.
- En concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado "*(...) no todo tipo de participación de una persona natural o jurídica en el proceso de licitación o concurso tiene efectos vinculantes, pues estos solo se pueden predicar respecto de quienes participan en calidad de proponentes u oferentes y sus ofertas o propuestas fueron recibidas por la administración antes del vencimiento del plazo fijado en el pliego de condiciones a términos de referencia para la presentación de las mismas cierre de la licitación o concurso público.*" (Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil C.P., Dr. Luis Fernando Álvarez Jaramillo. abril 20 de 2006 Radicación No. 1732).

Lo anterior lleva a concluir que si para los efectos de esta investigación la Delegatura no hace diferencia entre los "proponentes" y los "interesados", y estima que unos y otros son competidores entre sí, entonces cualquier acuerdo colusorio celebrado entre sujetos sin ninguna vocación para presentar ofertas serias sería irrelevante, porque el escenario de la competencia en los procesos de contratación estatal lo propician quienes tienen la calidad de proponentes u oferentes por haber presentado una oferta individual o plural que cumplía con los requisitos de los pliegos de condiciones.

En razón de lo anterior, la infracción imputada a **ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y al propio **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, es atípica y, por tanto, no merece reproche o sanción alguna. En el peor de los casos, si pudiera hablarse de la tipicidad de su conducta, esta fue absolutamente irrelevante y nunca tuvo la potencialidad de afectar el bien jurídico tutelado por las normas sobre protección de la competencia, puesto que **DISFRUVER** y **NÉSTOR HUGO CASTELBLANCO GARCÍA** nunca estuvieron habilitados para participar como proponentes individuales o como competidores en el proceso contractual **SI-SA-140-AG-2017**.

- Esta Superintendencia cuestionó y no dio crédito a la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** referida a su temor de asumir el reto de contratar, argumentando que el mismo era infundado porque está demostrado que **ALIMENTOS DAZA** anunció en su página web poder entregar 1.000.000 de frutas diarias y que incluso para el mes de mayo de 2016 ya había suministrado a contratistas del **PAE** una cantidad de 5.947.783, lo cual es muy aproximado a la cantidad de 6.093.000 unidades mensuales que la **UTAS** entregó a la **SED** por cuenta del contrato **SA-SI140-SG-2017**. Estas conclusiones resultan lesivas y en contravía directa de la presunción de inocencia que debe imperar, además, a pesar de aparentar rigor lógico son totalmente falsas por estar construidas sobre premisas falsas. Dicho de otra manera, este tipo de indicios han sido construidos sobre premisas falsas, luego la inferencia que se haga de los mismos termina siendo falsa y carente de fuerza demostrativa porque:

No había lugar a comparar la entrega de fruta que se hace a los operadores logísticos con la entrega que se hace a la **SED**. Con respecto a los primeros, las entregas eran esporádicas, no permanentes ni continuas; tomar un solo mes, mayo, no permite comparar con la cantidad de entrega mensual continua durante todo el periodo escolar que implicaba el contrato con la **SED**; las entregas a los operadores logísticos no estaban bajo la amenaza de multas ni descuentos como con la **SED**, y, **ALIMENTOS DAZA** no estaba obligada a venderle al operador logístico ni este a comprarle a aquella.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

- Respecto del anuncio en la página web sobre una capacidad de producción de 1.000.000 de frutas diarias, la afirmación de la Delegatura se advierte más como una especulación que como una prueba indiciaria, porque ignora que cuando **ALIMENTOS DAZA** hizo tal clase de anuncio no tuvo en cuenta el contexto de las frutas para el **PAE** –que tienen especificaciones muy distintas a las de cualquier otra clase de fruta– y, por ende, un proceso de producción o de transformación más sencillo.
- La Superintendencia de Industria y Comercio ignoró el razonamiento de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** frente a la cantidad de fruta a suministrar a la **SED**, la capacidad de entrega, el riesgo de incumplimiento asociado y su inexperiencia total en procesos de contratación directa con el estado el pliego de condiciones señaló un valor global del contrato por \$40.429.646.552, un precio de 398 por cada unidad de fruta y un volumen estimado de 101.582.026 unidades de fruta que el adjudicatario debería entregar a la **SED** durante el término de ejecución del contrato. La primera reflexión que hizo **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** fue dividir el total de unidades por diez (10) meses que estimaba duraría el periodo escolar.

Esta operación le arrojó un promedio mensual de 10.158.202 unidades de fruta, razón suficiente y poderosa, en su experiencia, para considerar no asumir ese riesgo sola sino con el apoyo de otras personas, puesto que nunca antes había entregado tal volumen de unidades, ni había contratado con el Estado, por lo que no quería verse expuesta a la imposición de multas, sanciones y descuentos por parte de la **SED** por incumplimiento. No obstante, ya en la ejecución del contrato, la **SED** prolongó el periodo de entrega a doce (12) meses, durante los cuales nunca pidió un número uniforme de frutas sino variado, esto hizo que el total de fruta mensual suministrada a la **SED** se redujera a la cifra promedio de 6.093.000 unidades de fruta mensuales, cifra que de manera precipitada, infundada y descontextualizada, la Delegatura comparó con un solo volumen de entrega a un operador logístico en el mes de mayo de 2016, el cual se acercó a la suma de 5.947.783 unidades de fruta.

- Por otra parte, la Delegatura se valió del testimonio de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** y de la adjudicación de cinco (5) segmentos de fruta que **CCE** hizo a **FAC** para hacer aparecer tanto a **ALIMENTOS DAZA** como a **DISFRUVER** y al propio **NÉSTOR HUGO CASTELBLANCO**, como ‘monumentos’ a la ineficiencia, en tanto que a la primera como un gran modelo de eficiencia, creando con ello un nocivo e injustificado entorno de sospecha contra mis poderdantes, que sumado a variadas y erradas inferencias, han llevado a las recomendaciones contenidas en el Informe Motivado.
- **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** hizo tres (3) aseveraciones contundentes: (i) mientras **CCE** sostuvo el precio inicialmente ofertado, **FAC** entregó fruta de mala calidad a la **SED**; (ii) **FAC** estuvo operando a pérdida con ese precio inicial; (iii) **FAC** empezó a entregar fruta de calidad cuando la **SED** reajustó el precio de la fruta. La Superintendencia de Industria y Comercio no puede adoptar una decisión legal, justa y fundamentada en la verdad ignorando semejante clase de declaración. Esta declaración de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, junto con la de **RAMÓN EDUARDO OTALVARO MELO**, desvirtúan por completo la magnificada eficiencia de **FAC**.
- No es cierto que con la observación efectuada por **DISFRUVER**, referida a aumentar el indicador de capital de trabajo, **ALIMENTOS DAZA** hubiese quedado inhabilitada para presentarse como proponente individual, porque ante la citada observación **CCE** incrementó el capital de trabajo de \$1.000.000.000 a \$2.000.000.000 y el patrimonio de 0 a \$4.000.000.000. El pliego de condiciones, que es la ley del contrato estatal, otorgó dos (2) opciones para que el proponente pudiera calificar: o el patrimonio igual o superior a \$4.000.000.000, o el capital de trabajo igual o superior a \$2.000.000.000. **ALIMENTOS DAZA** no cumplía con el patrimonio, pero sí cumplía con el capital de trabajo, por tanto, no quedó inhabilitada para presentarse como proponente individual como erróneamente lo afirma la Delegatura.
- La Delegatura recurrió a la experiencia de **FAC** y al testimonio de **RAMÓN EDUARDO OTALVARO MELO**, pero como se ha indicado antes, éste se contradice al respecto y es el propio **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** quien corrobora que ese precio no servía, que estaban entregando fruta de mala calidad y que estaban operando a pérdida.
- Las cuentas que presentó la Delegatura, respecto de la supuesta utilidad bruta del 19% que obtuvo **FAC** al comprar fruta a \$220, no son acertadas y asombra la ligereza del análisis ya que omite aspectos elementales en la operación de compra y venta de fruta para el **PAE**, y, en todo

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

caso, la misma es desvirtuada por los propios dichos de **RAMÓN EDUARDO OTALVARO MELO** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**. Lo cierto es que **FAC** estaba operando a pérdida y su salvación fue el reajuste del precio que posteriormente hizo la **SED**. Ellos no licitaron sino que apostaron a que entraban perdiendo y luego saldrían ganando por el reajuste del precio, allí intervino **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA**, experta en el manejo de procesos contractuales.

6.2. Observaciones presentadas por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ

- La presente investigación cuenta con cuatro (4) vicios procesales que generan nulidad: (i) la imposibilidad que tuvieron los investigados de practicar dictámenes periciales, (ii) los testimonios en la etapa de averiguación preliminar se practicaron sin que los mismos tuvieran derecho a contar con un abogado, (iii) a los testigos se les negó la oportunidad de aportar documentos a pesar de estar permitido por la ley y, (iv) se recusó a funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio sin que se siguiera el trámite correspondiente.
- Esta Superintendencia no ha permitido conocer la información que se encuentra en el Cuaderno Reservado de **FAC**, lo que imposibilitó controvertir lo indicado en el Informe Motivado respecto de la misma y, a más de ello, de haberla conocido, se habría podido revisar la totalidad de la contabilidad de **FAC** correspondiente al período de ejecución del contrato que le fue adjudicado y específicamente habría podido verificar los costos, gastos e ingresos específicos de ese contrato.
- La Delegatura no demostró que existió el acuerdo ni su objeto, así como tampoco que quienes formaron parte del acuerdo eran los únicos que podían presentarse al proceso de selección. Dicha inconsistencia genera que cualquier análisis adolezca de la limitante de establecer si la lesión del derecho protegido se dio con o sin una causal de justificación.
- Luego de analizar el material probatorio emerge que los investigados cayeron en una trampa ideada por **FAC**, pues, en efecto, fue **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** quien convocó la primera reunión que la Superintendencia de Industria y Comercio consideró como prueba del acuerdo y no los investigados.
- A pesar de que el Informe Motivado da cuenta de que **FAC** obtuvo utilidades con los precios acordados en el contrato celebrado con la **SED**, las pruebas obrantes en el expediente demuestran que desde antes de la adjudicación del contrato aquella manifestó su imposibilidad de cumplir con los precios pactados, lo que significó continuar con un proceso donde hubo un único oferente y con precios artificialmente bajos. En todo caso, con las facturas y estados financieros que cita el Informe Motivado no puede determinarse si efectivamente el contrato estaba o no dando utilidades.
- El proceso de selección **LP-AMP-129-2016** se fundó en cinco tipos distintos de refrigerios dependiendo de quién fuese el beneficiario de los mismos, lo que significa que los proveedores podían incluir el tipo de fruta dependiendo del tipo de refrigerio. Por este motivo, a efectos de analizar la estructura de costos de **FAC**, deben revisarse los precios de compra de todos los tipos de fruta y no solamente el de las peras, que son las únicas facturas a las que el Informe Motivado hace alusión.
- Los estados financieros de **FAC** con corte a 31 de mayo de 2017 muestran que esa sociedad tuvo una pérdida de \$29.515.645. Esta circunstancia contradice lo indicado en el Informe Motivado, según el cual el precio de las frutas era rentable, a tal punto, que la **SED** aumentó el precio al que se pagaron a **FAC** sus órdenes de compras. Es por esta precisa razón, que lo discutido en las reuniones fue solicitar a la **SED** la revisión de los precios máximos, ya que con los establecidos en el pliego de condiciones del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** era improbable que se presentaran oferentes.
- **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ** nunca reconocieron en su allanamiento que ellos ejercieron presión sobre **FAC** para que no presentara oferta. Por el contrario, lo que está reconocido es que **ANDREA ROSAS DÍAZ** llamó a **LIGIA AMIRA COBOS** para comentarle que el proceso **LP-AMP-129-2016** tenía unos niveles de pérdida muy altos, lo que no puede ser interpretado como un tipo de influencia o presión.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Ciertamente, **LIGIA AMIRA COBOS** en su diligencia de ratificación de testimonio nunca mencionó que **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** la hubiesen presionado a ella o a algún funcionario de **FAC**.

- Para que un acuerdo por objeto pueda restringir la libre competencia debe tener la capacidad de lesionar ese derecho. Por tal razón, para que en el presente caso pudiera afirmarse que **CCE** pudo haberse visto afectada, habría sido necesario que todas las empresas con capacidad de ofertar hubieran tomado parte en el acuerdo. En efecto, en los testimonios rendidos por funcionarios de la **SED** y de **CCE** se señaló que en las audiencias de explicación de pliegos se presentaron otras personas diferentes a los investigados, hecho que fue confirmado con la denuncia que presentó la Subdirección de Negocios de **CCE** en donde se indicó que 49 proponentes presentaron oferta para el Instrumento de Agregación de Demanda (en adelante **IAD**) de compra de alimentos.
- El pliego de la licitación **LP-AMP-129-2016** no fue diseñado correctamente, lo que generó que un número limitado de oferentes se hubiera presentado. Esta situación se agravó cuando en vez de reajustar el precio en el marco de un proceso de licitación de acuerdo con las observaciones presentadas, o de descalificar la propuesta presentada por **FAC**, la entidad estatal decidió adjudicar el contrato al único oferente y, luego de adjudicado, cambiar las condiciones de modo tal que el adjudicatario fue en últimas el único beneficiario de un mayor precio. Todas estas circunstancias además corroboran que el acuerdo no tenía la capacidad de lograr que **CCE** incrementara los precios.
- No resulta acertado afirmar que la razón por la cual los precios se incrementaron en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** fue porque no se hubiesen presentado oferentes en el proceso **LP-AMP-129-2016**. Dicho incremento obedeció a un cambio en las condiciones del mercado y a que el estudio que se tuvo en cuenta dentro del proceso **LP-AMP-129-2016** había perdido vigencia. En tal sentido, la decisión de no presentar oferta no era solamente un derecho, sino que aceptarlo hubiera sido una infracción de una norma de contratación estatal, lo que en conjunto justifica su actuar.
- En relación con el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** la Superintendencia de Industria y Comercio debió demostrar que existió un acuerdo cuya única motivación era no competir, que quienes formaban parte del acuerdo tenían la capacidad para participar de forma individual, y que quienes formaron la Unión Temporal eran los únicos posibles oferentes.
- En el expediente existen pruebas que demuestran que ninguno de los investigados cumplía con todos los requisitos del pliego o carecían de la capacidad instalada o financiera para cumplir de manera individual con el contrato. Incluso si los miembros de **UTAS** hubieran tenido la capacidad de presentarse de manera individual, es totalmente legítimo que se hubieran presentado de manera conjunta dado el valor del contrato (\$40.429.645.552). Aún más, en el caso particular de **DISFRUVER**, ésta tenía suspendido el concepto fitosanitario de la planta, hecho adicional que la llevó a hacer parte de la Unión Temporal.
- **DISFRUVER** no tenía el capital de trabajo necesario para operar satisfactoriamente el contrato de manera individual. Ello por cuanto el capital de trabajo requerido para el primer mes era de \$3.101 millones, alcanzando un valor máximo de necesidades de \$8.260 millones en el segundo mes. Estas cifras demuestran que el valor alcanzando es 4.13 veces superior al requisito de capital de trabajo establecido para dicho proceso por **CCE** y 8.13 veces superior al valor que había sido inicialmente establecido. Al hacer parte de la Unión Temporal, **DISFRUVER** buscó evitar incumplir con el contrato por no tener la capacidad para ejecutarlo.
- **DISFRUVER** no contaba con la capacidad de planta para ejecutar la totalidad del contrato, tal y como así pretendió demostrarlo con el dictamen pericial que la Delegatura se negó a decretar. A más de negarse a decretar dicha prueba, la Delegatura se abstuvo de decretarla de oficio, lo que evidencia su interés en confirmar su teoría y no en encontrar la verdad. Así como también se negó a darle valor al concepto técnico emitido por **INGRID VANESA GUEVARA CORTÉS**, ingeniera de **DISFRUVER**, quien certificó que técnicamente la empresa no podía atender de manera individual la totalidad de las cantidades de frutas requeridas por el contrato **SA-SI-140-AG-2017**.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

- Por el contrario, la Delegatura acogió lo manifestado por **RAMÓN EDUARDO OTALVARO MELO** en su diligencia de testimonio, quien en su calidad de empleado de **FAC** afirmó que la capacidad instalada puede aumentarse con facilidad, tomando como ejemplo el que la capacidad de planta de **FAC** pasó de 120.000 a 170.000 con un proceso de inventarios. Tres críticas surgen en torno a esta afirmación. La primera, que la misma no cuenta con un respaldo técnico que demuestre cuánta fruta se procesaba, cuánta se procesa hoy, ni sus efectos. La segunda, que el testigo tiene un interés en que los investigados resulten sancionados dado que son competidores. Y, tercera, que es irresponsable asumir que un similar manejo de inventarios le iba a permitir a **DISFRUVER** un incremento de capacidad instalada pasando de 200.000 a 700.000 frutas diarias conforme lo exige el contrato.
- Las conclusiones de la Delegatura en torno a la capacidad instalada también derivan del testimonio rendido por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, quien señaló que de requerirse mayor capacidad **FAC** podía hacer uso de una bodega arrendada, supuesto que resulta de difícil aplicación en el caso de **DISFRUVER**, o de cualquier otro agente del mercado, ya que exige que la empresa cuente con bodegas disponibles y que les cambie su destinación. Esta circunstancia es desconocida por esta Superintendencia, motivo por el cual mal puede generalizar dicha opción, más aún si se tiene en cuenta que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** no conoce la planta de **DISFRUVER**.
- **DISFRUVER** cuenta con una capacidad para procesar un máximo de 200.000 unidades de fruta diaria, sin que la destinación de la planta pueda ser exclusiva para **PAE** del Distrito. Además, las plantas deben cumplir con plan de saneamiento, buenas prácticas de manufactura, concepto fitosanitario favorable, distribución y demarcación requerida por la **SED**, lo que implica que cumplir con tales requerimientos puede llegar a tomar meses.
- El hecho de haber solicitado modificaciones a los pliegos de condiciones buscando hacer más exigentes los requisitos para los oferentes, no puede ser tomado como un indicativo para restringir la competencia. Ello obedeció únicamente al ánimo de buscar que la entidad estableciera requisitos o evaluara características propias para tener mayor posibilidad de ganar el contrato.
- Por cuanto el acuerdo no se celebró entre la totalidad de empresas que tenían capacidad de participar en el proceso licitatorio (**CAMILO GUTIÉRREZ**, funcionario de **CCE** indicó que sí habían más interesados en el proceso de selección), el mismo no podía lesionar la libre competencia ni afectar a la **SED**, situación que así mismo confirma que la **UTAS** no dejaba a la **SED** sin posibles oferentes.
- De llegar a sancionarse tanto a **DISFRUVER** como a **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, se les estaría sancionando dos veces por el mismo hecho, ya que **DISFRUVER** les pertenece en porcentajes del 75% y 25%, respectivamente. Adicionalmente, por cuanto **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** son personas naturales, no se les pueden aplicar las sanciones de que trata el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, ya que tales sanciones están dirigidas únicamente a personas jurídicas.
- La Resolución de Apertura de Investigación omitió precisar en cuál de los verbos rectores incurrió **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, lo que le imposibilitó ejercer su derecho de defensa. A más de ello, la Delegatura debió demostrar que éste participó de manera activa en la decisión de no presentar oferta en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y de conformar una Unión Temporal en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**, así como también que dichas decisiones las tomó de manera dolosa.
- **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** no era la persona que en **DISFRUVER** se encargara de manejar los procesos licitatorios y de selección con entidades estatales. A más de ello, sus declaraciones no evidencian un entendimiento acerca de que las decisiones perseguían generar efectos restrictivos de la competencia.
- La Resolución de Apertura de Investigación omitió precisar en cuál de los verbos rectores incurrió **ANDREA ROSAS DÍAZ**, lo que le imposibilitó ejercer su derecho de defensa. En relación con el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, ella fue quien tomó la decisión de que **DISFRUVER** no participara en el mismo, por cuanto los precios máximos fijados por la entidad eran muy bajos y le generarían pérdidas a dicha sociedad. Frente al proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**,

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

ha quedado establecido que **DISFRUVER** no tenía ni la capacidad de planta, ni el capital de trabajo, ni el concepto higiénico que le permitieran ejecutar el contrato de manera individual. Tampoco existe en el expediente una prueba de que su conducta haya sido dolosa o culposa.

- Los testimonios de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** y **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** fueron tachados de sospechosos y, sin embargo, fueron valorados y tenidos en cuenta.
- **DISFRUVER** aportó un dictamen pericial cuyo objeto es determinar la suficiencia de los requisitos financieros establecidos en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** y si ésta tenía la capacidad para asumir la ejecución del mismo, respecto del cual solicitó su decreto como prueba y valoración. Así mismo, aportó dos documentos que solicita sean decretados y valorados como prueba. Finalmente, solicitó una audiencia con el Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio, con el fin de presentarle un resumen de sus alegaciones.

6.3. Observaciones presentadas por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ**

- Ni **ALIMENTOS SPRESS** ni **NAMASTÉ** contaban con capacidad jurídica para participar en el grupo de frutas, tal y como lo detallan los Registros Únicos de Proponentes allegados con los descargos, en donde se aprecia que **ALIMENTOS SPRESS** se dedicaba a la panadería, en tanto que **NAMASTÉ** a los lácteos. Esta circunstancia lleva a concluir que dichas empresas, al no poder participar en dicho mercado, no podrían jamás celebrar un acuerdo anticompetitivo dentro del mismo.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** asistió a las reuniones de los investigados como representante de la Asociación Colombiana de Dietistas y Nutricionistas (**ACODIN**) y no como representante de **ALIMENTOS SPRESS**, tal y como así lo confirma la publicidad del congreso y las facturas de compra de puestos por parte de estos. Dicha circunstancia fue confirmada por **ANDREA ROSAS DÍAZ** durante su diligencia de testimonio, quien manifestó que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** asistió a tales reuniones para ofrecer su congreso y no para acordar nada con empresas que no son sus competidoras. Otro aspecto importante a tener en cuenta es que la lista de asistentes elaborada por **ANDREA ROSAS DÍAZ** nunca fue firmada por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**.
- Conforme lo reconoce el Informe Motivado, la presunta coordinación en la presentación de las observaciones no tuvo ningún efecto disuasivo frente a la **SED**, ya que una vez publicado el pliego de condiciones definitivo, dichas observaciones no fueron tenidas en cuenta, lo que confirma que las mismas no sirvieron como medio de presión.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no amenazó ni presionó a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** para que **FAC** dejara de participar en el proceso **LP-AMP-129-2016**, según lo confirmó él mismo en su interrogatorio de parte al informar que no sabía quién lo había llamado a amenazarlo, que no guardó el número, ni denunció nada ante las autoridades, desmintiendo así la versión que había brindado en su versión preliminar. Igualmente, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** al ser interrogada, de manera categórica afirmó que no recibió ninguna llamada de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**.
- **NAMASTÉ** no participó a través de su representante legal en ninguna reunión con los investigados, ni manifestó su voluntad de participar de ningún acuerdo. En torno a la vinculación de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** con **NAMASTÉ**, no existen pruebas que demuestren el control ejercido por esta sobre la empresa, a tal punto que la Delegatura se refirió a ella como vinculada y no como controlante, pues el control hubiera exigido la demostración de la influencia que ella ejercía sobre precios, o decisiones de mercado, lo cual no se probó. Además de ello, al no haberse demostrado ninguna responsabilidad respecto de la persona jurídica, no se entiende cómo puede entonces endilgarse alguna a la persona natural.
- El hecho de que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no hubiera tomado parte en la **UTAS** muestra que no participó de ningún acuerdo anticompetitivo, motivo por el cual, ni en nombre propio ni a nombre de ningún tercero, pudo ella convenir la conformación de lo que la Delegatura señaló como el vehículo de colusión dentro del proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

- El principio de congruencia entre la acusación y la sanción exige que para el respeto del derecho de defensa solo pueda sancionarse por aquello que se acusa, por lo tanto, teniendo en cuenta que a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no se le formularon cargos como vinculada a **NAMASTÉ**, una sanción en dicho sentido sería incongruente.

6.4. Observaciones presentadas por **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **BESTCOLFRUITS**

- Las declaraciones de **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA**, **RAMÓN EDUARDO OTALVARO MELO** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** deben ser evaluadas integralmente y no como manifestaciones individuales y parciales.
- Si bien, alguno de los declarantes manifiesta opiniones relacionadas a los hechos investigados, esto no puede ser considerado como plena prueba.
- Del acervo probatorio se deduce que algunos de los actores objeto de investigación no participaron fehacientemente en las actividades de coordinación en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y, específicamente, que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** no realizó ninguna actividad de coordinación con los demás investigados.
- La participación directa en la reunión del 14 de enero de 2017 no significa ni implica aceptar la conformación de un acuerdo colusorio. A esta reunión asistieron las personas vinculadas en los pliegos de cargos establecidos por esta Superintendencia, además de comerciantes, empresarios, productores y proveedores de frutas y verduras en Bogotá.
- El objeto de la reunión era encontrar la manera de continuar compitiendo en el mercado de refrigerios escolares en Bogotá. Específicamente, se discutieron varios temas relacionados con el mercado de la fruta y de la manera cómo los productores y proveedores podrían participar activamente en los procesos de contratación.
- De la organización y desarrollo de la reunión no debe entenderse en ningún momento que las intenciones de los asistentes respondían a un interés exclusivo ligado al proceso **LP-AMP-129-2016**.
- A partir de la declaración de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** es posible inferir que la reunión fue una iniciativa de este, que la citación fue a través de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** fue un invitado más, que no había un orden fidedigno de temas a tratar en ella, que **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** tenía muy claro la realización de la licitación pública, que su intención era que los asistentes a la reunión se enteraran de la misma, de la manera cómo podrían ofrecer productos para estructurar alguna oferta y que no hubo ninguna conclusión relacionada a las actividades que permitiesen hacer una oferta en concreto a la **SED**.
- En el caso de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, la reunión se configuraba como una oportunidad para buscar aliados estratégicos debido a que ni como persona natural ni como jurídica, a través de **BESTCOLFRUITS**, contaba con la experiencia requerida para ser proponente individual en el proceso de licitación **LP-AMP-129-2016**.
- Lo que se deduce de los testimonios y declaraciones recogidos en la investigación no es que se produjera una reunión entre los investigados, como lo señala el Informe Motivado, sino que, en dicha reunión, que contó con muchos asistentes, coincidieron en ella varios de los investigados.
- La declaración del señor **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** emite una opinión y no declara sobre un hecho. Ninguno de los asistentes a la reunión tenía conocimiento de la finalidad anunciada por este, salvo su convocante. Esta situación contradice su afirmación referida a que el objetivo de la reunión “*era reunir todas las empresas que proveían fruta para el PAE para que no se quedara una por fuera, a fin de hacer una coalición para no presentarse ninguno y definir el precio que se le iba a pedir a Colombia Compra y a la Secretaría*”.
- No todos los asistentes a la reunión fueron seleccionados en el proceso de contratación y no todos contaban con la experiencia, capacidades jurídicas y organizacionales requeridas por la **SED** para el proceso **LP-AMP-129-2016**.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

- En las declaraciones de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, este último indicó que él y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** fueron quienes tomaron la iniciativa de citar a diferentes comerciantes de frutas y verduras con el propósito de ofrecer sus productos y hablar sobre distintos temas del mercado, además del nuevo proceso de licitación de refrigerios.
- La fijación de precios en el tablero fue un ejercicio efectuado por los organizadores de la reunión en el cual le preguntan a los asistentes cuáles son los precios de venta o de colocación de sus productos. Éstos fueron simplemente comparados con los precios de referencia indicados en el pliego de condiciones y sus anexos. Lo anterior no implica la coordinación colectiva para realizar observaciones.
- No había una intención deliberada de acordar que entre los asistentes a la reunión se presentaran observaciones conjuntas en el proceso de licitación. Esto fue sólo una idea expresada por uno de los participantes.
- Los precios fijados por la **SED** en el proceso **LP-AMP-129-2016** estaban por debajo del precio de venta de las negociaciones adelantadas por **BESTCOLFRUITS**.
- La reunión en el centro comercial Gran Estación de Bogotá se sostuvo un día antes de que se venciera el plazo para presentar oferta en el proceso de selección, esto es, el 2 de febrero de 2017. Lo anterior da cuenta de que la determinación de presentarse o no ya era un hecho, pues con tan sólo un día no pueden estructurarse todos los requisitos necesarios y suficientes para presentar una oferta conjunta con algún aliado.
- La no presentación de **BESTCOLFRUITS** obedeció al hecho de no cumplir como proponente individual con todos los requerimientos del pliego de condiciones, ejemplo de ello, la experiencia total, la experiencia en contratación en suministro de frutas y la capacidad organizacional.
- La motivación de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** en asistir a la reunión en el centro comercial Gran Estación era demostrar su interés en participar en un eventual proceso contractual en calidad de participante en un consorcio o Unión Temporal, aportando su concurso y experiencia en temas relacionados al suministro de frutas.
- Lo expuesto por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** respecto a la no presentación al proceso en la medida en que la **SED** no incrementó el precio fijado para la estructuración de la oferta económica, se entiende como una apreciación subjetiva pero que no fue objetivamente entendida por los demás asistentes a la reunión.
- **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** facilitó las instalaciones físicas y los medios necesarios para la reunión. Además de los insumos y medios para enfatizar algunas de las condiciones técnicas, financieras y económicas exigidas en el proceso de licitación. Lo anterior no revela que aquel que quería asistir pacífica y tranquilamente haya querido crear un cartel o alianza ilegítima.
- En ninguna de las consideraciones relacionadas con los hechos que se mencionan como un acuerdo para presionar e influir a **FAC** de no presentar oferta se hace alusión, por parte de los vinculados en este proceso de licitación, a que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** haya realizado conductas tendientes a proferir alguna amenaza, presión o insulto en contra de los funcionarios, empleados o representante legal de **FAC**.
- Las circunstancias de presión o amenaza fueron realizadas por otros actores investigados como está acreditado en la investigación, conducta individual que era desconocida por **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**.
- Presentar observaciones en el proceso de selección y no presentar oferta no debe ser entendido como plena prueba de una conducta encaminada a presionar e influir a **FAC** para que no se presentara al proceso de selección.
- Las reuniones pueden ser consideradas un preámbulo a la formalización de la Unión Temporal. Su desarrollo no va en contravía a lo dispuesto por las leyes. Su propósito era analizar las condiciones y exigencias del proceso de contratación, la forma de su cumplimiento y establecer si los precios indicados en el estudio eran precios del mercado que favorecían la presentación de una oferta razonable.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

SÉPTIMO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 23 de septiembre de 2019 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia¹⁶, el cual recomendó por unanimidad sancionar a las personas indicadas en la parte resolutive de la presente Resolución, así como archivar la investigación respecto de quienes la parte resolutive de la presente Resolución da cuenta.

OCTAVO: Que habiéndose agotado las etapas señaladas en el procedimiento aplicable para este tipo de actuaciones administrativas, el Despacho procede a resolver la presente investigación en los siguientes términos:

8.1. Competencia funcional

De acuerdo al artículo 4 de la Ley 1340 de 2009: "[l]a Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente Ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen, constituyen el régimen general de protección de la competencia, aplicables a todos los sectores y todas las actividades económicas".

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹⁷ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica".

Adicionalmente, el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009 prevé que la Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Protección de la Competencia, y en tal virtud "[c]onocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia, así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

Finalmente, conforme con lo establecido en los numerales 4 y 6 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el numeral 11 del artículo 3 *ibídem*, y el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, esta Superintendencia está facultada para imponer las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre prácticas comerciales restrictivas; ordenar a los infractores la modificación o terminación de las conductas; y sancionar la inobservancia de las instrucciones que imparta en desarrollo de sus funciones.

8.2. De la libre competencia económica y las prácticas restrictivas de la competencia en la contratación estatal

El ordenamiento jurídico colombiano elevó a rango constitucional la protección de la libre competencia económica y le atribuyó la categoría de derecho colectivo y garantía orientadora del régimen económico vigente. En efecto, los artículos 88 y 333 de la Constitución Política establecen:

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

¹⁶ Acta No. 80 del Consejo Asesor de Competencia del 23 de septiembre de 2019.

¹⁷ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

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

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

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

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

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

De la lectura de las normas constitucionales antes citadas, es claro que la libre competencia económica es un derecho colectivo cuyo cumplimiento genera un beneficio para todos. Así, la Corte Constitucional ha establecido que un estado de competencia real asegura beneficios para el empresario, así como beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo¹⁸. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia **viola un derecho de todos**, incluyendo tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado en cualquier eslabón de la cadena. Por tal razón, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos¹⁹.

En desarrollo de los referidos preceptos constitucionales, la Ley 1340 de 2009 al modificar el artículo 2 del Decreto 2153 de 1992, precisó que los propósitos perseguidos por las disposiciones sobre protección de la competencia son: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica²⁰. En relación con la eficiencia económica obtenida en un marco de competencia real, existe evidencia empírica que ilustra cómo en países con importantes niveles de competencia, las tasas de crecimiento en su ingreso *per cápita* son más altas respecto de países con niveles de competencia bajos²¹.

En efecto, la sana rivalidad y competencia entre empresas deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica. En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afectan el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los bienes y servicios que adquieren²². Un estudio que analizó el periodo comprendido entre 1990 y 2007 confirmó dicho postulado, al establecer que los consumidores latinoamericanos pagaron al menos US\$35 billones de dólares extra debido a los acuerdos de precios surgidos de carteles internacionales, cifra que pudo haber sido mayor si el impacto creado por carteles domésticos hubiera también sido calculado²³.

En materia de contratación pública, la ocurrencia de prácticas anticompetitivas resulta ser aún más grave, teniendo en cuenta que estas manipulaciones no permiten la liberación de recursos que podrían ser dirigidos para cubrir otras inminentes necesidades, y limitan la obtención de un mayor

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencias C-815 de 2001 y C-369 de 2002.

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

²⁰ El artículo 1.3 del Decreto 4886 de 2011 reitera dichas finalidades.

²¹ Consejo Privado de Competitividad: 'Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia'. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, 'Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?' (2008) 4

²² Frederic Jenny, 'Cartels and Collusion in Developing Countries: Lessons from Empirical Evidence' (2006) 29 World Competition, 109

²³ John Connor, 'Latin American Cartel Control' (2008) <<http://ssrn.com/abstract=1156401>>

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

valor por el dinero público invertido²⁴. Dada la escasez de los recursos públicos, conductas como éstas, en donde los recursos de los compradores y los contribuyentes son desviados, generan un detrimento en los niveles de confianza del público y restringen las bondades de un mercado competitivo²⁵.

Al ser la Superintendencia de Industria y Comercio responsable de velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales, dicha vigilancia se hace extensiva a los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales, en donde resulta aún más imperioso fomentar la transparencia y la competencia, por cuanto, tal y como lo ha reiterado este Despacho en otras oportunidades²⁶, las prácticas anticompetitivas en la contratación estatal pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos:

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

8.3. Marco normativo

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, así como las normas jurídicas que a continuación se describen, procederá este Despacho a establecer si los investigados incurrieron en las conductas respecto de las cuales se les formuló pliego de cargos.

El artículo 1 de la Ley 155 de 1959 dispone lo siguiente:

*“**Artículo 1. 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”* (Subraya y negrilla fuera de texto).

Por su parte, el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 señala:

*“**Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia.** Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:*

(...)

*9. Los que tengan por **objeto** la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como **efecto** la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.* (Subraya y negrilla fuera de texto).

En tanto que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 señala:

²⁴ OCDE, ‘Lineamientos Para Combatir La Colusión Entre Oferentes en Licitaciones Públicas’ (2009) 1 <www.oecd.org/daf/competition/cartels/42761715.pdf> consultada 20 febrero 2019, Despina Pachnou, ‘Detecting and Preventing Bid Rigging: Views From The OECD’ (2018) 6 <<https://transparency.hu/wp-content/uploads/2018/10/Despina-Pachnou-DETECTING-AND-PREVENTING.pdf>> consultada 5 marzo 2019

²⁵ *Ibid.*

²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

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

(...)

16. Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio" (Subraya y negrilla fuera de texto).

Bajo el anterior contexto, este Despacho pasará a analizar el caso concreto con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas, en el siguiente orden: primero, se definirá el mercado afectado por las presuntas conductas investigadas. Segundo, habrá un examen de los elementos de hecho y de las pruebas recaudadas tendientes a demostrar si existió la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 respecto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y, tercero, se ocupará de establecer la posible ocurrencia de similar conducta dentro del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017**.

Para tal fin, esta Superintendencia a lo largo de la presente Resolución se apoyará en los medios probatorios obtenidos durante las visitas administrativas practicadas por la Delegatura en las instalaciones de **DISFRUVER**, **ALIMENTOS DAZA**, **BESTCOLFRUITS** y **ALIMENTOS SPRESS**, con fundamento en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 y el numeral 4 del artículo 9 del Decreto 4886 de 2011, este último en concordancia con los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009, los cuales confieren a esta Superintendencia la función de practicar pruebas de inspección, testimonios y exhibición de libros y papeles del comerciante, así como la función de iniciar e instruir averiguaciones preliminares e investigaciones tendientes a establecer infracciones a las disposiciones sobre protección de la competencia.

En relación con los equipos de cómputo corporativos, así como de los teléfonos celulares en los que los diferentes empleados de las empresas visitadas realizaron actividades comerciales, resulta preciso indicar que la Superintendencia de Industria y Comercio tuvo acceso a la información allí contenida previa autorización expresa de los titulares de tales equipos²⁷. Igualmente, se hace preciso anotar que, según se desprende de la lectura de las actas de visita administrativa elaboradas durante el desarrollo de las mismas, respecto de la información electrónica recaudada se cumplió con el procedimiento forense que garantiza la originalidad, autenticidad e inalterabilidad de la información, así como el anclaje de cadena de custodia.

Quedando establecido que el acceso a la información contenida en los equipos de cómputo y dispositivos móviles celulares, de cuyo análisis sirve esta Superintendencia para derivar sus conclusiones, fue obtenida previa autorización expresa de los titulares de los mismos, se prosigue con el análisis de las conductas investigadas.

8.4. Consideraciones del Despacho sobre la definición y el análisis del mercado

En este punto es importante indicar que este Despacho se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre la definición del mercado afectado que involucra las licitaciones públicas indicando que, a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que abarcan procesos de compras públicas el mercado afectado es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo, pues es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes.

De acuerdo con lo anterior, el mercado que surge en virtud de la interacción de la entidad pública contratante y los proponentes, se caracteriza por al menos satisfacer las siguientes dos (2) condiciones: **(i)** temporal, toda vez que nace con la intención de la entidad contratante y finaliza con la terminación anormal del proceso de selección o con la liquidación del contrato resultante y, **(ii)** excluyente por cuanto que una vez adjudicado o definido el proceso de selección contractual, no

²⁷ Folio 10 del Cuaderno Público No. 1 del Expediente, folio 218 del Cuaderno Público No. 2 del Expediente, folios 560, 566, 571 y 574 del Cuaderno Público No. 3 del Expediente y folios 726 y 727 del Cuaderno Público No. 4 del Expediente.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo, motivo por el cual se conoce como una competencia “por el mercado” y no competencia “en el mercado”.

Esto ha sido reiterado en diferentes decisiones de la Superintendencia de Industria y Comercio en las que se ha indicado que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado sean personas naturales o jurídicas, que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar. Específicamente, en la Resolución No. 40875 de 2013, manifestó:

“Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección.”²⁸

Esta posición, según la cual en casos que involucran procesos de contratación pública el mercado afectado es el proceso contractual mismo, no es propia o exclusiva de la autoridad colombiana, sino que corresponde con los pronunciamientos de otras agencias de competencia a nivel internacional. Así, en decisión No. 10-D-05 de 27 de enero de 2010, relativa a las prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, la autoridad francesa señaló:

“De manera constante, cada mercado público que pasa por un procedimiento de solicitud de ofertas constituye un mercado pertinente. Tal mercado es el resultado de la confrontación entre la demanda de quien necesita la obra y de las propuestas hechas por los candidatos que responden a dicha solicitud”²⁹ (Traducción libre, subraya y negrilla fuera de texto).

En el mismo sentido se refirió el **TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA** de Chile, quien estableció en la Sentencia No. 112/2011 del 22 de junio de 2011, que en los casos de colusión en licitaciones públicas el mercado relevante es determinado por cada concurso específico en el cual se presentó la conducta investigada. Puntualmente señaló lo siguiente:

“(…) a juicio de este Tribunal, en un proceso de licitación, el mercado relevante, las barreras a la entrada a éste y el posible poder de negociación de quienes participan en él, quedan determinados por las bases del concurso (...). Dadas las características del proceso de licitación especificadas anteriormente, es posible señalar que el mercado relevante corresponde a un concurso específico, que se produce en un momento dado del tiempo y que permite asignar espectro para las distintas localidades objeto del concurso.

(...)

[E]ste Tribunal comparte el criterio de definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (...), en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto”³⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto)

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho concluye que el mercado afectado aquí investigado se circunscribe a los dos (2) procesos de selección objeto de análisis.

²⁸ Resolución No. 40875 de 2013, por medio de la cual se impusieron sanciones a HÉCTOR EDUARDO RÍOS FUENTES, FUNDACIÓN COLOMBIA VIVA y VALME LTDA. por contravenir lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, p. 28.

²⁹ Autoridad de la Competencia de Francia, Decisión No. 10-D-05 de 27 de enero de 2010 relativa a las prácticas implementadas en el sector de transporte sanitario en el Deux-Sèvres, p. 9. Disponible en: <http://www.autoritedelaconurrence.fr/pdf/avis/10d05.pdf>

³⁰ TRIBUNAL DE DEFENSA DE LA LIBRE COMPETENCIA (TDLC), SENTENCIA No. 112/2011, del 22 de junio de 2011, caso “Radios”, celebración de acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, p. 34. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20120111/asocfile/20120111215127/tdlc1.pdf>

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

El primero de ellos es el proceso No. **LP-AMP-129-2016** adelantado por **CCE**. Por su parte, el segundo proceso de selección hace referencia al No. **SA-SI-AG-140-2017**, adelantado por la misma entidad, en particular, respecto del segmento de *Frutas, Hortalizas y Concentrados de Fruta*. Ambos procesos tuvieron lugar en contexto del establecimiento de un **AMP** para el suministro de alimentos para el **PAE** por parte de la **SED**.

De acuerdo con el Aviso de Convocatoria Licitación Pública **LP-AMP-129-2016**, el objetivo principal del **AMP** era establecer: **(i)** las condiciones para la compra de los alimentos que componen los refrigerios del **PAE** por parte de la **SED** al amparo del Acuerdo Marco; **(ii)** condiciones para la entrega de los alimentos que componen los refrigerios del programa del **PAE** por parte de los Proveedores en los sitios definidos por la **SED**; **(iii)** las condiciones en las cuales la **SED** se vincula al Acuerdo Marco; y **(iv)** las condiciones para el pago de los servicios de alimentación escolar para la operación del **PAE** por parte de la **SED**.

El **AMP** consistía de once (11) grupos de alimentos, entre los cuales se encontraba el correspondiente a *Frutas, Hortalizas y Concentrados de Fruta*, a su vez compuesto de tres sub grupos: **(i)** frutas frescas, **(ii)** vegetales frescos, y **(iii)** bebidas, y treinta (30) segmentos que agrupaban, con un criterio geográfico, los establecimientos educativos beneficiarios del programa.

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto de los procesos licitatorios afectados por la conducta, el Despacho considera relevante caracterizar la actividad de provisión de alimentos a la población escolar de la ciudad de Bogotá. Lo anterior con el fin de analizar las condiciones de la prestación del servicio demandado por la **SED** y determinar el alcance que pudo tener la conducta investigada.

El **PAE** es una de las estrategias del **MINEDUCACIÓN** que “*promueve el acceso y la permanencia de los niños, niñas y adolescentes [en el servicio educativo] focalizados a través de la entrega de un complemento alimentario*”³¹. En 2015, con el Decreto 1852 y la Resolución 16432 se descentraliza la operación del **PAE**, que anteriormente era operado por el **MINEDUCACIÓN** y por el **ICBF**, y pasa a ser operado por las entidades territoriales que, para el caso de Bogotá, resulta ser la **SED**.

En 2015, **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** estudió la demanda del **PAE** (mediante el Estudio de mercado para agregar la demanda de bienes y servicios para atender el Programa de Alimentación Escolar³², en adelante el **ESTUDIO**) y concluyó que existía la necesidad de “*incrementar la competencia, la transparencia e incorporar componentes técnicos adicionales; como el seguimiento efectivo a la entrega de raciones y el entregar raciones con el gramaje correspondiente a cada grupo etario*”³³. Mediante el **AMP**, **CCE** y la **SED** “*identificaron la oportunidad de mejorar la prestación del servicio de ración tipo refrigerio del PAE mediante un nuevo enfoque en el proceso de participación por parte de los Proponentes, incrementar la competencia, lograr la participación de los grandes actores del sector alimentación, lograr la inclusión de alimentos y menús que atiendan de forma eficaz las necesidades de los beneficiarios y que a la vez se correspondan con el presupuesto de las Entidades Estatales y la oferta de productos del mercado de alimentos, a través de un mecanismo de agregación de demanda de ración tipo refrigerio*”³⁴.

Lo anterior toda vez que previo a la configuración del **AMP**, el **ESTUDIO** encontró que la mayoría de procesos de contratación relacionados con el **PAE** se realizaban a través de convenios y contratación directa, hecho que traía como consecuencia poca o nula competencia, límites en la calidad de los alimentos y servicio y dificultades en el seguimiento a la ejecución de los contratos. Adicionalmente, se identificó como deficiencia del programa que en algunos casos las entidades territoriales departamentales y las de orden municipal aunaban esfuerzos en recursos para hacer compras agregadas, mientras que en otros casos realizaban procesos separados, redundando esto

³¹ **MINEDUCACIÓN**, Información General del **PAE**, recuperado de: https://www.mineduccion.gov.co/1759/articles-355940_Plegable_informacion_general_del_PAE.pdf

³² **CCE**, ‘*Estudio de mercado para agregar la demanda de bienes y servicios para atender el Programa de Alimentación Escolar*’. Disponible en <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=NTC.110201>>, Consultada 7 de octubre 2019.

³³ *Ibíd.*

³⁴ *Ibíd.*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

último en ineficiencias administrativas y económicas. Finalmente, el estudio económico encontró que los procesos de selección se realizaban por menús preparados en donde los proponentes debían ofertar los alimentos con los cuales conformarían el menú completo. Este hecho provocaba que los actores más grandes, especializados en algunos tipos de alimentos, no participaran en los procesos de licitación.

Con lo anterior, resulta claro que a partir de 2016, **CCE** configuró un **AMP** para el suministro de alimentos del **PAE** en Bogotá, mismo que tuvo ejecución mediante los procesos de contratación anteriormente mencionados. A continuación, el Despacho caracterizará la demanda y la oferta potencial de la provisión de alimentos a la población escolar de la ciudad de Bogotá y posteriormente se enfocará en el grupo de alimentos de frutas y hortalizas, afectado por la conducta que aquí se investiga. Se reitera que este ejercicio tiene fines únicamente ilustrativos, toda vez que el mercado relevante en el presente caso está definido por los dos procesos de contratación afectados por la conducta anticompetitiva de los investigados.

Por el lado de la demanda, si bien el demandante directo de los alimentos del **PAE** es la **SED**, la población objetivo del programa son los niños, niñas y adolescentes de Bogotá matriculados en diferentes niveles escolares. Por ejemplo, y de acuerdo con el **ESTUDIO**, en el 2016, el **PAE** tuvo un presupuesto de 8.678 mil millones de pesos, el cual entregó 5.538.956 raciones diarias durante 180 días calendario de las cuales el 72% eran complementos alimentarios y un 28% restante correspondió a almuerzos. Lo anterior significó una cobertura del 72% de la matrícula oficial de dicho año, para un total de 7.654.989 niños, niñas y adolescentes, pertenecientes a colegios oficiales.

Para el caso de Bogotá, el número de raciones diarias se aproxima a 735.000, entre complementos alimentarios y almuerzos, con inversiones cercanas a 470 mil millones de pesos. De acuerdo con el **ESTUDIO**, la cobertura en la ciudad era de 19 localidades, para un total de 361 establecimientos educativos oficiales, entre urbanos y rurales. Así mismo, la población objetivo correspondía a 26% niños entre 4 a 6 años, 34% entre 7 y 12 años y 40% de 13 años en adelante.

Por el lado de la oferta, el **ESTUDIO**, en el marco del **AMP** en 2016, indicó que al grupo de proveedores del **PAE** podría hacer parte desde organizaciones sin ánimo de lucro hasta empresas nacionales pequeñas y medianas y cooperativas. Para el caso específico de frutas y hortalizas, la lista de proveedores potenciales correspondería a al menos nueve (9) agentes de mercado, entre los cuales se encontraban los investigados, quienes presentaron observaciones dentro del proceso y **FAC** quien resultó adjudicataria de cinco segmentos.

De acuerdo con el **MINEDUCACIÓN**, en el contexto de inculcar y proveer una alimentación saludable a la población objetivo, “*se debe promover el consumo de frutas y verduras diariamente, especialmente de las que estén en cosecha*”³⁵, con lo cual el grupo de alimentos de frutas y hortalizas resulta ser fundamental en el programa. Lo anterior en concordancia con los lineamientos y buenas prácticas de la Organización Mundial de la Salud (**OMS**) y la Organización de las Naciones Unidas para la Agricultura y la Alimentación (**FAO**), así como en lo establecido en la Ley 1355 de 2009³⁶.

En ese sentido, el **ESTUDIO**, en el marco de la caracterización de este grupo de alimentos, identificó la existencia de altas barreras de acceso a frutas y verduras en Colombia, que impiden que los precios sean bajos y que la capacidad adquisitiva de los hogares permita la existencia de estos alimentos en el entorno cotidiano de los niños, niñas, jóvenes y adultos del país. Lo anterior, no obstante Colombia, por su diversidad de climas y suelos, disfruta de producción permanente de frutas y hortalizas, aun considerando la estacionalidad de algunas de ellas.

Teniendo en cuenta lo anterior, en el grupo de alimentos de frutas y hortalizas para el **AMP** se incluyeron 13 alimentos, los cuales, por su carácter de estacionalidad, debían ser entregados por el proponente por ciclos de rotación durante la ejecución del acuerdo, sin repetir el tipo de fruta más de una vez por semana, a saber: (i) Banano Maduro o Banano Urabá Común, (ii) Banano Variedad Bocado, (iii) Ciruela Calentana, (iv) Durazno, (v) Granadilla, (vi) Zanahoria Baby, (vii) Mandarina

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Esta ley declara la obesidad como prioridad en materia de salud pública y política nutricional, y establece la necesidad de mecanismos y estrategias educativas en torno al consumo de frutas y verduras.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

variedad Arrayana, **(viii)** Mango Maduro, **(ix)** Manzana Verde, Roja o Nacional, **(x)** Pera, **(xi)** Uchuva, **(xii)** Uva variedad Isabella, y **(xiii)** Uva variedad negra o verde.

Por último, y como cuestión previa al examen de la conducta investigada, este Despacho estima pertinente ilustrar el procedimiento que acompaña un **AMP**, con el fin de facilitar el entendimiento del presente caso. La gráfica que se presenta a continuación permite apreciar claramente dos tipos de transacciones: operación principal y operación secundaria. En la operación principal, **CCE** debe identificar los bienes y servicios de características uniformes y de común utilización, que debe ser objeto de un **AMP**, y estudiar el mercado correspondiente, teniendo en cuenta la oferta nacional e internacional, así como la demanda de tales bienes y servicios por parte de las entidades públicas, y que el interés de estas sean objeto de un **AMP**³⁷.

Dentro de la operación principal, **CCE** debe adelantar un proceso de contratación para seleccionar al proveedor o proveedores de los bienes o servicios objeto de un **AMP**, labor que se desarrolla a través de campañas de comunicación orientadas a que las entidades públicas conozcan los **AMP** establecidos, así como los bienes y servicios objeto de estos acuerdos³⁸.

La operación secundaria es la transacción realizada por la entidad pública compradora, que inicia con la identificación de una necesidad y la decisión de efectuar un gasto para satisfacerla. Previo a la adquisición de bienes y servicios de características uniformes (papelería, elementos de aseo, etc.) la entidad estatal debe verificar si existe un **AMP** para el bien o servicio requerido. De existir, debe suscribirlo enviando una comunicación a **CCE** y poniendo la orden de compra en los términos establecidos en el **AMP**³⁹.

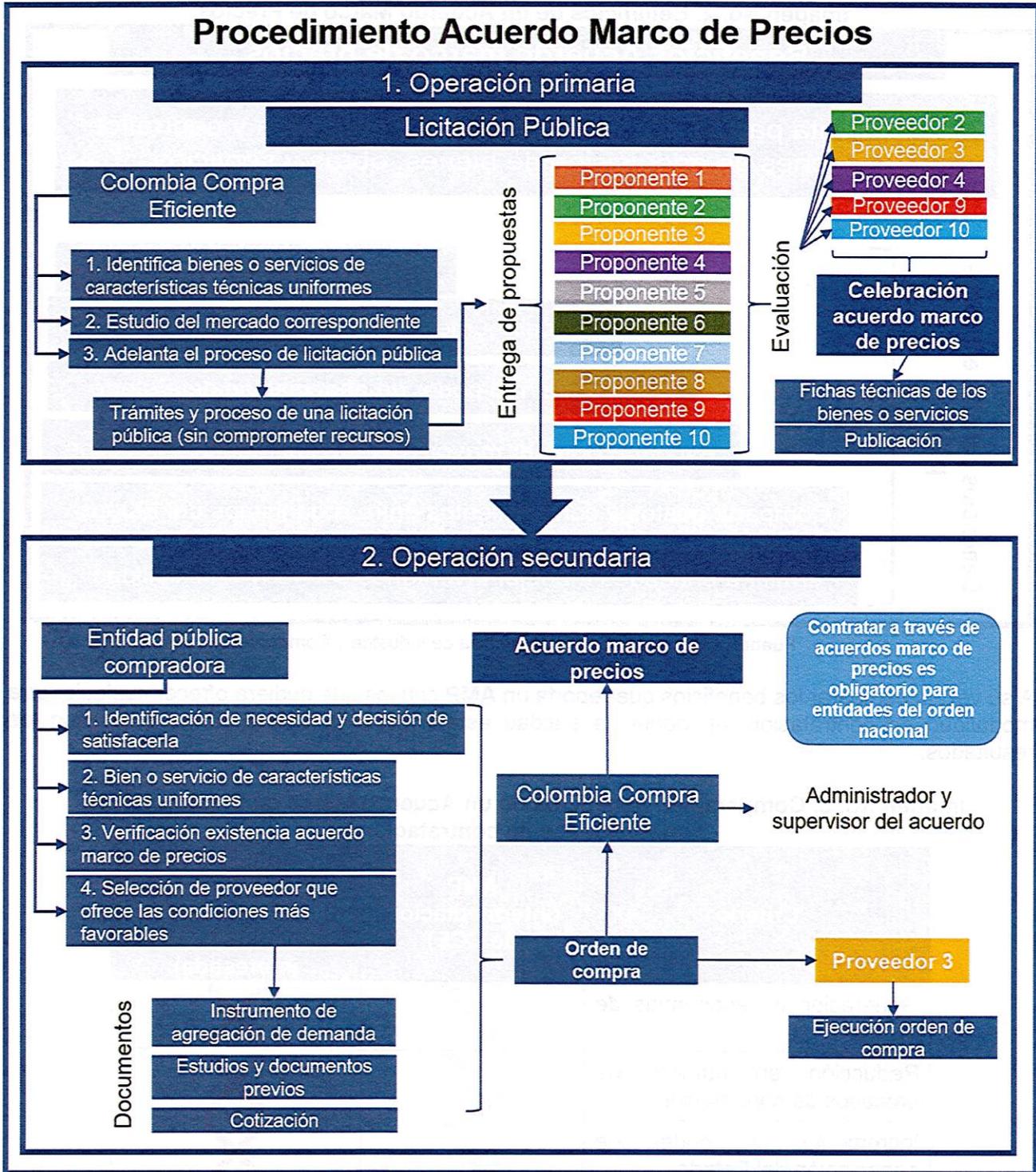
³⁷ <https://www.colombiacompra.gov.co/sites/default/files/manuales/acuerdos_marco.pdf> Consultada 11 de junio de 2019.

³⁸ *Ibíd.*

³⁹ *Ibíd.*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Imagen No. 1. Procedimiento de un Acuerdo Marco de Precios



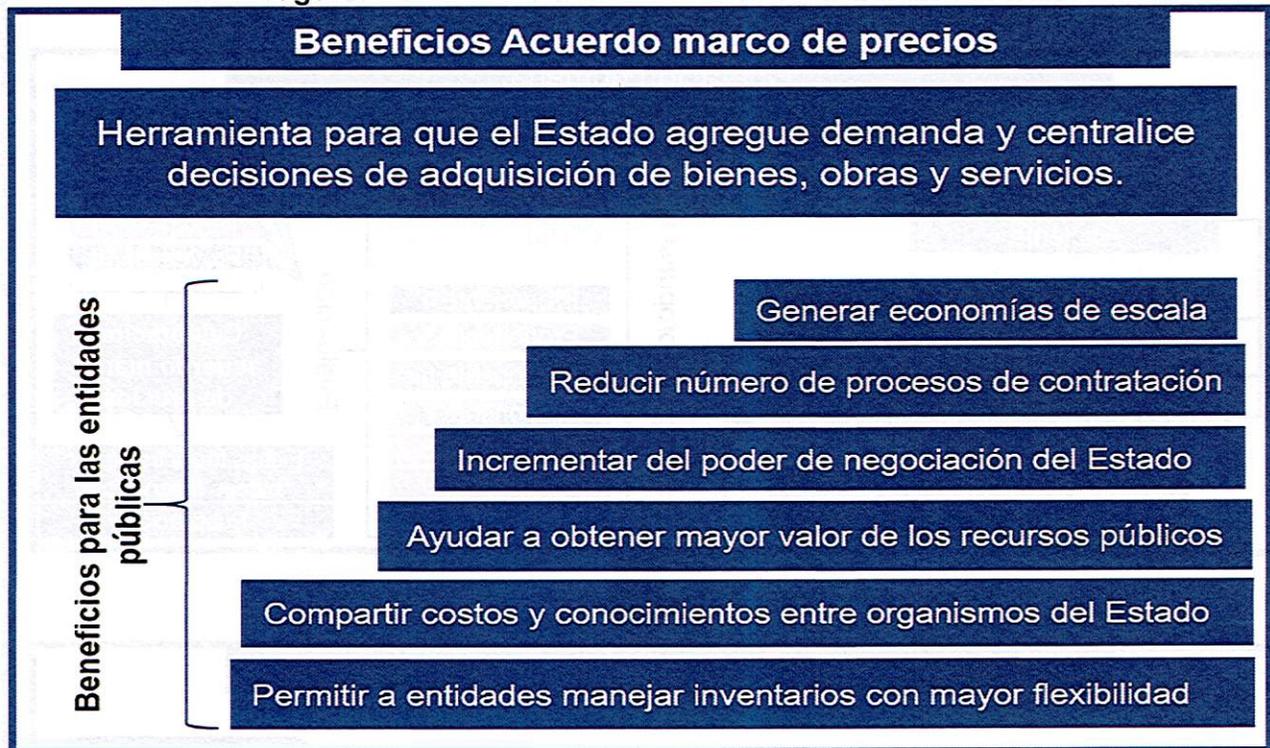
Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio

La Doctrina ha señalado que un **AMP** es una herramienta utilizada por el Estado para agregar demanda y centralizar decisiones de adquisición de bienes, obras y servicios⁴⁰, motivo por el cual reporta los siguientes beneficios:

⁴⁰ *Ibíd.*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Imagen No. 2. Beneficios de un Acuerdo Marco de Precios



Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio

A su vez, al comparar los beneficios que reporta un **AMP** con los que pudiera ofrecer cualquier otra modalidad de contratación, en donde la entidad estatal contrata directamente, estos son los resultados:

Imagen No. 3. Comparación beneficios de un Acuerdo Marco de Precios y otras modalidades de contratación

Criterio	AMP (intermediación de CCE)	Otra modalidad de contratación (directamente por la Entidad estatal interesada)
Generación de economías de escala	✓	✗
Reducción en número de procesos de contratación	✓	✗
Incremento en poder de negociación del Estado	✓	✗
Obtención de mayor valor de los recursos públicos	✓	✗
Intercambio de información entre Entidades estatales	✓	✗
Manejo de inventarios con mayor flexibilidad	✓	✗
Menores tiempos entre la identificación de la necesidad y su satisfacción	✓	✗
Mayor facilidad para suplir las necesidades	✓	✗
Autonomía en la elaboración de los pliegos de condiciones por parte de la Entidad que requiere el bien o servicio	✗	✓

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Criterio	AMP (intermediación de CCE)	Otra modalidad de contratación (directamente por la Entidad estatal interesada)
Mayor transparencia en la contratación estatal nacional	✓	✗
Mayor y mejor conocimiento de cada uno de los mercados de bienes y servicios de características técnicas uniformes	✓	✗
Utilización como herramienta para contratar todo tipo de bienes y servicios	✗	✓

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

El análisis comparativo entre los beneficios que reporta un **AMP** en relación con otra modalidad de contratación permite observar que en tanto el **AMP** ofrece diez ventajas, cualquier otra modalidad ofrece tan solo dos. Estas dos ventajas, cuando se contrata directamente, consisten en la autonomía en la elaboración de los pliegos de condiciones por parte de la entidad que requiere el bien o servicio y en que se puede contratar todo tipo de bienes y servicios.

Vista la naturaleza del **AMP**, su procedimiento y los beneficios que esta modalidad de contratación reporta en comparación con la contratación directa, prosigue el Despacho con el análisis de las conductas investigadas.

8.5. De la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitaciones)

Los acuerdos restrictivos descritos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 comportan una conducta en la que dos (2) o más sujetos llegan a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual público, sin importar la forma que tome dicho pacto, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de “*acuerdo*” contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, como “[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas”.

Lo que resulta censurable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia es que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo o cualquier práctica que tenga el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Estas conductas son consideradas como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también impide un uso eficiente de los recursos públicos. Con el fin de tener una perspectiva aún más clara acerca de las implicaciones que las prácticas anticompetitivas en procesos de selección pública pueden generar en Colombia, basta mencionar que en el año 2014 un número de 188.539 contratos estatales fueron suscritos, por un valor total de USD\$23.571.227.000, equivalentes a 68,7 billones de pesos aproximadamente

41

No está de más recordar en este punto que cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos

⁴¹ OECD, ‘Towards Efficient Public Procurement in Colombia. Making The Difference’ (2016) 3, 68 <https://read.oecd.org/governance/towards-efficient-public-procurement-in-colombia_9789264252103-en#page4> Consultada 20 febrero 2019.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal⁴².

Teniendo en cuenta lo antes dicho, lo que debe determinarse en este caso es si los comportamientos desplegados por los agentes de mercado investigados, en el marco tanto del proceso No. **LP-AMP-129-2016** como del proceso No. **SA-SI-AG-140-2017** adelantados por **CCE**, configuran cada uno una infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 1253 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos). De encontrar que dichos agentes incurrieron en las conductas imputadas, deberá establecerse si las personas naturales investigadas colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas violatorias de las normas de protección de la competencia adelantadas por los agentes de mercado referidos, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Es preciso anotar en este punto que el hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables “por objeto” quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. En otras palabras, la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual no le es exigible a la Autoridad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción.

En virtud de lo anterior, los argumentos de los investigados relacionados con la falta de idoneidad de las conductas para causar daño o la falta de demostración de afectación real a la competencia se rechazan de entrada, por resultar a todas luces improcedentes.

8.5.1. Sobre el cargo de colusión en el proceso de selección pública LP-AMP-129-2016

La Delegatura, mediante la Resolución de Apertura de Investigación⁴³, estableció que **DISFRUVER, ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, NAMASTÉ, ALIMENTOS SPRESS, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **BESTCOLFRUITS** se habrían coludido en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** con el objeto y/o efecto de fijar –directa o indirectamente– los precios y otras condiciones técnicas del segmento correspondiente a “*frutas y hortalizas*”.

Según la Delegatura, las personas referidas habrían adoptado un comportamiento coordinado, encaminado a promover que las condiciones del proceso de selección correspondieran con sus expectativas conjuntas, a impedir que ese propósito se viera truncado por la entrada de otros proponentes y a eliminar la competencia entre los investigados. Los comportamientos que de acuerdo con la Resolución de Apertura de Investigación revelaron la renuncia a la rivalidad por los beneficios derivados de la coordinación fueron:

- (i) Presionar, influir e instigar a **CCE**, mediante la presentación coordinada de observaciones dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**, con el objeto de incrementar los precios de referencia de los alimentos integrantes del grupo de “*frutas y hortalizas*”.
- (ii) Boicotear o sabotear el proceso **LP-AMP-129-2016** mediante la concertación para la no presentación de ofertas, con el objeto y el efecto de que la entidad convocante declarara desierto

⁴² “**Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia.** <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

Parágrafo. El que en su condición de delator o clemente mediante resolución en firme obtenga exoneración total de la multa a imponer por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio en una investigación por acuerdo anticompetitivo en un proceso de contratación pública obtendrá los siguientes beneficios: reducción de la pena en una tercera parte, un 40% de la multa a imponer y una inhabilidad para contratar con entidades estatales por cinco (5) años”.

⁴³ Folios 1671 al 1692 del Cuaderno Público No. 9.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

los segmentos correspondientes al grupo de “*frutas y hortalizas*” para forzar la apertura de un nuevo proceso de contratación.

(iii) Presionar, influir y amenazar a **FAC** para que se abstuviera de presentar oferta dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**.

El Despacho concuerda con el cargo que le fue formulado a los investigados respecto del proceso de selección pública **LP-AMP-129-2016**, atendiendo la evidencia arrojada luego de examinar el material probatorio obrante en el expediente. A continuación, el Despacho hará referencia a la existencia de dos reuniones que se encuentran acreditadas en el Expediente en las que se fraguó la colusión investigada, sus objetivos y el comportamiento desplegado por los investigados con posterioridad a la misma.

8.5.1.1. De la existencia de la reunión del 14 de enero de 2017 y de sus participantes

El Despacho encontró probado que el 14 de enero de 2017 se celebró una reunión en la transversal 69 B bis No. 73 A - 78 de la ciudad de Bogotá (barrio Las Ferias) en una bodega de propiedad de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**. A dicha reunión asistieron: **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**), **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS**), **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**), **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**) y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**).

Este Despacho logró corroborar, gracias al material probatorio que a continuación se entra a examinar, la existencia de la reunión y la asistencia de los referidos investigados a la misma.

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, representante legal de **DISFRUVER**, en declaración rendida el 6 de septiembre de 2017, confirmó la existencia de la reunión y los nombres de sus participantes, así:

*“**JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**: Después de esto, eh, surge la reunión en el barrio las ferias.*

(...)

DELEGATURA: *¿En qué fecha fue esa reunión del barrio las ferias?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *No doctor, de fecha que yo llegue textual a decirle le estaría faltando a la verdad – un aproximado, pero fue previo, antes de la licitación.*

(...)

DELEGATURA: *¿Vamos a recapitular entonces quién estaba en esa reunión, si entiendo bien. Albeiro Torres?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Eh, no sabía el apellido pero, pues si es el mismo que yo estoy hablando, si es de la bodega esa, el dueño de la bodega, sí señor.*

DELEGATURA: *¿La señora Andrea Rosas?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Mi esposa, sí señor.*

DELEGATURA: *¿Usted, Juan Pablo Fonseca?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Sí señor.*

DELEGATURA: *¿Hugo Nelson Daza, estaba solo o acompañado?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *estaba solo.*

DELEGATURA: *¿Stella Téllez?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Sí estaba.*

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

DELEGATURA: *¿Estaba sola o acompañada?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Estaba sola.*

DELEGATURA: *¿Alejandro Castelblanco?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Estaba solo*⁴⁴.

En igual sentido, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, subgerente de **DISFRUVER**, en su declaración del 6 de septiembre de 2017, confirmó la ocurrencia de la reunión y sus participantes, así:

DELEGATURA: *¿En qué fecha fue la reunión?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *No lo recuerdo, pero sí sé que el proceso estaba en pre pliego. Creo que fue un sábado en horas de la mañana. Temprano. Recuerdo que nos dieron tinto y desayuno.*

DELEGATURA: *¿Usted recuerda si eso fue antes o después de la audiencia de asignación de riesgos?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Fue antes.*

(...)

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Allá en esa reunión estaba Juan Pablo, doña Stella, don Fidel Aldana, don Albeiro (dueño de la bodega), estaba un señor de apellido Chavarro que le vende a las cárceles y le vendía frutas a Servinutrir.*

DELEGATURA: *¿Alguien de Daza estaba?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Don Hugo Nelson Daza.*

DELEGATURA: *¿Solo o acompañado?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Solo.*

DELEGATURA: *¿Néstor Castelblanco?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Sí señor.*

DELEGATURA: *¿Solo o acompañado?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Alejandro estaba solo*⁴⁵.

Así mismo, **PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ**, en su calidad de hijo de **FIDEL ALDANA** y a lo largo de su testimonio rendido el 14 de junio de 2017, indicó lo siguiente:

DELEGATURA: *¿Explíqueme como se enteró de esas reuniones?*

PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ: *Por medio de mi papá, porque yo lo acompañaba a él. Él me decía que lo llevara, que lo acompañara a una reunión en tal parte. Entonces él me decía qué hablaban ahí.*

DELEGATURA: *¿Para qué época fue esa reunión?*

PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ: *Empezó antes de diciembre, las otras las hicieron en enero. Me acuerdo una vez, porque hicieron la reunión por allá en Ferias y yo iba con mi papá y no me dejaron entrar porque ese día viajaba mi hermana para el Amazonas y cuando vine estaban reunidos allá.*

(...)

⁴⁴ Folio 2961 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 26:16.

⁴⁵ Folio 2962 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 1'26:19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ: (...) Estaba Hugo Nelson Daza, porque vi el carro allá y miré el carro de Juan Pablo y de la señora Téllez" ⁴⁶.

Por su parte, **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS**), si bien al principio de su declaración rendida ante la Delegatura negó la existencia de tal reunión y, por consiguiente, de su participación en ella, más adelante la recordó, así como también su presencia en ella, en los siguientes términos:

"DELEGATURA: ¿Sabe usted de una reunión que existió o que se haya presentado en enero de 2017?

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: Pues como yo le digo doctora, hago reuniones pero no.

(...)

DELEGATURA: ¿Tuvo conocimiento eventualmente de alguna reunión que se haya realizado en enero de 2017 en alguna bodega?

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: Así como específicamente, no doctora, no recuerdo.

(...)

DELEGATURA: ¿Ustedes se reunieron durante el proceso de contratación de **CCE** por fuera de las audiencias?

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: Si doctora, una vez.

(...)

DELEGATURA: ¿En dónde se reunían?

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: Hubo una reunión de pronto en una, de una cuestión con un señor que nos citó en la bodega de él.

DELEGATURA: ¿Una bodega dónde?

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: es ahí cerca a las ferias, creo que es esta dirección doctora, pero no estoy segura ni de la fecha ni de la dirección.

DELEGATURA: ¿Quiénes estaban en esa reunión?

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: estaba Andrea y otra persona que yo no conozco, unas personas que yo no conocía, nunca las había visto.

DELEGATURA: ¿Cuántas personas estaban en esa reunión?

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: Estaban esos dos jóvenes que nunca los había visto, estaban otros dos señores, estaba Andrea y estaba yo" ⁴⁷.

Igualmente, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, empleado de **FAC**, ratificó que la reunión en el barrio Las Ferias se llevó a cabo, así como quienes fueron sus integrantes, así:

"DELEGATURA: ¿Quién lo llamó?

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: (...) eso ahí estaba [primera reunión] Don HUGO NELSON DAZA, estaba JUAN PABLO FONSECA, que es el de DISFRUVER, estaba la esposa de JUAN PABLO FONSECA, que es Doña Adriana [hace referencia a ANDREA ROSAS DÍAZ] también estaba con él y también los llamaron allá. La que dirigía la palabra allá era ella [ANDREA ROSAS DÍAZ] y una señora STELLA TÉLLEZ, (...) ella también tiene la empresa... cómo se llama... ALIMENTOS SPRESS.

(...)

⁴⁶ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 17:59 a 18:02 y 18:29.

⁴⁷ Folio 1572 del Cuaderno Reservado No. 4 ALIMENTOS SPRESS, Min: 5:27'54, 5'29:49, 5'56:34, 5'59:09, 6'00:23

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

DELEGATURA: ¿Dónde se reunieron señor Fidel?

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: La primera reunión la tuvimos... hubieron dos. La primera reunión estuvo ahí en las Ferias, a una cuadrilla del parque. No tengo la dirección exacta. En la bodega de don Albeiro Torres. Ahí tuvimos la primera reunión.

DELEGATURA: ¿Quién lo llamó para que se hiciera usted presente en esta reunión?

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: Eso llamaban todos. Eso a uno lo llamaba Juan Pablo, lo llamaba Daza, lo llamaba Néstor Castelblanco, dueño de una empresa, también digamos participó en la alianza que hubo ahorita, él participó también ahí.

DELEGATURA: ¿Cuándo lo llamaron, para qué época fue eso?

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: Eso fue como enero, no tengo exactamente la fecha. Todos estábamos pendientes que saliera oferta de CCE...⁴⁸.

A su turno, **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** en diligencia de testimonio corroboró la reunión y las personas que asistieron a la misma, en los siguientes términos:

"NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: Y también preciso don Albeiro Torres me invitó a una reunión en las ferias en la bodega de él y me pidió el favor que llamara a don Hugo Nelson Daza y lo invitara a una reunión. Yo llame a don Hugo y le dije que don Albeiro nos había invitado a una reunión para hablar del tema de fruta, porque así me dijo don Albeiro. Entonces yo le dije a don Hugo que si estaba interesado y él me dijo que sí. Me preguntó dónde era la reunión. Yo le dije a don Albeiro que dónde era la reunión y él mandó la dirección de la bodega, yo se la reenvíe a don Hugo, fuimos a la reunión. La reunión la dirigía don Albeiro Torres, pues era la bodega de él y él convocó a la reunión. Cuando yo llegué estaba doña Stella.

DELEGATURA: ¿Quiénes estaban allí?

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: Estaba Juan Pablo.

DELEGATURA: ¿Quién es Juan Pablo?

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: Juan Pablo Fonseca, el esposo de doña Andrea Rosas, las personas de **DISFRUVER**. Estaban los dos. Estaba Fidel Aldana.

DELEGATURA: ¿Quién es Fidel Aldana?

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: El de la Casa del Lulo. Estaba obviamente don Albeiro Torres, quien fue quien invitó a la reunión. Estaba doña Stella Téllez.

DELEGATURA: ¿De qué empresa?

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: Alimentos Spress. Estaba un señor de apellido Torres, estaba ofreciendo cítricos pero yo no lo distinguía. Estaba el socio de don Albeiro, don Rangel, estaba la secretaria. Yo llegué y como que llegaba don Hugo Nelson Daza. Llegamos como al tiempo y entramos.

DELEGATURA: ¿Don Hugo Nelson Daza, de qué empresa?

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: pues él, uno lo relaciona con Alimentos Daza, pero a mí no me consta si él es el dueño de Alimentos Daza.

DELEGATURA: ¿Él estaba solo?

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: Sí señor, solo.

DELEGATURA: ¿Yeimi Soleimi no estaba allí?

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: No⁴⁹.

⁴⁸ Folio 3534 del cuaderno Público No. 16, Min: 46:13, 47:26, 47:29, 50:56, 50:58, 51:16.

⁴⁹ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 21:38 a 24:29.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Del examen de los anteriores testimonios, ha quedado establecido de manera indiscutible que en la bodega de propiedad de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, ubicada en el barrio Las Ferias de la ciudad de Bogotá, en horas de la mañana se reunieron **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, según las respuestas dadas por los declarantes o testigos, cuya información se condensa en el cuadro que se presenta a continuación:

Tabla No. 1. Existencia de la reunión y comprobación de asistencia según declaraciones o testimonios

Declarante /Testigo	Asistió JFFS	Asistió ARD	Asistió LATL	Asistió JFAC	Asistió STH	Asistió HNDH	Asistió NACG
Juan Pablo Fonseca Sánchez	✓	✓	✓		✓	✓	✓
Andrea Rosas Díaz	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓
Pablo Emilio Aldana Sánchez	✓				✓		
Stella Téllez Hernández		✓			✓		
José Fidel Aldana Cortés	✓	✓		✓	✓	✓	
Néstor Alejandro Castelblanco García	✓	✓	✓	✓	✓	✓	✓

Fuente: elaboración propia con información tomada de declaraciones o testimonios

✓ : Este símbolo significa que sí asistió y las iniciales corresponden a los nombres completos de quienes están referidos en el párrafo anterior a este cuadro

Es preciso destacar que ninguno de los investigados por la colusión en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** negó su participación en la reunión que tuvo lugar el 14 de enero de 2017. Así, estando plenamente probado que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, se reunieron en la bodega propiedad de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, ubicada en el barrio Las Ferias de la ciudad de Bogotá, prosigue el Despacho con el análisis acerca del propósito de dicha reunión.

8.5.1.2. Del propósito de la reunión del 14 de enero de 2017

Luego de revisado el material probatorio obrante en el Expediente, este Despacho coincide con la conclusión a la que llegó la Delegatura en su Informe Motivado, consistente en que en dicha reunión los investigados: **(i)** compartieron información sobre los precios de las frutas; **(ii)** llegaron a un consenso sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable para los presentes en la reunión; y **(iii)** acordaron la presentación de observaciones coordinadas a fin de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

A continuación, se presenta un análisis del material probatorio que le permitió a este Despacho corroborar lo expuesto por la Delegatura, así:

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, representante legal de **DISFRUVER**, en declaración rendida el 6 de septiembre de 2017, explicó que el propósito de la reunión llevada a cabo el 14 de enero de 2017 en la bodega propiedad de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** ubicada en el barrio Las Ferias de Bogotá, era discutir el precio de la fruta y acordar presentar observaciones, en los siguientes términos:

“DELEGATURA: ¿Y qué se discutió en relación con, con el precio de la fruta?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Pues que no estaba acorde con los precios del mercado.

DELEGATURA: ¿Cuénteme cómo fue esa discusión? ¿Cómo se desarrolló, eh, qué, digamos con qué medio discutieron, o cuénteme paso a paso esa discusión cómo fue?

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Eh, la discusión fue, eh, se veía el precio inicial que tenía la entidad de compra, versus, los precios inicial, porque realmente no tenía un precio por todas las frutas sino que cada fruta tenía un precio, entonces efectivamente en un tablero se colocaron los precios del mercado y adicional se pusieron unos precios que, eh, suponíamos nosotros que deberían ser los de, los que realmente debería comprar la entidad.

(...)

DELEGATURA: ¿Y cuál era la finalidad de discutir esto o a qué conclusión llegaron?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: La finalidad era la que...poder observar a la entidad...poder enviar observaciones para que pues mejorarán el precio...pues porque el precio estaba muy difícil el tema.

DELEGATURA: ¿Y a qué compromiso se llegó en relación con esto que me menciona?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: En ese se llegó al compromiso de que cada uno iba a observar, iba a enviar sus observaciones acerca del precio a la entidad.

DELEGATURA: Me dice usted que esto lo iban consignando en un tablero. Es cierto?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Sí señor.

(...)

DELEGATURA: Muchas gracias. ¿De eso que usted acaba de reconocer, como la imagen del tablero que usaron ese día para consignar lo pactado ahí, las expresiones microbiológico, gramaje, multas, descuentos y orden de compra por ciclo, a qué se refieren esas expresiones?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Pues que las multas podían influir en los costos de las posibles multas, porque como ya se venía sabiendo que pues es un programa exigente que las empresas estamos constantemente expuestas a multas, entonces eso tendría que influir algo en el precio porque pues había esa posibilidad de multas (...)

DELEGATURA: ¿Y ustedes acordaron hacer observaciones en relación con estos aspectos también?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Sí señor.

DELEGATURA: ¿Hicieron las observaciones?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Sí señor.

DELEGATURA: ¿Los demás competidores que estaban presentes en esa reunión, según su conocimiento hicieron observaciones?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Se comprometieron a hacer las observaciones, pero no estoy seguro si las hicieron...⁵⁰.

El propósito de la reunión en la bodega de Las Ferias también fue informado por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, subgerente de **DISFRUVER**, quien en su declaración del 6 de septiembre de 2017, señaló que el mismo había sido hacer recapacitar a la **SED** para que subiera los precios, motivo por el cual acordaron hacer observaciones –dado que el proceso se encontraba en pre pliegos para la época de la reunión–, conforme los términos que a continuación se indican:

“ANDREA ROSAS DÍAZ: En esa reunión se empezó a hablar del proceso de la SED 129-16. Empezamos a hablar de los precios de las frutas en el mercado. Los precios que realmente eran del mercado. En esa oportunidad concluimos que el precio era muy malo. El proceso estaba en pre pliegos y que había que hacer observaciones para que la entidad recapacitara y subiera los precios, pues porque no le servían a nadie. Dijimos que observaciones había que hacer. Eh, no solo nos inquietaba, dentro de las observaciones no solo nos inquietaba la del precio, aunque era la número uno (1). Entonces, número uno: observar acerca de los precios. Otra inquietud era si el gramaje de las frutas era si era cien

⁵⁰ Folio 2961 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 32:17 a 35:25.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

(100) gramos netos o cien (100) gramos brutos, porque la diferencia en costos es enorme, dependiendo el gramaje. Esa fue la observación que nosotros hicimos. Esas dos observaciones que yo recuerdo, y pues cada uno las hacía, ya si surgían otras observaciones las hacían, pero que esas dos eran muy buenas oportunidades para definir. Entonces todos dijeron vamos a hacer observaciones. Se habló de precios y se acordó de hacer observaciones.

(...)

DELEGATURA: *¿Ustedes coordinaron unas observaciones para lograr, entre otras cosas, que el precio fuera incrementado y para eso establecieron unos precios a los que querían llegar?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Si.*

(...)

DELEGATURA: *¿Entonces, ese precio era un consenso entre todos o el que sabía de determinada fruta lo proponía?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Fue un consenso entre todos. Porque uno decía, la mandarina a cuánto se consigue? no, pues la mandarina se podría dejar en \$300, pero el otro decía sí, pero tenga en cuenta que la mandarina llega a veces a estar hasta \$3000 el kilo, si? Entre todos recapacitábamos y decíamos, si entonces \$330, \$350 (...) fue un consenso en el que todos nos pusimos de acuerdo para presentar las obligaciones que estaban en pre pliego.*

DELEGATURA: *Además del precio y el peso, existieron otras observaciones conjuntas o comunes?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *La de los precios. La que nos tenía que ver a todos los involucrados era el precio y que todos nos comprendían muy bien lo del gramaje, incluida la parte comestible o no”⁵¹.*

En diligencia de ratificación llevada a cabo el 6 de abril de 2018, **ANDREA ROSAS DÍAZ** extrañamente dio un viraje a su declaración inicial, desconociendo que el propósito de la reunión hubiera sido el de hacer recapacitar a la **SED** para que subiera los precios a través de la presentación de observaciones, conforme lo indicó en su declaración inicial. Los nuevos términos de su versión obedecieron, según ella, a un problema semántico y, en todo caso, explicó que en la reunión del 14 de enero de 2017 no se hacía necesario que los asistentes acordaran hacer observaciones, ya que previamente durante el desarrollo del proceso, todos ellos habían tenido la oportunidad de presentar observaciones las cuales al ser públicas fueron de conocimiento general. Los respectivos apartes se presentan a continuación:

“DELEGATURA: *¿Me queda clara su percepción acerca de que se siente engañada por parte de la entidad contratante, pero reitero mi pregunta, qué explicará el que usted hoy nos diga que ese ejercicio de colocar en el tablero los precios, compartir las observaciones, no tenía propósito y en su declaración anterior usted había comentado que el propósito de ese ejercicio era tratar de ver el mejoramiento de las condiciones del proceso de selección?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Pues en esa reunión yo hice comentarios, comenté lo que ya le había informado, o ya le había manifestado a la entidad mediante mis observaciones desde el mes de diciembre.*

DELEGATURA: *¿Cuál es la razón de las dos versiones que nos ha dado?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Posiblemente sea el significado o la manera de yo expresarme. Los hechos doctor son los mismos, claramente y he venido diciendo la verdad. De pronto lo que cambia es la manera de yo expresarme.*

DELEGATURA: *¿O sea es un problema semántico? ¿La diferencia entre los dos significados de lo que nos dijo antes y lo que nos?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Pues sí, la manera como yo me expreso.*

⁵¹ Folio 2962 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 1'47:21, 1'56:37, 2'00:04.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

DELEGATURA: *¿Entonces para que nos quede claro, la pregunta consiste en lo siguiente: en su versión anterior usted dijo que en la reunión que hicieron donde ALBEIRO habían acordado la formulación de determinadas observaciones. Eso resultó coherente con un documento que usted había aportado que era la fotografía del tablero donde estaban los temas sobre los cuales versarían las observaciones que acordaron presentar y también resultaba coherente con el hecho de que DISFRUVER y otras personas que están investigadas hubieran presentado de hecho las mismas observaciones que se acordaron realizar en la reunión donde ALBEIRO según su declaración anterior. Entiendo que usted presento muchas veces esas observaciones, entiendo que usted se percató de ese problema sola, entiendo, pero mi pregunta es, si usted la vez pasada nos había dicho que después de la reunión de ALBEIRO habían presentado varias de las personas que estuvieron donde ALBEIRO observaciones con el contenido que acordaron presentar donde ALBEIRO, por qué nos está diciendo hoy, que no, que ese fue un ejercicio que hicieron básicamente por deporte porque no tenía ningún propósito?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Doctor, pues en realidad no había necesidad de hacer eso que usted menciona, de ponerse de acuerdo en las observaciones que usted mencionó, no había necesidad porque ya todos, o bueno todos no, muchas empresas o personas de las que estaban ahí presentes, ya habían hecho observaciones, el día 14 de enero ya muchos habían presentado observaciones y eran públicas, y eran de conocimiento. Entonces en esa reunión se hablaron, hablamos de observaciones, pero pues eso ya lo habíamos manifestado público, o sea eso no era como un secreto, como venga acá, comentemos esto pero chito, no se lo digamos a nadie, sino en esa reunión se comentaron, se hicieron comentarios, se hicieron observaciones que ya eran públicas doctor, ya las habíamos manifestado anteriormente, entonces para mí eso no es ponerse de acuerdo, porque ponerse de acuerdo de pronto sería que yo venga hagamos esto acá a escondidas que nadie se entere y como que uno antes no había hecho eso, pero ahora si hagámoslo. Y en realidad nosotros hicimos la reunión el 14 de enero, pero ya muchos habían hecho observaciones, o sea no lo veo cuál sería el acuerdo, si ya muchos habíamos hecho observaciones antes. Sería por lo menos un acuerdo si por lo menos nosotros DISFRUVER no hubiéramos hecho observaciones y como que entonces ahora si venga las hacemos, pero no, nosotros siempre hicimos observaciones y siempre en la misma línea de la primera del día 31 de diciembre que fueron cinco (5) hojas de observaciones y uno seguía insistiendo en el precio, pues desde luego a ver si la entidad recapacitaba y subía el precio para que nosotros pudiéramos participar, pero la entidad no nos permitió participar doctor, no nos dejó participar porque el precio era exageradamente bajo y podría acabar nuestra empresa, pero con sorpresa después incrementaron el precio exageradamente al oferente que se presentó”⁵².*

La concertación de los precios de la fruta y la no presentación de oferta fue corroborada por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, quien manifestó lo siguiente:

“JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *Aquí hubieron (sic) coaliciones en el camino, porque hay gente que se reunieron para hacer las ofertas, digamos a Colombia Compra Eficiente. Colombia Compra Eficiente salió con unos precios bajos, demasiadamente (sic) bajos, entonces se reunieron gentes (sic) de los de las frutas para que nadie se presentara. En ese caso, aquí no se hizo caso. Nosotros nos presentamos...”*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *De ahí se tomaron unas fotos, inclusive del precio que se iba a poner para pedirle a Colombia Compra Eficiente o a la Secretaría. En ese tiempo yo no estaba bien enterado de lo que estaban haciendo allá y ahí yo tomé foto de los precios que tenía Colombia Compra Eficiente en ese momento para que la gente ofertara y los precios que pusieron ellos, a continuación de los que iban a pedir para poder vender o no presentarse”*

DELEGATURA: *¿Qué sanciones se tocaron o qué penalidad manejaban ellos?*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *Aquí manejaban un cheque de doscientos millones. No se hizo. De multa para el que se presentara, pero nunca se hizo el cheque.*

DELEGATURA: *O sea, el que no se presentara tenía que pagar una multa de doscientos millones?*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *De doscientos millones.*

⁵² Folio 3522 del Cuaderno Público No. 16, Min: 1'27:10, 1'27:51, 1'28:10, 1'35:22.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

DELEGATURA: *A quién se la tenían que pagar?*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *No acordaron ese día a quién se los tenían que pagar porque estaban en ese tema y quedaron de acordaron en otra reunión. La otra reunión era en el Centro Comercial la Gran Estación. Allá ya llegaron (sic) diferente todo mundo. No que la decisión es que no nos presentamos. Yo no me presento. Yo no me presento. Yo no me presento con ese precio”⁵³.*

En su diligencia de ratificación, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** corroboró lo indicado en su declaración inicial en torno a la concertación de precios, así:

“JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: (...) *la reunión se hizo con el fin de que los precios no servían, estaban muy bajos, entonces se tenía un tablero donde se pusieron los precios de CCE en la columna izquierda, y de pronto se empezaron a fijar precios posibles para contratar con Secretaría a la columna derecha. A ese tablero le tomaron fotos todos...”⁵⁴.*

Igualmente, **PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ**, en su calidad de hijo de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, le informó a la Delegatura acerca de lo que su padre le comentó sobre lo tratado en la reunión, según lo cual el propósito era acomodar precios, así como a continuación se describe:

“DELEGATURA: *¿Después que salieron de esa reunión su papá José Fidel qué le comentó?*

PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ: *Pues que estaban tratando unos temas de unos precios. Que estaban cuadrando unos precios. Él me mandó unas fotos de WhatsApp de un tablero, que habían puesto unos precios en unos tableros. Que son los que tengo yo. Esta señora Téllez fue la que dijo ese día.*

(...)

DELEGATURA: *¿Quién escribía en ese tablero?*

PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ: *No sé. Esas imágenes me las pasó mi papá.*

DELEGATURA: *¿Cuál era el acuerdo al que habían llegado con esos precios que estaban descritos en el tablero y que fueron objeto de debate en la reunión?*

PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ: *Creo que habían llegado a un acuerdo que no se iban a presentar.*

DELEGATURA: *¿Por qué razón no se iban a presentar?*

PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ: *Creo que estaban buscando como acomodar precios. Estaban diciendo que la fruta estaba algo barata”⁵⁵.*

A su turno, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal y socio de **FAC S.A.S.**) indicó que recibió una llamada de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** invitándolo a una reunión con el fin de establecer una estrategia en torno a los precios, en los siguientes términos:

“DELEGATURA: *¿Cómo fue ese presunto boicot al que la sociedad FAC S.A.S. estuvo sujeta. Las personas con cédula de ciudadanía, si la tiene, y el cargo o a qué empresa está vinculada la persona?*

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: (...) *el señor HUGO DAZA y me dice: Ingeniero necesitamos que para esa licitación que existe en ese momento nos reunamos los de la fruta y miremos qué vamos a hacer porque los precios están muy bajos, fue lo que él me dijo. Con eso no sé qué me dio a entender, yo inclusive le pregunto a la doctora, porque yo soy un empresario nuevo, yo podía haber ido a esa reunión y haber participado de algo*

⁵³ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 39:45, 47:29, 52:58.

⁵⁴ Folio 3534 del Cuaderno Público No. 16, Min: 34:14.

⁵⁵ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 23:38, 34:51.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

ilegal sin yo saberlo, llamémosle la inocencia que uno tiene al ser nuevo en algo, yo le consulto a la doctora y ella me dice: “cómo así? Usted está loco? Por allá no vaya...”⁵⁶.

De igual forma, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal y socio de **FAC S.A.S.**), en desarrollo de diligencia de ratificación informó a este Despacho que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, empleado de **FAC**, quien asistió a la reunión del día 14 de enero de 2017, le puso en conocimiento que el propósito de dicha reunión fue establecer el precio al que debía venderse la fruta y que habían hecho un pacto de no presentarse, tal y como aprecia en la siguiente cita:

“DELEGATURA: *¿Y qué le manifestó el señor Fidel de esas reuniones?*

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: *Bueno, pues, en primera instancia el señor Fidel para ese tiempo sólo estaba con la expectativa de a quién le vendía fruta. Él asistió a esas reuniones, él me comentó que había asistido a una de un señor Albeiro, me mostró unas fotos de su celular en donde están todas las frutas. Incluso me causó curiosidad porque estaban todas las frutas en el mismo orden de cómo se habían publicado en el pre pliego y con el mismo precio, y en frente tenían unos precios en donde Fidel me decía que era el precio en cómo se debía vender la fruta y pues como hablaron que se tenía que vender la fruta, pues las personas que estuvieron allá.*

DELEGATURA: *¿Cómo le contó Fidel Aldana?*

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: *Si, me comentó pues que se habían reunido, que habían hecho un pacto de no presentarse pues porque el precio no servía. Él inclusive me manifestó que habían pactado que habían hecho un pacto con un cheque de doscientos millones, pues él me manifestó eso, que la empresa que incumpliera tenía que pagar eso.*

(...)

DELEGATURA: *¿O sea que esas personas que estaban reunidas habían acordado que no se iban a presentar al proceso de selección, es eso?*

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: *Que no se iban a presentar a la licitación como tal porque pues esos precios no daban para la fruta, fue lo que me manifestó el señor Fidel⁵⁷.*

En igual sentido, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC S.A.S.**) en su declaración de fecha 13 de junio de 2017, así como también durante su diligencia de ratificación, dio cuenta de la información que le proporcionó **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, empleado de **FAC**, quien asistió a la reunión del día 14 de enero de 2017, según la cual los proveedores no se querían presentar porque los precios estaban muy bajos, según se aprecia en los apartes que se presentan enseguida:

“DELEGATURA: *¿A qué reuniones se refiere?*

LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: *A unas reuniones que hicieron todos los proveedores de frutas. Lo que tengo entendido, que fue lo que nos manifestó, era que ellos no se querían presentar porque los costos estaban muy bajos⁵⁸.*

En su diligencia de ratificación indicó:

“DELEGATURA: *¿Listo y entonces continúe con su relato después de esa reunión?*

LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: *Bueno, posterior, bueno, haciendo claridad el señor FIDEL ALDANA, él nos empieza a comentar que él asistió a una de las reuniones y que en esas reuniones habían hecho un tema de precios, que habían sacado fruta por fruta, y que le habían dado costos de precio, mejor dicho que habían hablado de los precios porque los precios no les estaban dando⁵⁹.*

⁵⁶ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 00:21 Parte II.

⁵⁷ Folio 3691 del Cuaderno Público No. 17, Min: 42:09, 43:12, 45:11.

⁵⁸ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 36:40.

⁵⁹ Folio 3536 del Cuaderno Público No. 16, Min: 41:02.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Por su parte, **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE**), durante su declaración de fecha 20 de junio de 2017, confirmó que durante la reunión se discutió el precio de las frutas y el uso de un tablero como ayuda audiovisual que sirvió para consignar dicha información (la imagen del tablero con la indicación del precio de las respectivas frutas se presenta más adelante), tal y como acto seguido se describe:

DELEGATURA: *¿Qué se acuerda usted que quedó escrito allí?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *Yo no me acuerdo, pero yo me acuerdo que se utilizó ese tablero de allá.*

DELEGATURA: *¿Qué precios se colocaron ahí o qué información se colocó ahí?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *Yo no me acuerdo, pero sé que se utilizó el tablero.*

DELEGATURA: *¿Quién escribió en el tablero?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *Yo creo que yo, porque yo estaba ahí sentado donde está el señor.*

DELEGATURA: *¿Y usted escribió unos datos y no se acuerda?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *No me acuerdo. Yo me acuerdo que estaban todas las frutas de mano (frutas de consumo entero). El listado que yo hice fue colocar todas las frutas de mano, es decir, 11 o 12 productos. Recuerdo que hice ese listado.*

DELEGATURA: *¿Para qué hacía ese listado?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *Para saber qué oferta teníamos en el momento de producto. Con lo que más nos defendíamos era con el mango y la ciruela porque la traíamos directamente de Nuevo Colón y porque es la época de cosecha. Me parece que yo fui quien lo hice.*

DELEGATURA: *¿Y alguien daba algún aporte sobre cada una de las frutas que iba anotando ahí?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *Yo creo que se colocó los precios a los cuales se estaba consiguiendo el producto, yo creo que era la primera o segunda semana de enero, yo creo, eso fue muy recién que comenzó el año.*

DELEGATURA: *¿Pero cuando usted dice los precios que se estaban consiguiendo, al precio que usted conseguía o al precio que le podía vender a ellos?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *El precio que yo conseguía, al precio que nosotros estábamos comprando. Yo creo que eso todo el mundo decía: "no, eso está más caro", "no, eso está barato", "no, eso está a tanto", "tal no se qué". Yo creo que todo el mundo aportaba para eso. Todos participaban. Yo era el que más aportaba porque tenía conocimiento del producto.*

(...)

DELEGATURA: *¿El objeto de su primera reunión fue ofrecerle su fuerte, mango y ciruela?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *Si.*

DELEGATURA: *¿Entonces por qué usted diligenció en el tablero una serie de frutas que sobrepasaba en número a la ciruela y el mango?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *Sí. Ellos son operadores de programas sociales y necesitan tener todo el espectro del conocimiento, el comportamiento de todos los productos. Pero en realidad lo que yo estaba ofreciendo en ese momento era mango y ciruela"⁶⁰.*

⁶⁰ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 10 LUIS ALBEIRO TORRES, Min: 1'32:24, 1'38:08.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

De igual forma, **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** a lo largo de su ratificación, indicó que durante la reunión se discutió a cómo estaba el precio de la fruta en el mercado y a cómo la había sacado la **SED**, así como también se refirió a las observaciones relacionadas con los precios, en los siguientes términos:

“DELEGATURA: *¿Sígame contando cómo fue todo el proceso del 129? Desde su punto de vista, todas sus actuaciones?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Esa fue la primera forma que yo me enteré. Nosotros imprimimos todo el pliego. Y también preciso en esos momentos ALBEIRO TORRES me invitó a una reunión en las ferias en la bodega de él y me pidió el favor que llamara a don HUGO NELSON DAZA y lo invita a una reunión (sic) . Yo llamé a don HUGO y le dije que don ALBEIRO nos había invitado a una reunión para hablar del tema de fruta, porque así me dijo don Albeiro. Entonces yo le dije a don HUGO que si él estaba interesado y él me dijo que sí, me preguntó dónde era la reunión. Yo le dije a don Albeiro que dónde era la reunión y él mandó la dirección de la bodega, yo se la reenvié a don Hugo y fuimos a la reunión. La reunión la dirigía don ALBEIRO TORRES, pues era la bodega de él y él convocó a la reunión. Cuando yo llegué estaba doña STELLA.*

(...)

DELEGATURA: *¿Cuál fue el objetivo de hacer ese ejercicio de precios?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *El objetivo de hacer todo el tema de precios. Yo inicialmente, si a mí me convocan a una reunión de frutas voy con la iniciativa de vender, como le digo todo el mundo empezó a ofrecer. Don HUGO el banano, ALBEIRO el mango y después el mismo ALBEIRO puso los precios de Secretaría y él mismo sacó un promedio.*

DELEGATURA: *¿Para qué hacían eso?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Yo creo que un ejercicio económico, todos manejamos frutas, hizo un ejercicio económico.*

DELEGATURA: *¿Para qué hacían eso?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Para saber a cómo estaba el precio del mercado y a cómo lo había sacado la Secretaría en la página.*

DELEGATURA: *¿Y así como usted me dice que iban a hacer observaciones sobre la naranja, entonces mencionaron algo sobre hacer observaciones al pliego de condiciones?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Sí a los precios. Independientemente, pero digamos que ninguno dijo es que usted o usted qué hacer. Todo fue muy general, hagamos observaciones sobre el precio a ver si Secretaría realiza un buen estudio de mercado.*

DELEGATURA: *¿Sígame contando, qué pasó después?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Después todos hablamos sobre los precios, sobre los productos que cada uno podía observar. Observar no, sino ofrecer, y ya después se terminó la reunión.*

(...)

DELEGATURA: *¿Cuándo ustedes nos hablan que hubo un tablero y que en el tablero se colocaron distintos precios, era más como un intercambio de información entre competidores o tenía claramente la intención de verificar si a todos y cada uno le servía?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Nosotros hicimos como un ejercicio económico, Don ALBEIRO fue el que la dirigió. Empezamos a ofertar frutas. Don HUGO ofertó banano, señor TORRES ofreció naranja y mandarina, Don ALBEIRO ofreció mango, yo ofrecí naranja y pera, DISFRUVER y ANDREA hablaban de toda la fruta, el mismo ALBEIRO puso los precios de Secretaría y sacó un promedio y el mismo dijo: ¿qué vamos a hacer? Cuando doña STELLA dijo: observemos. El anotó [en el tablero] observemos”⁶¹.*

⁶¹ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 21:26, 26:17, 2'31:17.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Contrario a lo expuesto hasta ahora, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, de quien existe evidencia acerca de su presencia en la reunión del 14 de enero de 2017, desmintió que durante la misma se hubiera discutido el valor de las frutas, tal y como se advierte en el siguiente aparte de su declaración:

“DELEGATURA: ¿En esa reunión recuerda si hablaron sobre precios de frutas, con respecto a los precios que tenía Colombia Compra Eficiente?”

***HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:** A no, no, no porque como le digo a sumercé nosotros de precios diferentes ya cada uno maneja su tema aparte, nosotros manejamos totalmente con, nosotros somos autónomos en manejar nosotros el precio directamente acá. O sea nosotros nunca lo comentamos porque pues uno va a comentar un precio, pues uno ve que el otro de pronto, si uno da un precio va alguien y se, se, un ejemplo si fuera un precio bueno pues alguien se mete a...uno dice uno maneja siempre su, su, su empresa independientemente, pues no la empresa mía, la empresa de mi hija, pero sí totalmente...”⁶².*

A su vez, **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ**, representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**, durante su declaración negó que el propósito de la reunión hubiera sido tratar o acordar el precio de las frutas, según se advierte de lo dicho por ella, así:

“DELEGATURA: ¿Tiene o tuvo conocimiento sobre una reunión que se realizó para convenir los precios de las frutas y hortalizas en el proceso 129 de 2016?”

***STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ:** Para convenir los precios, es que no entiendo cómo me van a invitar a mí, a una persona que no ofrezco las frutas, a convenir un precio”⁶³.*

Del análisis de las declaraciones hasta aquí examinadas emerge con suficiente claridad que, tal y como lo indicó la Delegatura, los investigados (i) compartieron información sobre los precios de las frutas; (ii) llegaron a un consenso sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable para los presentes en la reunión; y (iii) acordaron la presentación de observaciones coordinadas con el propósito de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

En relación con la información que los investigados compartieron acerca de los precios de las frutas, una vez examinadas detenidamente las versiones arriba descritas, este Despacho encontró que ocho de los diez declarantes coincidieron en afirmar que el propósito de la reunión fue el de contrastar el precio promedio de mercado de cada una de las frutas con el precio establecido en el proceso **LP-AMP-129-2016** y así convenir cuál debería ser el precio al cual la Secretaría debería pagar la fruta. Dos declarantes, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** negaron que en dicha reunión se hubieran discutido aspectos relacionados con el precio de las frutas.

En relación con la versión brindada por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, para este Despacho la misma carece de veracidad teniendo en cuenta que de acuerdo con la declaración rendida por **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**, fue aquél quien lo invitó a asistir a la reunión en los siguientes términos: *“Ingeniero necesitamos que para esa licitación que existe en ese momento nos reunamos los de la fruta y miremos qué vamos a hacer porque los precios están muy bajos, fue lo que él me dijo”*. A su vez, **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** reportó que fue él quien citó a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, para lo cual le indicó que el propósito de la reunión era *“para hablar del tema de fruta, porque así me dijo don Albeiro. Entonces yo le dije a don HUGO que si él estaba interesado y él me dijo que sí”*.

La declaración de **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** merece similar cuestionamiento, por cuanto las versiones de los ocho (8) declarantes coinciden de manera inequívoca en indicar que durante la reunión se discutió el valor de la fruta con miras a establecer cuál sería el valor al que la **SED** debería comprar. Y, al haber estado presente en dicha reunión, su negativa a admitir tal circunstancia se torna en, además de sospechosa, improbable. Aún más, según la declaración rendida por **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** fue ella quien tuvo la idea de

⁶² Folio 1576 del Cuaderno Reservado ALIMENTOS DAZA, Min: 1'12:35.

⁶³ Folio 1572 del Cuaderno Reservado No. 4 ALIMENTOS SPRESS, Min 5'37:14 Parte II.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

presentar observaciones, lo que despeja cualquier duda acerca de su conocimiento claro respecto del propósito de la reunión y de su participación activa en la misma.

Igual reproche merece la ratificación de declaración rendida por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, quien inexplicablemente cambió los términos de su declaración inicial, según ella, debido a un "problema semántico" y agregó, que en últimas en la reunión del 14 de enero de 2017 no se hacía necesario que los asistentes acordaran hacer observaciones, ya que previamente durante el desarrollo del proceso, todos ellos habían tenido la oportunidad de presentar observaciones, las cuales al ser públicas fueron de conocimiento general. Para este Despacho, el desconocimiento de la versión inicial no obedeció a un problema semántico, sino por el contrario, a una decisión consciente de torpedear la actividad investigativa adelantada por esta Superintendencia.

En general, las versiones rendidas por los investigados **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** según las cuales durante la reunión del 14 de enero de 2017 no se discutieron los precios de la fruta, pierden todo sustento frente a lo contundente que resultan ser las restantes ocho declaraciones, las cuales, coinciden exactamente con la información que fue incluida en los tableros a los que varios de los investigados hicieron referencia, cuyas imágenes se presentan a continuación.

Los tableros contienen información en columnas sobre el precio techo fijado por la **SED** para cada fruta, el precio aproximado de mercado y, en tercer lugar, la expectativa de precio de los asistentes a la reunión. Los tableros también consignaron información adicional referente a las observaciones que, como resultado del acuerdo anticompetitivo, presentarían ante **CCE** respecto del gramaje de las frutas, multas y descuentos, necesidad de realizar órdenes de compras por ciclos, entre otros. La siguiente imagen de los tableros acrílicos evidencia lo descrito.

Imagen No. 4. Foto de tablero acrílico aportado por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ

Donato C.	112 =	205 - 220	Estudio de Mercado ?	
Berono G.	141 =	NO NO		
Ciruela Nel	237 =	430 =		
Du. 310	551 =	✓		
Granadilla	283 =	400 - 450		
Panahona Baby	132 =	260 - 380		
Mandarina A	204 =	320 =		
Mango	178 =	300 - 340		
Manzana verde-roja o ual.	418 =	520 =		
Pera	162 =	460 =		
Uchuva	300 =	520 =	— Precio	
Uva Isa	320 =	430 =		— GRAMAJE
Uva Negra	456 =	✓		
	3434 y 8	5172 5218		
Naranja Valencia	→ \$ 220		— MICROBIOLÓGICO	
Guayaba	→ \$ 300			

— MULTAS
DESCUENTOS

— Orden de compra por ciclo

Fuente: Folio 2940 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

El contenido del tablero arriba expuesto fue explicado por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), en los siguientes términos:

"DELEGATURA: Señor **JUAN PABLO**, refiere usted que en ese tablero se consignaban tres precios diferentes, uno el precio techo fijado por la Secretaría ¿Sí?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: No, doctor, eh, ah bueno, sí, sí, porque el tema era que era por cada fruta.

DELEGATURA: ¿La siguiente columna, el precio del comercio?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Sí, señor.

DELEGATURA: ¿Y la siguiente columna, la expectativa de ustedes?

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Sí, señor.

DELEGATURA: ¿Esa expectativa partía de algún porcentaje, de alguna utilidad o cómo fijaban ustedes ese valor a cobrar o a proponer en la licitación?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Era un porcentaje, eh, pues acorde al mercado, o sea, que creíamos que era acorde al mercado y teniendo en cuenta que probablemente, eh, pues, junto a esos precios había un margen en los que los competidores teníamos que ir a luchar, ¿no?

DELEGATURA: ¿Cuál era la expectativa de ustedes sobre la utilidad?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Eh, la utilidad está rondando entre el 5 y el 10%.

DELEGATURA: ¿Y en el tablero se consignaba esa expectativa así?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: No, porque como todas las compañías son diferentes, entonces es difícil que X o Y dijera mi utilidad es el 10 o el 20 o el 30 porque éramos varias personas, o sea, no, **las compañías eran diferentes y cada una tenía sus costos diferentes.** Entonces, eh, era una expectativa de precio, pero, pues cada compañía miraba si sobre esa expectativa era la utilidad del 5, el 10 o 15, o sea, eso era independiente. Era algo aproximado.

DELEGATURA: Dígame si es correcto el concluir lo siguiente: según le entiendo, la empresa que tuviera menos margen porque sus costos son más altos, se tuvo en cuenta a efectos de establecer el precio que ustedes pensaban era el adecuado y a partir de ahí entonces las empresas que fuesen más eficientes pues tendrían mayores utilidades, ¿sí?, porque sus costos podían ser inferiores.

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Podría ser, sí.

DELEGATURA: ¿Sí?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Sí. Qué ocurre, entonces salió el banano, entonces el banano, una empresa tiene un costo, la otra, otro y el otro, otro y el otro, otro, entonces más o menos se promedió cuál sería el costo de ese banano, esa es como la fórmula, ¿no?”⁶⁴.

Por todo lo anterior, ha quedado suficientemente probado que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, se reunieron en la bodega de propiedad de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, ubicada en el barrio Las Ferias de la ciudad de Bogotá, con el propósito de (i) compartir información sobre los precios de las frutas y (ii) llegar a un consenso sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable respecto del proceso **LP-AMP-129-2016**. Así mismo, es evidente que las declaraciones rendidas por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, STELLA TELLER HERNÁNDEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** no se ajustaron a la realidad que ha quedado demostrada, razón por la cual su actuar encaminado a presentar información inexacta será tenido en cuenta al momento de establecer las respectivas sanciones.

Ahora bien, en relación con la afirmación efectuada por la Delegatura según la cual los investigados acordaron la presentación de observaciones coordinadas con el propósito de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas en el proceso **LP-AMP-129-2016**, este Despacho encontró que en efecto tres de los ocho declarantes cuyas versiones se analizaron antes, coincidieron en afirmar que los asistentes a la reunión se comprometieron a que cada uno iba a enviar sus observaciones acerca del precio a la entidad. Acto seguido, se procederá a analizar si en efecto los asistentes a la reunión presentaron las observaciones previamente acordadas.

8.5.1.3. De la actuación de los investigados en el mercado con posterioridad a la reunión del 14 de enero de 2017

De acuerdo con el cronograma establecido dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**, el plazo para la presentación de observaciones al pliego definitivo vencía el 17 de enero de 2017 (tres días después

⁶⁴ Folio 2961 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 37:25.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

de llevarse a cabo la reunión del 14 de enero de 2017). Así, tal y como lo habían acordado, los investigados presentaron observaciones escritas al pliego de condiciones definitivo en el término señalado por CCE, las cuales guardaban relación directa con los temas tratados en la reunión, así: (i) el aumento del precio de las frutas en el valor porcentual acordado en la reunión, esto es, aproximadamente en un “48%” y un “49,3%”, según lo consignaron en el tablero utilizado que da cuenta de los consensos a los que llegaron en tal encuentro; (ii) la modificación y/o aclaración de ciertas características técnicas de las frutas –gramaje, análisis bromatológico, multas y descuentos, ejecución de órdenes de compra–; y (iii) la inclusión de otras frutas en el grupo de alimentos “*frutas y hortalizas*”, como se expone a continuación⁶⁵:

Tabla No. 2. Observaciones presentadas por los investigados al pliego de condiciones en LP-AMP-129-2016⁶⁶

Observaciones en relación con el precio de las frutas	DISFRUVER	Observación No. 689 referente al aspecto “económico”, presentada el 16 de enero de 2017. “Nuevamente hacemos énfasis (sic) en que el estudio de mercado se realizó de manera inadecuada para las frutas. Los precios de referencia de prácticamente (sic) todas las frutas, a excepción (sic) del durazno están por debajo del precio real de mercado hasta en un 50% en algunas frutas y en otras como la Pera y el Mango en hasta el 100% (...) ”. (Destacado fuera de texto).
	ALIMENTOS DAZA	Observación 899 referente al aspecto “económico”, presentada el 16 de enero de 2017. “Por favor aclarar si a los precios actuales se suman los costos directos e indirectos de la operación de selección, lavado, desinfección, clasificación, almacenamiento y distribución. Esto con el fin de estructurar la oferta económica (sic). Ya que los precios ofertados corresponden a frutas de 50 gramos comestibles estando por debajo del 50% de la realidad de los precios (...) ”. (Destacado fuera de texto).
	BESTCOLFRUITS	Observación 908 referida al aspecto “técnico”, presentada el 16 de enero de 2017, en la cual se hace alusión a la respuesta de la observación 101 presentada por ALIMENTOS DAZA, la cual estaba relacionada con el estudio de mercado que soportó el precio de referencia de las frutas y hortalizas y en la cual se solicitó “precio de referencia y el precio umbral del Grupo de Alimentos de Frutas”. “De acuerdo a la respuesta con numero 101 [se refiere a respuesta de la observación presentada por ALIMENTOS DAZA en la cual solicitó subir ‘el precio de referencia y el precio umbral del Grupo de Alimentos de Frutas, toda vez que los precios establecidos por la entidad no se corresponden con la realidad económica del país y los costos de producción, lo cual pone en riesgo la ejecución del contrato. ’ (Destacado fuera de texto) (...) al revisar en el anexo 1 numeral 3.4.2. características de las frutas, hortalizas; observamos que esta respuesta no ha sido corregida ya que aparece ‘No se permite la repetición de una misma fruta ni variedad de fruta en la misma semana, a excepción del banano maduro y el banano bocadillo, el cual debe ser suministrado una sola vez por ciclo independientemente de la variedad ofertada’.”
Observaciones en relación con las características de las frutas (gramaje, análisis bromatológico, multas y descuentos, ejecución de órdenes de compra)	DISFRUVER	Observaciones 689, 692, 694 y 695 referentes al aspecto “técnico” y “económico”, presentada el 16 de enero de 2017. 1. “(...) Los invitamos a que tengan en cuenta que la fruta se debe lavar, seleccionar, embalar, (...), que de no cumplir con las especificaciones de calidad, cantidad y oportunidad el proveedor debe asumir descuentos y posibles multas ; por favor tener en cuenta que la fruta va dirigida a cumplir las necesidades de los niños (...)” (destacado fuera de texto). 2. “De manera atenta solicitamos que, en la ficha técnica de producto, en el anexo 1 y/o en el pliego de condiciones se ESPECIFIQUE CLARAMENTE, el peso que debe presentar la fruta al momento de entrega al operador logístico, especificar que los 100 gramos por unidad incluyen la cáscara y la pepa (...) ” (destacado fuera de texto). 3. “De manera atenta solicitamos se retire la condición de que cada lote de fruta deba presentar microbiológico al momento de la entrega, (...) para el caso de algunas frutas), por lo tanto, no habrá salido el resultado del análisis microbiológico del laboratorio (...) ” (destacado fuera de texto). 4. “De manera atenta solicitamos que permita dos intercambios por ciclo de fruta a cada uno de los proveedores, independientemente de la cantidad de alimentos (...) ” (destacado fuera de texto).

⁶⁵ Folios 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8.

⁶⁶ CCE clasificó las observaciones presentadas y sus correspondientes respuestas por temas así: “económico”, “administrativo”, “jurídico” y “técnico”.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

	ALIMENTOS DAZA	<p>Observaciones 873, 895 y 877 referentes al aspecto "técnico", presentada el 16 de enero de 2017.</p> <p>1. "Teniendo en cuenta lo anterior, se solicita aclarar cómo es la presentación de los gramajes para las frutas si se entiende que los 100 gramos son en bruto como se entregó en la respuesta o si son comestibles según la Resolución 16432 de 2015 ya que encontramos una contradicción (sic) en lo requerido por las fichas técnicas (...)" (destacado fuera de texto).</p> <p>2. "Se solicita aclarar cuales (sic) son los análisis microbiológicos y bromatológicos (sic) que se van a realizar al grupo de Frutas, hortalizas y concentrados de fruta, (...)" (destacado fuera de texto).</p> <p>3. "(...) En ninguna sección del documento se habla de los intercambios establecidos para este producto, por favor aclarar por qué se realizó este cambio tan brusco en los lineamientos iniciales del proceso licitatorio afectando con esto la rotación de la fruta en el ciclo de los menús y la disponibilidad de la fruta por sus periodos de cosecha" (destacado fuera de texto)</p>
	NAMASTÉ	<p>Observaciones 706, 748, 755 y 764 referentes al aspecto "técnico" y "jurídico", presentada el 16 de enero de 2017.</p> <p>1. "Se requiere aclaración sobre la aplicación de la causal de descuentos por gramaje en atención al cumplimiento de la resolución 16379; en dicha normativa se incluye la obligación de selección al AZAR de las muestras que serán objeto de revisión de su gramaje. Se requiere aclaración respecto de la modalidad de selección (...)"</p> <p>2. "Se puede transpolar los resultados bromatológicos o microbiológicos a productos no analizados?" (Destacado fuera de texto).</p> <p>3. "¿Si la SED no es parte del contrato con que competencia impondría descuentos (...)" (Destacado fuera de texto).</p> <p>4. "Si se pretende incluir un porcentaje de descuento, se requiere incluir un procedimiento de defensa a favor del contratista (sic) sin necesidad de acudir a un escenario de incumplimiento, que indudablemente genera costos superiores" (destacado fuera de texto).</p>
	BESTCOLFRUITS	<p>Observaciones 911 y 913 referentes al aspecto "técnico" y "jurídico", presentada el 16 de enero de 2017</p> <p>1. "Solicitamos de enuncie en el anexo 1 'Anexo Técnico' el rango en el que se puede entregar la fruta", de acuerdo con lo señalado "en respuesta con número 335".</p> <p>2. "(...) Les solicitamos integrar claramente en el anexo técnico si con la entrega de cada pedido de fruta se debe entregar análisis microbiológico".</p>
Observaciones en relación con la inclusión de frutas	NAMASTÉ	<p>Observación 760 referentes al aspecto "jurídico", presentadas el 16 de enero de 2017".</p> <p>"Riesgo de desabastecimiento: Se evidencia que el presente pliego se excluye las frutas Naranja y Feijoa; y en la ejecución en curso no se cuenta con la Guayaba. (...)" (Destacado fuera de texto).</p>

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información obrante a folios 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8 referente al proceso **LP-AMP-129-2016**.

La información contenida en la tabla permite llegar a las siguientes tres conclusiones. La primera, que **DISFRUVER**, **ALIMENTOS DAZA** y **BESTCOLFRUITS** hicieron observaciones relacionadas con los precios. **DISFRUVER** y **ALIMENTOS DAZA** indicaron que los mismos estaban por debajo del 50% en relación con la realidad del mercado, y **BESTCOLFRUITS** manifestó que los precios de la entidad no correspondían con la realidad económica. La segunda, que **DISFRUVER**, **ALIMENTOS DAZA** y **NAMASTÉ** solicitaron aclaración respecto del gramaje; así como también que todas ellas en conjunto con **BESTCOLFRUITS** se refirieron a los análisis microbiológicos. Y, la tercera, que **NAMASTÉ** resaltó la exclusión de la naranja, la feijoa y la guayaba.

Lo anterior ratifica la afirmación efectuada por la Delegatura según la cual los investigados acordaron la presentación de observaciones coordinadas con el propósito de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas en el proceso **LP-AMP-129-2016**. Este actuar, se encuentra en armonía con las declaraciones examinadas en el numeral 8.5.1.2. de la presente Resolución y la información contenida en el tablero de cuyo examen se ocupó el citado numeral. Ciertamente, **ANDREA ROSAS DÍAZ** ratificó dicha situación cuando contestó la siguiente pregunta que le fue formulada por la Delegatura, así:

"**DELEGATURA:** ¿Ustedes coordinaron unas observaciones para lograr, entre otras cosas, que el precio fuera incrementado y para eso establecieron unos precios a los que querían llegar?"

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

ANDREA ROSAS DÍAZ: S⁶⁷.

Además de lo anterior, existe evidencia en el expediente que permite advertir que los investigados vislumbraron la posibilidad de no presentarse al proceso **LP-AMP-129-2016** en caso de que la entidad contratante no incrementara los precios. Al efecto, a continuación se presenta una conversación de *WhatsApp* que tuvo lugar el 16 de enero de 2017 (día en que se continuó con la audiencia de riesgos) en la cual **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (quien asistió a la reunión y es proveedor de frutas de operadores **PAE**) le envió a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**⁶⁸ (vinculado a **ALIMENTOS DAZA**) un mensaje en el que describe que no van para ningún buen puerto (queriendo significar que la **SED** no iba a acoger las observaciones), por lo que no se iban a presentar, a lo que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** replicó que ellos tampoco, así:

"De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos

Marca de hora: 16/01/2017 15:10(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Creo que no vamos para ningún buen puerto. De nuestra parte NO VAMOS A PRESENTARNOS."⁶⁹

A lo cual **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** respondió lo siguiente:

"De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza

Marca de hora: 16/01/2017 16:05(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Si no arreglan precios o cambian las condiciones tampoco"⁷⁰

Hasta aquí, ha quedado establecido que los investigados **(i)** compartieron información sobre los precios de las frutas; **(ii)** llegaron a un consenso sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable para los presentes en la reunión; y **(iii)** acordaron la presentación de observaciones coordinadas con el propósito de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas en el proceso **LP-AMP-129-2016**. A continuación, el Despacho abordará el análisis del propósito de una segunda reunión llevada a cabo entre los investigados el 2 de febrero de 2017.

8.5.1.4. De la existencia de la reunión del 2 de febrero de 2017 y de sus participantes

En el Expediente se encuentra acreditado que los investigados se reunieron por segunda vez en el restaurante OMA del centro comercial Gran Estación el 2 de febrero de 2017, es decir, con posterioridad a la publicación de los pliegos de condiciones definitivos por parte de **CCE**, pliego que no acogió las observaciones presentadas y que incluyó los precios inicialmente propuestos por la **SED**. Un día después de la reunión se vencía el término para la presentación de ofertas en el proceso de selección bajo análisis.

Lo anterior tiene sustento en varias pruebas que a continuación se expondrán. La primera de ellas corresponde a una conversación de *WhatsApp* en la que **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, proveedor de frutas a los operadores **PAE**, y asistente a la reunión, concertó detalles de la misma y confirmó asistencia de los invitados a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**. En la conversación puede evidenciarse la intención de convocar a todos los empresarios proveedores de fruta con destino al **PAE**. La siguiente es la transcripción de la conversación en mención⁷¹:

⁶⁷ Folio 2962 Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 1'56:37.

⁶⁸ Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-148.txt", Object Id: 6881823 y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt

⁶⁹ Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID 6881823 y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

⁷⁰ Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID 6881823 y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

⁷¹ Folios 1597 y 1599 del Cuaderno Público No. 8 del Expediente. Ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

"LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:

Buen día.

Sr. Posibilidades de reunimos mañana todos de nuevo?

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:

Por mi claro que si

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:

10 am. Le parece

En la misma parte

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:

No

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:

Proponga

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:

En oma de gran estasion

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:

10 am está bién

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:

➡

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:

Buena tarde. Aceptada la reunión mañana en OMA de gran estación 10 A.M por: Sra Stella Tellez, Sr. Daza, Sr Fidel de la casa de los lulos.

Confirma su presencia Disfruver

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:

➡

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:

Confirmado el Sr. Nestor Castelblanco

Confirma el Sr. Orlando Diaz

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:

➡ ➡

Pero Orlando días para que

El no está en el programa

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:

Si. Es correcto. Ya lo llamo y le digo que la reunión abortó por ser día sin carro.

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:

Muy bien

➡".

Obra en el Expediente otra conversación de *WhatsApp* que confirma lo evidenciado en la anterior, entre **ANDREA ROSAS DÍAZ** con un contacto llamado "Fruvelin" el día anterior a la reunión en la que este último propone la reunión a **ANDREA ROSAS DÍAZ**, afirmando que la misma ya ha sido aceptada por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, "Sr. Daza" haciendo referencia a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, y por **FRUVELIN**. La siguiente es la transcripción de la conversación en mención⁷²:

"FRUVELIN:

Buen día.

Sr. Posibilidades de reunimos mañana todos de nuevo?

En oma de gran estasion

Buena tarde. Aceptada la reunión mañana en OMA de gran estación 10 A.M por: Sra Stella

Tellez, Sr. Daza, Sr Fidel de la casa de los lulos.

⁷² La captura de pantalla aportada por **ANDREA ROSAS DÍAZ** se encuentra disponible en el folio 2940 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

ANDREA ROSAS DÍAZ:

Quiénes ya confirmaron??

FRUVELIN:

*Por favor necesitamos que se vinculen, que se hagan presentes.
La Sra Stella el Sr. Daza. Sr. Fidel. Fruberlín.*

ANDREA ROSAS DÍAZ:

Ok listo sí señor!!"

Todo lo anterior fue confirmado por **ANDREA ROSAS DÍAZ, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA, RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO, LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO, PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ** y **FIDEL ALDANA FONSECA** (proveedor de frutas de operadores PAE y actual trabajador de FAC) en sus declaraciones.

- Declaración de JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:

"DELEGATURA: *OK ¿Y entonces qué sigue después de ese episodio? ¿Qué me quiere contar?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *De ese episodio en algún momento llamaron a mi esposa y surgió una, una reunión.*

DELEGATURA: *¿En qué momento y quién llamó a su esposa?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *No recuerdo. No recuerdo cuál de las cinco personas llamó a mi esposa y la citó.*

DELEGATURA: *¿Y en qué momento fue esa llamada?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Fue posterior a esa audiencia pero no tengo el día exacto. Si fue al otro día, si fue al momento, o si fue a los dos días, no lo sé.*

DELEGATURA: *¿Y dónde fue esa reunión?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Centro comercial Gran Estación.*

DELEGATURA: *¿Exactamente en dónde?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Café OMA.*

DELEGATURA: *¿Hay dos cafés OMA dentro de Gran Estación. Dónde queda ese?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Primer piso.*

DELEGATURA: *Ya. ¿Quiénes estaban en esa reunión?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *En esa reunión estaba el señor DAZA, estaba la señora STELLA, estaba el señor FIDEL ALDANA, estaba mi esposa, estaba ALEJANDRO CASTELBLANCO, y no recuerdo si el señor ALBEIRO, ahí la verdad no recuerdo si él estaba o no estaba, no lo recuerdo"⁷³.*

- Declaración de ANDREA ROSAS DÍAZ:

"DELEGATURA: *¿Cuál fue el siguiente contacto entre ustedes?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *De ahí allí días muy próximos al cierre nos volvimos a reunir. El que era muy activo era don Albeiro de Fruvelín. Nos volvimos a reunir en Gran Estación.*

DELEGATURA: *¿Qué día?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *En esa reunión estábamos ya enojados. Fecha límite para presentar la oferta. En la Gran Estación nos encontramos nuevamente don Hugo Nelson*

⁷³ Folio 2961 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 53:04.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Daza, don Albeiro, don Fidel Aldana, la señora Stella Téllez, Andrea Rosas, Alejandro Castelblanco, Fidel Aldana"⁷⁴.

- Declaración de NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:

"DELEGATURA: ¿Y esas observaciones entonces las tuyas y las otras que se pueda acordar fueron acogidas por la entidad?

NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: No señor, todas fueron rechazadas.

DELEGATURA: ¿Qué ocurrió después, sígame contando?

NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: Don Albeiro me volvió a llamar que nos reuniéramos en Gran Estación y me volvió a pedir el mismo favor que llamara a Hugo Nelson Daza"⁷⁵.

- Declaración de RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO:

"RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: (...) Inclusive me llaman y me dicen que nos reunamos en el centro comercial Gran Estación...eh y sé que producto de esa reunión no se presentaron ellos y por eso si ustedes investigan en el proceso marco de precios la única empresa que se presentó fue la mía, porque ellos acordaron..."⁷⁶.

Así mismo, en diligencia de ratificación de la precitada diligencia, **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** confirmó la invitación que le hicieron para asistir a la reunión en el centro comercial Gran Estación, así:

"DELEGATURA: ¿Bueno, devolviéndonos un poquito en la historia, también está acreditado en el curso de la práctica de estas pruebas que el 2 de febrero se realizó una reunión en el centro comercial Gran Estación en el restaurante Oma. Usted tuvo algún conocimiento de esa reunión? A usted lo invitaron a esa reunión?

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: A mí me invitó el señor Hugo Daza.

DELEGATURA: ¿Y qué le dijo el señor Hugo Nelson Daza?

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: Pues él siempre me repetía que el precio no me iba a dar y pues me decía: 'Ingeniero, si usted se presenta la embarra porque entonces ese precio se va a adoptar y no van a subir la fruta'. Nos vamos a reunir en el centro comercial Gran Estación con otras empresas, no me dijo nombre, para hablar del tema, porque no sirve así..."⁷⁷.

- Declaración de LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:

"DELEGATURA: ¿Alguna vez los volvió a ver?

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: Si nosotros nos reunimos otra vez, pero...

DELEGATURA: ¿En dónde?

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: Nos reunimos en un centro comercial. En Salitre Plaza o el que está ahí a lado.

DELEGATURA: ¿Gran Estación?

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: Yo no preciso. Siempre me equivoco con el uno y con el otro.

⁷⁴ Folio 2961 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 2'35:33.

⁷⁵ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 30:22.

⁷⁶ Folio 1592 del Cuaderno Reservado FAC, Min: 45:50.

⁷⁷ Folio 3691 del Cuaderno Público No. 17, minuto 1'06:09.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

DELEGATURA: *¿Es el de la bolita? ¿O como el que uno entra y tiene un ajedrez ahí en la entrada?*

LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO: *No. No. Pero sí fue en esos centros comerciales que están sobre la avenida La Esperanza. Ahí nos reunimos y ahí no creo que hubiéramos estado todos. Yo creo que ahí estuvimos como tres o cuatro. Estuvo Fidel, estuvo DISFRUVER, DAZA y no me acuerdo si estuvo Néstor, no me acuerdo"⁷⁸.*

- Declaración de PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ:

"DELEGATURA: *¿Usted tiene alguna evidencia de algún acta que se suscribió en esas reuniones?*

PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ: *En la reunión de Gran Estación hicieron la reunión allá afuera. Pues ya cuando acabaron la reunión en el OMA salieron de ahí y antes pensaron, intentaron hacer un grupo de WhatsApp, creo que fue la señora Stella quien dijo que no porque hablaban de una evidencia. Yo no sé qué hablaban ahí. Que eso era mejor que lo hablaran. Y las fotos que me mandó mi papá"⁷⁹.*

- Declaración de JOSÉ FIDEL ALDANA FONSECA:

"JOSÉ FIDEL ALDANA FONSECA: *(...) La otra reunión era en el centro comercial La Gran Estación..."⁸⁰.*

Cuando la Delegatura le preguntó a **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** acerca de una reunión posterior a la llevada a cabo el 14 de enero de 2017, ella se dedicó a evadir la respuesta con afirmaciones confusas, tal y como se demuestra en seguida:

"DELEGATURA: *¿En algún otro momento usted tuvo una reunión similar a esta? ¿Se han reunido de pronto en centros comerciales?*

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: *A veces de pronto sí me encuentro con ellos. Como le digo voy a un restaurante y me encuentro con el señor.*

DELEGATURA: *¿En qué restaurante se encuentran?*

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: *No, no me encuentro, que me citen no. Voy a un lugar y ellos están ahí.*

DELEGATURA: *¿Hace cuánto no va a Gran Estación?*

STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ: *Hace como dos meses doctora, no como más reciente porque la última vez me reuní con la señora de, una señora que vende pollo, ella me invitó a almorzar ahí..."⁸¹.*

Nuevamente, la conducta procesal de **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** resulta censurable dado que su versión no concuerda con lo informado por **PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ**. Según el dicho de éste, una vez finalizada la reunión en cuestión, **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** persuadió a los participantes de abstenerse de usar chats de *WhatsApp* con el fin de no dejar evidencia. Así mismo, **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** confirmaron la asistencia de **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** a la reunión del 2 de febrero de 2017 en el establecimiento OMA del centro comercial Gran Estación. A todo lo anterior se suma un registro fotográfico que da cuenta de los asistentes a dicha reunión entre quienes se encuentra el nombre de **STELLA**. Por consiguiente, este Despacho al momento de resolver sobre las sanciones a imponer, no pasará por alto la falta de lealtad procesal mostrada por **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ**, quien de manera sosegada enfocó todos sus esfuerzos en tergiversar y/o ocultar información que a la postre resultó ser notoriamente contraria a su dicho.

⁷⁸ Folio 1602 del Cuaderno Reservado No. 10 LUIS ALBEIRO TORRES, Min: 1'10:31.

⁷⁹ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 28:43.

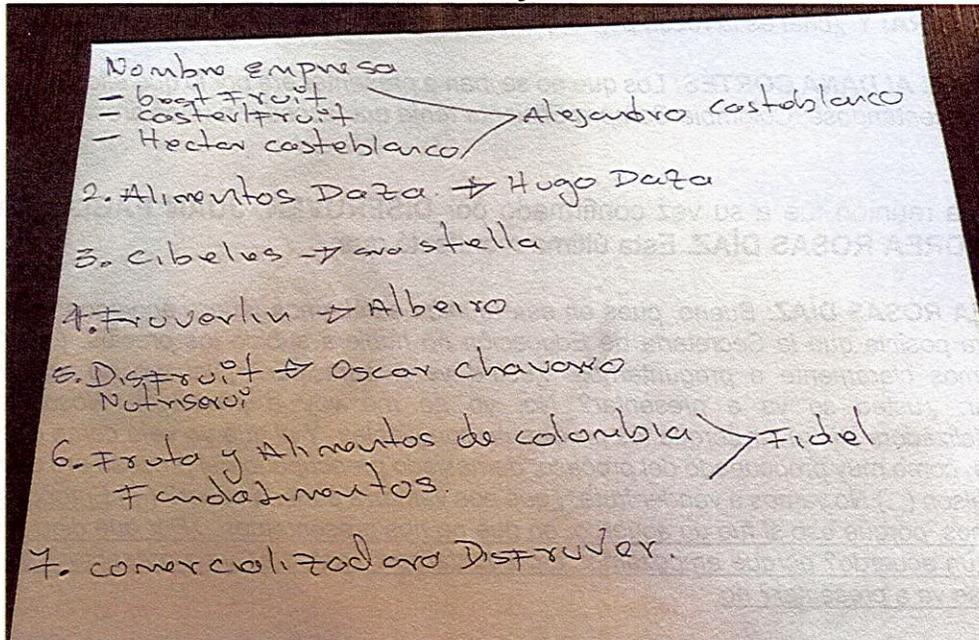
⁸⁰ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 53:15.

⁸¹ Folio 1572 del Cuaderno Reservado No. 4, Min: 6'01:38 Parte I.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

En cuanto al registro fotográfico de notas tomadas por **DISFRUVER**, las cuales fueron aportadas al expediente, se encuentra una lista de asistentes de la citada reunión, como se observa en la siguiente imagen, entre los cuales se destacan **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, en representación de **DISFRUVER**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, en representación de **BESTCOLFRUITS**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, en representación de **ALIMENTOS DAZA**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**, Y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, proveedores de frutas a operadores **PAE**.

Imagen No. 5. Registro fotográfico de notas aportado por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ



Fuente: Folio 2940 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

A partir de todo lo anterior, ha quedado establecido, de manera indiscutible, que el 2 de febrero de 2017, en el restaurante OMA del centro comercial Gran Estación se reunieron **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**.

8.5.1.5. Del propósito de la reunión del 2 de febrero de 2017

El Despacho procederá a mostrar las pruebas obrantes en el expediente que permiten concluir que el objetivo de la reunión llevada a cabo el 2 de febrero de 2017 era realizar un acuerdo anticompetitivo consistente en que ninguno de los asistentes se presentaría como proponente al proceso **LP-AMP-129-2016**.

En ratificación de declaración realizada por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, este declaró lo siguiente:

“DELEGATURA: Entonces cuénteme, ¿qué pasó en esa segunda reunión?

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: No, allá llegamos y el tema era que no se presentara nadie.

DELEGATURA: ¿Cómo? Desarrólleme eso. ¿Cómo así que el tema era eso?

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: El tema era que no, pues para que no se presentara nadie, esa reunión siempre se conoce así, que pues digamos que no presentarse a la licitación.

DELEGATURA: ¿Y esa discusión cómo se dio? Cuénteme.

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: No... muy formal, digamos todos hablaron sobre el tema '¿usted se presenta?, ¿usted se presenta?, ¿usted se presenta?', todos. Me acuerdo de

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

las palabras como si las estuviera escuchando ahorita, 'no, no, no'; de ahí quedó que no se presentaba ninguno (...).

DELEGATURA: ¿Entonces me cuenta, que lo que se discutió en esa reunión fue la no presentación de ofertas?

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: La última reunión fue no presentarse, y quien pues se presentara, pues como quien dice digamos, tendría problemas

(...)

DELEGATURA: Y ¿cuál es la razón por la que manifestaban que no se iban a presentar?

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: Los que no se iban a presentar era por lo que ellos veían que no presentándose, Colombia Compra Eficiente tenía que acceder a unos precios más altos⁸².

El propósito de la reunión fue a su vez confirmado por **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**. Esta última manifestó que:

"ANDREA ROSAS DÍAZ: Bueno, pues en esa reunión estábamos ya era enojados. Que cómo era posible que la Secretaría de Educación no hubiera subido los precios. (...) Y empezamos claramente a preguntarnos: ¿usted va a participar? ¡No!, yo no voy a participar; ¿usted se va a presentar? No, yo no me voy a presentar. Nosotros Comercializadora Disfruver porque los precios no son viables; Y el que yo veía como que pensaba, como muy preocupado del proceso, demasiado preocupado del proceso era don Hugo Nelson (...) No vamos a vender fruta, ¿qué nos vamos a poner a hacer? (...) Entonces acordamos, porque eso sí fue un acuerdo, en que no nos presentamos. ¿Por qué digo yo que fue un acuerdo? porque empezamos a preguntarnos: ¿usted se va a presentar? no. ¿Usted se va a presentar? no.

(...)

DELEGATURA: Y en ese acuerdo para no presentarse, ¿Qué ganaban ustedes con que la entidad se quedara sin proveedor de fruta?

ANDREA ROSAS DÍAZ: Pues había dos posibilidades. Una posibilidad y que nosotros la asumimos, era que la entidad iba a cambiar ese producto, porque desde luego la entidad no se va a quedar desabastecida. Y ya había pasado en otras oportunidades, que simplemente reemplazaban los productos (...). La otra posibilidad era claramente que la entidad tenía que reevaluar los precios, ¿cierto? No, venga, si nadie se presentó, o por lo menos los de la fruta no se presentaron, (...) tengo que incrementar los precios. Venga hago un nuevo estudio de mercado a ver qué fue lo que pasó⁸³.

Por su parte **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** indicó que:

"DELEGATURA: (...) ¿Y entonces, qué se discutió en esa reunión?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: En esa reunión se discutió, eh, hubo una pregunta de si alguien se iba a presentar, entonces eh, cada uno empezó a decir: 'nosotros de parte de Comercializadora DISFRUVER no nos presentamos. Y así alguien preguntó, no recuerdo quién, a cada uno de los asistentes si se iba a presentar.

DELEGATURA: ¿Ya. Y cuál fue la respuesta a esa pregunta?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Que no. Muchos de los que estaban que no. O sea, ninguno dijo sí yo me voy a presentar.

DELEGATURA: ¿Y esa fue una manifestación unilateral o eso fue un acuerdo al que llegaron ustedes después de discutir, pues que no se iban a presentar?

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: Yo creo que fue un acuerdo.

⁸² Folio 3534 del Cuaderno Público No. 16 del Expediente, Min: 50:13.

⁸³ Folio 2962 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 2'37:40.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

DELEGATURA: *¿Usted cree o está convencido?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Estoy seguro que fue un acuerdo.*

DELEGATURA: *Ya, ¿Y cuál era el objeto de dicho acuerdo?*

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: *Que la entidad mejorara el precio”⁸⁴.*

En el mismo sentido, la declaración de **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**, quien señaló que parte del acuerdo consistió en no presentarse, tal y como se presenta enseguida:

“RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: *(...)ehh y sé que producto de esa reunión no se presentaron ellos y por eso si ustedes investigan en el proceso marco de precios la única empresa que se presentó fue la mía, porque ellos acordaron, me llamaron a mí y me dijeron don Ramón sabemos que es una empresa nueva pero no se presente con ese precio que nos van a dar duro”⁸⁵.*

Igualmente, **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** corroboró que en la reunión del 2 de febrero de 2017, los asistentes a la misma manifestaron abiertamente y uno a uno su intención de no presentarse al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, tal y como se aprecia a continuación:

“DELEGATURA: *¿Y entonces qué ocurrió en esa reunión, la que usted me dice que no sabía para qué lo habían citado?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *En esa reunión llegamos y don Albeiro y todos empezaron a hablar del tema de las observaciones y Juan Pablo o Andrea, no recuerdo, dijeron a ese precio yo no me presento, preséntese el que quiera, yo no me presento. Entonces yo les dije: ‘yo no voy a acabar con el capital de mi papá’. Yo tenía claro que no me presentaba y cada uno empezó a decir voluntariamente: ‘yo no me presento’, ‘yo no me presento’”⁸⁶.*

Así, queda demostrado sin duda alguna que el propósito principal de la segunda reunión llevada a cabo por los cartelistas consistió en acordar, como reacción a los pliegos definitivos sin variaciones en los precios, no presentarse al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Lo anterior, con el fin de presionar la ocurrencia de una reacción por parte de la **SED** que llevara a la entidad a realizar un nuevo proceso de selección en el que tuviera que incrementar los precios de las frutas.

8.5.1.6. De la actuación de los investigados en el mercado con posterioridad a la reunión del 2 de febrero de 2017

De acuerdo con lo expuesto en el literal inmediatamente anterior, el Despacho encuentra que el comportamiento de los asistentes a la reunión con posterioridad a la misma resultó coherente con lo acordado en ella. En efecto, ninguno de los participantes del acuerdo se presentó al proceso **LP-AMP-129-2016**, por lo que mediante Resolución No. 1224 del 7 de marzo de 2017, **FAC** resultó siendo, como único proponente, adjudicatario de solo 5 de los 10 segmentos a los que se presentó –conforme con su capacidad y experiencia– y, debido a ello, se dio apertura al proceso **SA-SI-AG-140-2017** para adjudicar dichos segmentos. La apertura de este nuevo proceso de selección significó el que se abandonara el modelo del acuerdo marco y se optara por adjudicar a un solo proponente por medio de un proceso de subasta inversa.

Teniendo en cuenta que los participantes del acuerdo perseguían que los segmentos del grupo de “*frutas y hortalizas*” fueran declarados desiertos para que la entidad contratante se viera forzada a dar apertura a un nuevo proceso de selección que se ajustara a las expectativas de los cartelistas, la presentación de **FAC** fue interpretada por ellos como una “*subversión*” a la concertación de no presentar oferta al proceso **LP-AMP-129-2016**.

Por ahora, cabe concluir que este Despacho, con fundamento en el abundante acervo probatorio hasta aquí examinado, comparte lo concluido respecto de los numerales (i) y (ii) del primer cargo contenido en la Resolución de Apertura de Investigación, según lo cual, **DISFRUVER, ALIMENTOS**

⁸⁴ Folio 2961 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 55:39.

⁸⁵ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 45:50.

⁸⁶ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 32:27.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, NAMASTÉ, ALIMENTOS SPRESS, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y BESTCOLFRUITS contravinieron el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por cuanto se coludieron en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** con el objeto de fijar –directa o indirectamente– los precios y otras condiciones técnicas del segmento correspondiente a "frutas y hortalizas".

Entre los actos constitutivos del comportamiento descrito se incluyen:

(i) Presionar, influir e instigar a **CCE**, mediante la presentación coordinada de observaciones dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**, con el objeto de incrementar los precios de los alimentos integrantes del grupo de "frutas y hortalizas".

(ii) Boicotear el proceso **LP-AMP-129-2016** mediante la concertación para la no presentación de ofertas, con el objeto y el efecto de que la entidad convocante declarara desiertos los segmentos correspondientes al grupo de "frutas y hortalizas" para forzar la apertura de un nuevo proceso de contratación.

8.5.1.7. Sobre la presión e influencia ejercida por algunos investigados para que FAC no presentara oferta en el proceso LP-AMP-129-2016

En relación con el comportamiento de los investigados referido a que presuntamente infringieron el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por presionar, influir y amenazar a **FAC** para que se abstuviera de presentar oferta dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**, el Despacho acoge la posición de la Delegatura con fundamento en la evidencia que emergió luego de examinar los elementos probatorios obrantes en el expediente, tal y como se procede a explicar a continuación.

Obran en el expediente diversas pruebas que permiten observar que previo a que **FAC** presentara oferta dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, recibió presión por parte de diferentes investigados para que se abstuviera de presentarse. A manera de ilustración, en la declaración rendida por **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC**), éste indicó que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) lo llamó, en repetidas ocasiones, para tal propósito, según se aprecia en la siguiente transcripción:

"DELEGATURA: ¿Refiriéndose a las llamadas que le hizo el señor Hugo Nelson Daza (...) yo le pediría a usted que le precise al Despacho si en realidad el señor Hugo Nelson Daza de verdad lo llamó a presionar, o si él le estaba intentando hacer ver había unos costos, que quería ayudarlos como usted dijo, me podría precisar eso?"

***RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO:** mmm para ese momento doctor lo veía como una sugerencia. Eh, simplemente me decía: 'Ingeniero esos precios no dan, no se equivoque que la puede embarrar en eso'. Yo lo veía más como una sugerencia.*

***DELEGATURA:** ¿Eso quiere decir que no se sentía presionado?"*

***RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO:** Me sentí presionado después de que las llamadas eran repetitivas doc, o sea, yo sí lo tomé en principio como sugerencia y pues lógicamente con mucho respeto hacia una persona que lleva muchos años en el sector de las frutas"⁸⁷.*

En la declaración rendida por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**), se aprecia que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** (vinculado con **ALIMENTOS DAZA**) también lo llamó a él para insistir en que **FAC** no se presentara en el proceso de selección. Sobre este punto manifestó:

"DELEGATURA: (...) Don HUGO NELSON DAZA lo llamó –y entiendo que no lo estaba amenazando–, pero, ¿él en algún momento lo llamó para hablarle o persuadirlo de que no se presentara?"

***JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** Sí, claro, claro. Ese tema de que miráramos la forma de que esa empresa **FAC S.A.S.** no se presentara; eso sí, sí, pa' que.*

⁸⁷ Folio 3691 del Cuaderno Público No. 17, Min: 1:05:56 Parte II.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

DELEGATURA: *¿Cuál es la empresa de Don HUGO NELSON DAZA? ¿Cómo se llama esa empresa?*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *Industria de Alimentos Daza”⁸⁸.*

Por su parte, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) informó que ella también sostuvo una conversación telefónica con **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC**) en donde trató de persuadirla de que **FAC** no se presentara dadas las características del proceso de selección, según se aprecia en el siguiente aparte:

“ANDREA ROSAS DÍAZ: *Después de la reunión de Gran Estación, yo llamé a la Doctora Ligia Cobos y le pregunté: ‘¿Doctora usted se va a presentar al proceso? y ella me dijo: pues la verdad es que nosotros no hemos definido. (...); Entonces yo le pregunté: ¿ustedes se van a presentar? Pues nosotros no hemos definido si nos presentamos o no. Entonces, yo le dije, Doctora: esa operación da unos niveles de pérdida muy grande. Yo no sé si ustedes ya hayan hecho el análisis de la negociación pero nosotros que llevamos hartos años vendiendo frutas, doctora, esa operación da pérdida.*

DELEGATURA: *¿Esa llamada fue antes del cierre?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Sí, fue antes del cierre.*

DELEGATURA: *¿Después de la reunión de Gran Estación?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Sí, yo creería que fue después de la reunión. Entonces le dije, doctora ese proceso tiene unos niveles de pérdida muy grandes. Entonces ella dijo, pues la verdad yo le voy a comentar a los directivos que usted me llamó y lo que me comentó. Y yo le dije, bueno listo doctora. Y Ella me preguntó, ¿usted sabe si Daza se va a presentar?; y pues nosotros ya habíamos hecho la reunión, ya habíamos acordado que no nos íbamos a presentar. Yo le dije: doctora, Daza tampoco se va a presentar. Nosotros tampoco nos vamos a presentar, porque es un negocio que da pérdidas. Dijo, ah bueno listo. Yo le voy a comentar, ellos son los que toman la decisión...”⁸⁹.*

Las anteriores declaraciones logran demostrar que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, en beneficio del propósito del cartel, presionaron a **FAC** para que no se presentaran al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. El siguiente paso será entonces examinar la reacción que dicha presión generó al interior de **FAC**.

8.5.1.8. De la reacción de FAC

LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA⁹⁰ indicó que con ocasión de las llamadas recibidas por parte de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, los socios de **FAC** se mostraron inseguros acerca de la presentación de la oferta lo que los llevó a concertar una teleconferencia en donde se discutió lo siguiente:

“LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: *“no, doctora, mejor deje así, no nos presentemos, esos precios ya no están dando, eso fluctuaron. (...) [Intervención de JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS] Yo le cuestiono al señor Fidel, que estaba en teleconferencia, (...) en ese momento estábamos tan enfocados en ¿qué paso?, ¿sí da? Yo lo único que les decía era: revisen precios, si sí les da preséntenlo, no se dejen asustar”.*

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO (representante legal de **FAC**), entregó la siguiente versión respecto de la referida teleconferencia llevada a cabo entre los socios de **FAC**, en la cual, luego de las llamadas telefónicas recibidas por parte de algunos investigados, se revisó nuevamente si la decisión de presentarse al proceso **LP-AMP-129-2016** era adecuada o no, así:

“RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: *(...) en esa llamada, en esa conferencia de llamada, Fidel nos manifiesta que pues ya había conocimiento de que él podía ser proveedor de nosotros y nos comunica por la llamada, que la señora Andrea Rozo [se*

⁸⁸ Folio 3534 del Cuaderno Público No. 16, Min: 1:03:29.

⁸⁹ Folio 2962 del Cuaderno Reservado No. 2 DISFRUVER, Min: 2:51:39.

⁹⁰ Folio 3536 del Cuaderno Público No. 16, Min: 41:08 Parte I.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

refiere a Andrea Rosas] *trata mal a mi empresa, de menospreciarla, que esa empresa de ... Bueno, Fidel nos dijo las palabras ahí, que empresa aparecida, que empresa de no sé qué, que empresa fantasma, él nos comunica y Fidel: 'no que venga, que no se presenten porque es que eso no da'; hasta el mismo Fidel empezó a dudar. Nosotros con la doctora Ligia –Néstor pues, simplemente era un socio capitalista, él no tenía pues, injerencia sobre las decisiones técnicas o jurídicas– pues dijimos con Ligia: 'no, pues presentémonos', yo ya tenía experiencia también comprando fruta, presentémonos que eso nos da, y nos presentamos"*⁹¹.

Del examen de las declaraciones rendidas por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** y **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** es evidente que las afirmaciones efectuadas por los investigados tuvieron la potencialidad de crear entre los socios de **FAC**, en particular respecto de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, incertidumbre acerca de la viabilidad del negocio. Dicha incertidumbre fue mitigada gracias a la contundencia con la que actuaron **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** y **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**, lo que ocasionó que **FAC** se presentara al proceso de selección, presentación que trajo consigo más presiones conforme lo aborda el siguiente acápite.

8.5.1.9. De la presión e influencia ejercida por algunos de los investigados para que **FAC** no subsanara luego de presentar oferta en el proceso **LP-AMP-129-2016**

Luego de que **FAC** decidió presentarse a 10 de los 30 segmentos dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**⁹², los investigados reaccionaron de diversas formas. Una de ellas fue el intercambio de impresiones a través de chats de *WhatsApp* el 3 de febrero de 2017 (fecha límite para presentar oferta en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**), en donde **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y quien asistió a las reuniones) le manifestó a **ANDREA ROSAS DÍAZ**, a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, que le deseaba a **FAC** sus "más hipócritas deseos" para que les fuera bien luego de que alteraran el orden que ellos habían tratado de establecer y que fue burlado con la presentación de la oferta. A continuación los chats que dan cuenta de los mensajes mencionados:

Tabla No. 3 Chats entre **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** con algunos de los investigados

Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y ANDREA ROSAS DÍAZ ⁹³	Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ ⁹⁴	Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ ⁹⁵
<p>"Participantes: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos, [REDACTED]@s.whatsapp.net Disfruver Andrea</p> <p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos Marca de hora: 3/02/2017 15:04(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Con mis más hipócritas deseos para que le vaya bien a esa empresa que fué capaz de subvertir el orden que intentamos establecer y que fué burlado en pos de una pérdida segura.</p>	<p>"Participantes: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos, [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza</p> <p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos Marca de hora: 3/02/2017 15:04(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Con mis más hipócritas deseos para que le vaya bien a esa empresa que fué capaz de subvertir el orden que intentamos establecer y que fué burlado en pos de una pérdida segura.</p>	<p>"Participantes: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos, [REDACTED]@s.whatsapp.net Stella Téllez</p> <p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos Marca de hora: 3/02/2017 15:04(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Con mis más hipócritas deseos para que le vaya bien a esa empresa que fué capaz de subvertir el orden que intentamos establecer y que fué burlado en pos de una pérdida segura."</p>

⁹¹ Folio 3691 del Cuaderno Público No. 17, Min: 50:00 Parte I.

⁹² Según el SECOP II **FAC S.A.S.** presentó su oferta el 03 de febrero de 2017 a las 4:25:07 AM.

⁹³ Folio 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-299.txt", Object Id: "6883240" y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-299.txt

⁹⁴ Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-148.txt", Object Id: 6881823 y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt

⁹⁵ Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Documento identificado con Object Name: "chat-147.txt", Object Id: "6881822" y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-147.txt

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y ANDREA ROSAS DÍAZ ⁹³	Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ ⁹⁴	Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ ⁹⁵
<p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Disfruver Andrea Marca de hora: 3/02/2017 15:05(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Sí señor !!"</p>	<p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza Marca de hora: 3/02/2017 17:38(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Si y ayer nos dijo que no</p> <p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza Marca de hora: 3/02/2017 17:38(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Eso nos dijo José fidel Aldana"</p>	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en la información que reposa a folios 1597 del cuaderno público No. 8.

A su vez, las llamadas telefónicas por parte de algunos investigados tuvieron nuevamente lugar, según lo confirmó **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** (representante legal de **FAC**) así:

“DELEGATURA: ¿Bueno, y después de que ustedes presentan su oferta, y Colombia Compra Eficiente les dice que deben subsanarla, ¿ustedes siguen recibiendo llamadas de esos otros proveedores de frutas?

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: Para ese momento fue más.

DELEGATURA: ¿Fue más? ¿Qué le decían en esas llamadas?

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: Porque es que subsanar eso, era ya quedar ya habilitado, entonces se agudizaron las llamadas en ese momento.

DELEGATURA: Y ¿quién le hacía las llamadas?

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: El que siempre estuvo en contacto fue el señor Hugo, de hecho, para esa época fue digamos los insultos que Fidel nos comunicó de Andrea hacía FAC S.A.S., refiriéndose como una empresa de poco no sé qué, bueno...

DELEGATURA: ¿Qué determinación toman ustedes cuando reciben esas llamadas y él les comenta que pueden tener una pérdida grande si siguen adelante con esa presentación de la oferta?

RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO: Pues no doctora, yo siempre estuve seguro de mis costos, de hecho yo operé abril, mayo y junio⁹⁶.

La versión de **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** fue corroborada por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC**), quien en su declaración indicó que hubo llamadas insistentes para que **FAC** no subsanara los documentos de la oferta, en los siguientes términos:

“LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: Perdón, doctor, antes de eso quisiera de pronto hacer una claridad, que las llamadas después de que nosotros presentamos el cierre, hubo llamadas específicas para que no subsanáramos los documentos.

DELEGATURA: Hubo llamadas específicas para que no subsanaran los documentos, ¿de quién?

LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: O sea, en su momento, de Hugo Daza, y varias comunicaciones que en su momento Don Fidel nos decía: 'me están llamando para que no subsanemos...'

⁹⁶ Folio 3691 del Cuaderno Público No. 17, Min: 1:08:57 Parte I.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

DELEGATURA: *Listo, entonces vamos al momento en que usted presenta la oferta después de las llamadas, y de todo lo que nos ha manifestado y las reuniones. Entonces nos acaba de manifestar que el señor Hugo Daza llamaba a Ramón Eduardo Otálvaro para decirle 'no subsane'; ¿qué ocurre después de eso?*

LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: *Pues obviamente digamos que yo siempre he sido una persona escéptica de tener unos comunicados, y más como se estaban presentando las situaciones en ese momento. Yo le sugerí a ellos que más bien trataran de mantenerse un poco alejados de dar respuesta, porque eran llamadas insistentes, y era mejor como cuando uno sabe que de pronto puede haber algo, mejor alejarse de la situación. En su momento Ramón Eduardo Otálvaro sé que dio contestación a alguna de esas llamadas, pero en explícito él nunca le aseguró que se iba a presentar, que no se iba a presentar, adicionalmente que había la posibilidad en su momento que el señor Daza también nos vendiera, entonces digamos que era un proveedor también que a futuro nos podía dar buenos precios en algunas cosas"⁹⁷.*

En armonía con lo expuesto hasta aquí, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores PAE y actual trabajador de FAC) en su declaración manifestó que él fue contactado por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, con el fin de reprocharle el que FAC se hubiera presentado al proceso de selección y que hubiera resultado adjudicatario de 5 de los 25 segmentos del grupo de las "frutas y hortalizas", como se aprecia a continuación:

DELEGATURA: *¿Usted en su declaración anterior nos comentaba que usted recibió unas llamadas, cuénteme todo sobre esas llamadas?*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *Pues que las llamadas, como sobre que me las pregunta? ¿sobre el tema de las frutas?; sobre el tema digamos que por qué después de que salió favorecido FAC S.A.S., yo tuve unas llamadas digamos un poco delicadas, me regañan a mí, me llama por ejemplo Stella [Téllez Hernández] y me dijo de hasta qué me iba a morir por teléfono, me llamó...*

DELEGATURA: *¿Qué le dijo?, Cuénteme un poquito más.*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *No, ella me decía pues, digamos, 'qué falta de palabra, que qué falta de yo no sé qué', pero es que yo no tengo por qué tener palabra, yo no era, no tenía capacidad de licitar, yo no podía presentarme, entonces seguro porque yo apoyé a la otra empresa [se refiere a FAC S.A.S.], o porque me presenté como el que les di, digamos el aval en la cuestión de que yo sí tenía la fruta, que sí les podía ayudar a conseguir la fruta, los orientaba sobre el tema... La señora de Disfruver [se refiere a Andrea Rosas Díaz] también me llamó, me dijo que me faltaban yo no sé qué cosas por allá abajo, que por qué no me ponía las tetas de ella, esas palabras me las dijo y me colgó el teléfono, entonces digamos esas cositas.*

(...)

DELEGATURA: *Recuérdenos por favor ¿qué fue lo que manifestó la señora Stella Téllez en la llamada?*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *Me regañó y me dijo que yo era una de las personas que nunca me volverían a invitar a una reunión porque me faltaban... y eso se dio así, nunca me volvieron a llamar, ella no volvió a llamar"⁹⁸.*

Una vez más, la precitada versión de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** fue corroborada por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de FAC), quien en declaración se refirió al respecto en los siguientes términos:

LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: *posterior a que presentamos la oferta [FAC S.A.S.], él [José Fidel Aldana Cortés] me muestra varios mensajes de texto, uno de parte de la señora Andrea, donde le hacía, le decía cosas muy agresivas, referentes a la presentación de la oferta, o sea como si él incidiera en el hecho de que nos presentáramos,*

⁹⁷ Folio 3536 del Cuaderno Público No. 16, Min: 48:31 y 51:50.

⁹⁸ Folio 3534 del Cuaderno Público No. 16, Min: 1:01:24 y 1'31:22.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

porque en ultimas pues es él el que nos daba los precios para podernos presentar más económicos de todo el programa...”⁹⁹.

Cuando la Delegatura le preguntó a **ANDREA ROSAS DÍAZ** acerca de las llamadas que algunos de los investigados hicieron a los miembros de **FAC**, ella admitió que en una única oportunidad llamó a **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC**) con el propósito de indagar si **FAC** se iba a presentar pese a los precios de la licitación, tal y como lo permite observar la siguiente transcripción:

“DELEGATURA: *¿En este expediente hay unas declaraciones de unas personas que dicen que usted llamó a los señores de FAC y pues les insistió que no participaran en el proceso 129. Usted hizo alguna llamada en ese sentido? Habló con alguien? Qué le dijo?*

ANDREA ROSAS DÍAZ: *Si señor. Yo en una oportunidad, en una única oportunidad llamé a la doctora LIGIA COBOS y le pregunté, le dije Doctora ustedes van a participar en la licitación? Se van a presentar? Entonces ella me dijo no, pues en realidad yo no sé, yo no he hablado con el Director, no se ha tomado la decisión final, no he hablado con las directivas, yo me encuentro por aquí fuera de la ciudad y entonces no sé. Y entonces yo le comenté, le conté algo que yo ya había escrito en mis observaciones y que pues era público y ya todo el mundo sabía...si llamé a la doctora y le dije, doctora ustedes ya revisaron los precios de la licitación? Los niveles de pérdida son exagerados, no son muy altos, entonces ella dijo pues déjeme que llegue a Bogotá, me reúno con los directivos y yo les comento...me despedí de ella y eso fue absolutamente todo lo que yo le dije y lo recuerdo con claridad que jamás en la vida la amenacé y manifiesto nunca en mi vida he amenazado, ni amenazaré a nadie, porque de solo pensar en eso me produce escalofrío”¹⁰⁰.*

Por su parte, y conforme ha sido característico de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** a lo largo de la presente actuación, cuando la Delegatura quiso indagarle acerca de los acercamientos que ella tuvo con los socios de **FAC**, contrario nuevamente a la evidencia examinada en el presente acápite, se limitó a indicar que no los conocía. A continuación los apartes en cuestión:

“DELEGATURA: *¿No conoce a nadie que trabaje en FAC S.A.S.?*

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ: *No. Que yo conozca es fulano de tal, no doctora.*

DELEGATURA: *¿Sabe usted quién más manifestó estar interesado en proveer los bienes descritos en el grupo de frutas y verduras?*

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ: *Habían varios doctora, otros dos más adicionales de los dos que conozco grandes. Había un señor como costeño.*

DELEGATURA: *¿Sabe usted sobre algún acuerdo, acto, discusión, conversación o cualquier cosa tendiente a perjudicar a los que fueron adjudicatarios, a FAC S.A.S.?*

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ: *No doctora.*

(...)

DELEGATURA: *¿Conoce usted a Pablo Aldana?*

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ: *No me acuerdo de él.*

DELEGATURA: *¿Y a José Fidel Aldana?*

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ: *No. No me suena el nombre”¹⁰¹.*

Tal y como se estableció en la presente Resolución, **DISFRUVER, ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, NAMASTÉ, ALIMENTOS SPRESS, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y BESTCOLFRUITS** contravinieron

⁹⁹ Folio 3536 del Cuaderno Público No. 16, Min: 44:32 Parte I.

¹⁰⁰ Folio 3522 del Cuaderno Público No. 16, Min: 41:46.

¹⁰¹ Folio 1572 Cuaderno Reservado No. 4 ALIMENTOS SPRESS, Min: 6'14:55 y 4'36:09 Partes II y III.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por cuanto se coludieron en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** con el objeto de fijar —directa o indirectamente— los precios y otras condiciones técnicas del segmento correspondiente a "*frutas y hortalizas*". Dicho acuerdo tuvo implicaciones respecto de la sociedad **FAC**, único proponente que presentó oferta al mencionado proceso **LP-AMP-129-2016**.

Es preciso recordar que los participantes del acuerdo buscaban que los segmentos del grupo de "*frutas y hortalizas*" fueran declarados desiertos para que la entidad contratante se viera forzada a dar apertura a un nuevo proceso de selección que se ajustara a las expectativas de los cartelistas. Recuérdesse también que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, actual trabajador de **FAC**, asistió a las reuniones del 14 de enero y 2 de febrero de 2017. Estas dos circunstancias explican la razón por la cual los cartelistas interpretaron la presentación al proceso de selección **LP-AMP-129-2016** como una "*subversión*" y "*desviación*" al acuerdo. También explica la estrategia adelantada por los cartelistas orientada a tratar de presionar e influir a **FAC** para que se abstuviera de presentar oferta o de subsanar la misma.

Este comportamiento resulta seriamente reprochable. Como quedó expuesto, fruto de las llamadas a los socios de **FAC**, ellos tuvieron que convocar a una teleconferencia con el fin de dirimir las preocupaciones que les fueron creadas en torno a la viabilidad del negocio. En particular, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** soportó comentarios acerca de su falta de palabra y llegó a tener serias dudas, las que hizo extensivas a sus socios. Gracias a que sus socios se mostraron asertivos respecto de su posición frente al proceso de selección, decidieron seguir adelante y presentarse al mismo. No obstante lo anterior, hubiera sido aún más lamentable el que esta empresa no se hubiera presentado fruto de la presión de sus competidores.

Por un lado, para **FAC** su libertad de empresa y de elección se hubiera visto limitada. Y, por el otro, el Estado hubiera perdido la posibilidad de contar con un oferente. Y es que, si la estrategia de presión e influencia hubiese llegado a ser totalmente efectiva, no hubieran sido 25 sino 30 los segmentos que hubieran sido declarados desiertos. Además de ello, la posibilidad de ver agentes del mercado compitiendo en materia de precios y servicio habría sido eliminada por completo en detrimento de los usuarios, en este preciso caso, la población estudiantil. De igual modo, al tratarse de una contratación pública, se hubiera privado al sector público de oportunidades genuinas de obtener el verdadero valor del dinero, así como restado aún más integridad al proceso de contratación¹⁰². Esta es una ejemplificación de un detrimento a nivel micro.

A nivel macro, de acuerdo con la extensa literatura al respecto, el daño lo hubiera sufrido la economía. A manera de ejemplo, resulta conveniente aludir a la evidencia empírica que arrojó un estudio adelantado por Crafts (2012), quien luego de analizar la economía del Reino Unido en los años 1950's y 1960's, concluyó que debido a la falta de rivalidad entre los competidores, el rendimiento de la productividad fue claramente impedido. Contrario a lo que aconteció a partir de los años 1980's, en donde la productividad se mejoró como consecuencia del retorno de una competencia más fuerte¹⁰³.

En este orden de ideas, este Despacho encuentra que fruto de la coordinación algunos cartelistas procuraron influir y presionar a **FAC** a fin de que no presentara oferta en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y/o subsanara la misma, y así no ver afectado su deseo de no competencia. Por último, este Despacho extraña el que no se hubiera investigado a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, quien si bien es cierto soportó las llamadas persuasivas de los investigados, también atendió las reuniones del 14 de enero y 2 de febrero de 2017, lo que en últimas generó que los demás cartelistas censuraran su desviación. En tal sentido, se remitirá copia de la presente Resolución a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia con el fin de que evalúe si existe mérito suficiente para iniciar una investigación preliminar contra **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, por haber presuntamente incurrido en las infracciones que se sancionan en el presente acto administrativo. Igual recomendación se hará respecto de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**.

¹⁰² OECD, 'Fighting bid rigging in public procurement. Report on implementing the OECD Recommendation' (2016) 6 <<http://www.oecd.org/daf/competition/Fighting-bid-rigging-in-public-procurement-2016-implementation-report.pdf>> (Revisada 15 Agosto 2019)

¹⁰³ Crafts, N. 'British relative economic decline revisited: The role of competition' in *Explorations in Economic History* (2012, El Sevier) 17-29.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

8.5.2. Sobre el cargo de colusión en el proceso de selección pública SA-SI-140-AG-2017

Tal y como previamente se indicó, **CCE** convocó al proceso de subasta inversa **SA-SI-140-AG-2017** con el objeto de seleccionar los proveedores para todos los alimentos que se declararon desiertos en el proceso de contratación **LP-AMP-129-2016**, entre ellos los correspondientes a los 25 segmentos del grupo de “*frutas y hortalizas*”. La tabla que se expone a continuación recoge los alimentos incluidos en ese nuevo proceso de selección¹⁰⁴:

Tabla No. 4 – Alimentos objeto del proceso SA-SI-140-AG-2017 declarados desiertos dentro del LP-AMP-129-2016

Alimentos	Valor estimado
Galleta tipo waffer	\$686.087.420
Galletas con chips de chocolate	\$1.597.009.527
Gelatina de pata	\$1.199.790.528
Maní con sal	\$1.516.578.048
Mezcla de frutos secos	\$1.497.358.900
Fruta	\$40.429.645.552

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en documentos que obran en los folios 1534 al 1539 del cuaderno público No.8. Proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

De acuerdo con la Resolución de Adjudicación No. 1294 de 1 de junio de 2017 del proceso **SA-SI-140-AG-2017**, el único oferente que presentó oferta para frutas fue la **UTAS**, representada por **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**). La siguiente tabla condensa las características de la oferta:

Tabla No. 5 – Valores económicos del adjudicatario del grupo de frutas para el proceso SA-SI-140-AG-2017

Grupo de alimento	Valor techo	Oferente adjudicado	Propuesta económica
Fruta	\$40.429.645.552	Unión Temporal Alimento Saludable	\$40.416.487.349,60

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en documentos que obran en los folios 1534-1539 del cuaderno público No.8. Proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

Dicha unión temporal se conformó por (i) **ALIMENTOS DAZA**, con un porcentaje de participación de 55%, (ii) **DISFRUVER**, con un porcentaje de participación de 30%; y (iii) **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, con un porcentaje de participación de 15%.

La Delegatura, mediante Resolución No. 53641 del 1 de septiembre de 2017¹⁰⁵ estableció, con fundamento en los elementos de juicio recaudados en la etapa de averiguación preliminar, que **DISFRUVER**, **ALIMENTOS DAZA**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** y **ALIMENTOS SPRESS** se habrían coludido en el proceso de selección pública **SA-SI-140-AG-2017**.

En concepto de la Delegatura, las referidas personas habrían adoptado un comportamiento coordinado encaminado a incrementar las barreras de entrada al proceso de selección, eliminar la competencia entre ellos mediante un abuso de la figura jurídica de la unión temporal y repartirse los beneficios económicos del contrato según su participación en el mercado, todo lo cual, revelaría la renuncia a la rivalidad por los beneficios derivados de la coordinación.

Para la Delegatura, **DISFRUVER**, **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, por instrucciones de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, y **ALIMENTOS DAZA**, conformaron la **UTAS** como resultado de un acuerdo anticompetitivo orientado a generar un escenario de no competencia entre ellos y así restringir la libre competencia en el marco del proceso **SA-SI-140-AG-2017**.

La Resolución de Apertura de Investigación señaló lo siguiente:

“11.2. Cargo segundo: colusión en el proceso SA-SI-140-AG-2017.

¹⁰⁴ Folio 1534 a 1539 del Cuaderno Público No. 8.

¹⁰⁵ Folios 1671 al 1692 del Cuaderno Público No. 9.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 prevé que:

“Artículo 47. Acuerdos contrarios a la libre competencia. Para el cumplimiento de las funciones a que se refiere el artículo 44 del presente Decreto se consideran contrarios a la libre competencia, entre otros, los siguientes acuerdos:

(...)

9. **Los que tengan por objeto la colusión en las licitaciones** o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.

(...)

Respecto del proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** los elementos de juicio recaudados en la etapa de averiguación preliminar indican que **DISFRUVER, ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA, HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO** y **ALIMENTOS SPRESS** se habrían coludido en el proceso de selección pública **SA-SI-140-AG-2017**.

Para tal efecto, las personas referidas habrían adoptado un comportamiento coordinado encaminado a incrementar las barreras de entrada al proceso de selección, eliminar la competencia entre ellos mediante un abuso de la figura jurídica de la unión temporal y repartirse los beneficios económicos del contrato según su participación en el mercado. Todos estos comportamientos, por supuesto, revelan la renuncia a la rivalidad por los beneficios derivados de la coordinación” (Destacado fuera del texto original).

La Delegatura basó su conclusión en tres elementos. La primera, la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**), quien afirmó que el propósito de conformación de la **UTAS** era limitar la competencia entre sus miembros, cuyo aparte se transcribe a continuación:

“DELEGATURA: ¿Cómo surgió la iniciativa, como usted lo manifiesta, de unirse todos?

GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR: Por eso mismo, de por si ellos nos llamaron, venga, es que está eso, pues pensamos que lo más justo porque realmente eran los [competidores] directos (...) son ellos y hay otra persona que pues estuvo entregando constante, y entonces dijimos unámonos pues es más fácil unir fuerzas y todos quedarnos con algo, de por si ya en el lance no íbamos a hacer ocho lanzando y en cambio ahí se reducía la posibilidad que hubieran más competidores en el momento del lance, entonces (...) nos unimos, hicimos una unión temporal cuando llegamos al momento del lance nadie más había participado, entonces ¡uff! fue un descanso porque quedamos adjudicados con el precio máximo”¹⁰⁶.

La segunda, que **DISFRUVER** presentó observaciones a **CCE** respecto de aumentos en el capital de trabajo y patrimonio requeridos como requisitos habilitantes, los cuales tuvieron como propósito incrementar las barreras de acceso al proceso de selección toda vez que incluso quienes las presentaron estaban descalificándose para poder presentar propuestas de forma individual.

Y, la tercera, consistió en que al menos **DISFRUVER** y **ALIMENTOS DAZA**, tenían la capacidad y disposición de presentarse individualmente al proceso de selección pero que decidieron formar parte de la **UTAS** y presionar a **CCE** para aumentar los requisitos habilitantes con el fin de evitar competencia y asegurar que gracias a las barreras de entrada creadas con la imposición de altos requisitos habilitantes solo pudieran presentarse a través de la estructura plural. Todo lo anterior, significó para la Delegatura la configuración de un acuerdo competitivo y, de suyo, un abuso de la figura jurídica de la **UT**.

Sobre el particular, este Despacho se aparta de las conclusiones a las que arribó la Delegatura con fundamento en los argumentos que a continuación se exponen.

Para este Despacho, las tres situaciones arriba descritas no prueban inequívocamente que entre los investigados hubo un acuerdo anticompetitivo. En primer lugar, porque no existen pruebas que demuestren que los investigados se reunieron o discutieron entre ellos la conformación de la **UT** o

¹⁰⁶ Folio 1576 del Cuaderno Reservado No. 8 ALIMENTOS DAZA, Min: 35:13.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

la presentación de observaciones dentro del proceso **SA-SI-140-AG-2017** como una estrategia para limitar la competencia.

En segundo lugar, porque si bien es cierto que la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** señaló que la motivación de **ALIMENTOS DAZA** para la conformación de la **UT** fue la de reducir el número de competidores, también es cierto que otros cinco declarantes en al menos doce oportunidades se refirieron a las condiciones exigentes que imponía el contrato **SA-SI-140-AG-2017**, hecho que los llevó a buscar compartir el riesgo derivado de la ejecución del mismo.

A modo de ejemplo, se cita lo informado por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** en su declaración, así:

“DELEGATURA: ¿Y si usted afirma que de pronto sí, pero estaban ajustado, por qué no se presentaron solos? ¿Para qué presentarse con UT?”

***HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:** Porque es que pues solo uno no, porque es que, pues el...eran pues...es un riesgo porque primero, era la primera vez que uno hacía algo con el Estado y pues el RIESGO es que pues eh siempre es un monto considerable p'acá porque pues aquí tampoco están manejando unas cifras de dinero muy altas entonces uno no, no, no toma ese riesgo de tampoco ir a ser irresponsable y yo, yo lícito y ya y después quedo mal con los proveedores, con todo el mundo, no. Entonces lo hicimos más por ser responsables y hacer las cosas bien”¹⁰⁷.*

En igual sentido, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, quien manifestó que no estaba segura si **DISFRUVER** sería capaz de cumplir con el contrato lo que los motivó a configurar la **UT**, según se aprecia del siguiente aparte:

“ANDREA ROSAS DÍAZ: Finalmente salió el proceso. Para nosotros fue una total sorpresa porque nosotros esperábamos sinceramente que salieran con el mismo modelo por segmentos. Dijimos van a salir los 25 segmentos, cuando salió fue que era una sola operación. Entonces nosotros empezamos a evaluar: caramba! una sola operación, ese es el suministro de toda la fruta de Bogotá. Y uno empezaba a preguntarse, será que uno si es capaz con eso? porque era todo Bogotá...”¹⁰⁸.

Así mismo, **ANDREA ROSAS DÍAZ** en su declaración de ratificación frente a esta Superintendencia indicó que la distribución del riesgo fue determinante para decidir la conformación de la **UT**:

“ANDREA ROSAS DÍAZ: (...) y entonces cuando pensamos en la UT pensamos también en esos riesgos, yo voy a asumir un riesgo pero sólo me da miedo, porque primero DISFRUVER nunca ha hecho un contrato por 40 mil millones, nunca lo ha hecho... unirse con INDUSTRIAS DAZA era estratégico, ellos podían conseguir más frutas que nosotros...luego de eso, no recuerdo bien pero creo ALEJANDRO [refiriéndose a NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA] también nos llama y nos propuso lo de la UT, o sea como era una operación grande, la inquietud de todos era no puedo sólo, entonces tengo que mirar cómo me asocio para poder cumplir con la operación...bueno, y ahí empezaron las reuniones para la conformación de la UT...”¹⁰⁹.

Teniendo en cuenta que en este preciso caso los investigados se enfrentaron a un contrato de 40 mil millones de pesos, con multas diarias por incumplimiento considerables y que las frutas se encuentran expuestas a varios factores exógenos que limitan su producción, distribución y compra, para este Despacho la justificación de haber decidido conformar una **UT** para distribuir el riesgo es entendible y no puede ser descartada. Se repite, ello en ausencia de material probatorio que pruebe que los investigados se encontraron o utilizaron medios tecnológicos para discutir la limitación de la libre competencia, como en el presente caso. Por lo anterior, la declaración de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** no tiene la suficiencia de probar un acuerdo ni de desvirtuar explicaciones sobre la conformación de la **UTAS** relacionadas con compartir el riesgo.

¹⁰⁷ Folio 1576 del Cuaderno Reservado No. 8, Min: 1'18:46.

¹⁰⁸ Folio 2962 Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 3'05:18.

¹⁰⁹ Folio 3522 Cuaderno Público No. 16, Min: 44:05.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

En relación con las observaciones presentadas por **DISFRUVER** y que recoge la tabla que se muestra a continuación, estima este Despacho que, en general, la presentación de observaciones, incluso si provienen de agentes que no presentarán oferta posteriormente, y el contenido de las mismas, es un ejercicio que responde a la plena potestad de los agentes económicos. En el presente caso, el que **CCE** las hubiera aceptado es apenas indicativo de la razonabilidad de los aumentos propuestos y, en cualquier caso, lo único que refleja es que al haberlas aceptado, y si se constituyen como efectivas barreras de entrada –hecho que tampoco se encuentra probado en el expediente–, quien finalmente impuso las barreras fue la entidad y no los agentes de mercado.

Así, dado que el valor total del contrato era de 40 mil millones de pesos, solicitar el aumento de un patrimonio de 0 a 4 mil millones parece razonable, como razonable lo encontró **CCE** que accedió a tal aumento. Igual raciocinio ofrece el aumento del capital de trabajo. Por lo anterior, se insiste, ante la falta de otras pruebas que prueben el acuerdo de manera suficiente, la presentación de observaciones (que entre otras cosas parecen válidas dadas las condiciones del contrato) no le sugieren a este Despacho la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

Tabla No. 6 Modificaciones a los indicadores financieros dentro del proceso SA-SI-140-AG-2017

INDICADORES	PROYECTO PLIEGO DE CONDICIONES – 18 ABRIL	PLIEGO DE CONDICIONES DEFINITIVO – 04 MAYO
LÍQUIDEZ	Mayor o Igual a 0.5	Mayor o Igual a 0.5
ENDEUDAMIENTO	Menor o igual a 96%	Menor o igual 60%
RAZÓN COBERTURA INTERÉS	Mayor o igual 1	Mayor o igual a 1
CAPITAL DE TRABAJO	\$1.000.000.000	\$2.000.000.000
PATRIMONIO	\$0	\$4.000.000.000
UTILIDAD OPERACIONAL/PATRIMONIO	Mayor o igual a 1	Mayor o igual a 0.05%

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio. Con base en información pública contenida en el proyecto de pliego de condiciones y el pliego de condiciones definitivo del proceso SA-SI-140-AG-2017.

Finalmente, para este Despacho la posibilidad que tuvieron **DISFRUVER** y **ALIMENTOS DAZA** de presentarse de manera individual, así como la inclusión de un agente a la **UTAS** que no la tenía, no es indicativo de una colusión. Adicionalmente, el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 sobre la conformación de estas estructuras plurales no califica la calidad de las personas que puedan asociarse para la ejecución de una actividad.

Al respecto, es del caso señalar que el Consejo de Estado ha tenido la oportunidad de analizar la figura de la Unión Temporal bajo la perspectiva de la Administración Pública. En su concepto, el legislador previó la figura de las uniones temporales con el fin de incrementar la participación en los procesos de selección del Estado, “...pues existen personas que no se presentan a las convocatorias, por diversos motivos, entre ellos, se encuentran a que individualmente no reúnen uno o varios de los requisitos exigidos por los pliegos de condiciones, o por el contrario, aunque cumplen con los requisitos para ofertar pretenden con la asociación mejorarlos, o también, se puede presentar el evento que lo que se quiera es distribuir los riesgos...”¹¹⁰. Así como también ha resaltado que “la conformación de integrantes plurales tiene como finalidad ser un instrumento de cooperación entre empresas que requieren asumir conjuntamente una tarea económica, con la finalidad de distribuirse los riesgos que puede implicar la actividad y aunar esfuerzos técnicos, administrativos y tecnológicos”¹¹¹ (Negrilla fuera de texto).

Frente al caso bajo examen, es importante recordar que debido a que el proceso **SA-SI-140-AG-2017** tuvo como objetivo adjudicar los segmentos que se declararon desiertos en el proceso anterior, y a que el mecanismo de selección ya no correspondería a un **AMP** sino a un proceso de agregación de demanda, lo que antes estaba dividido en 30 segmentos para frutas y hortalizas y equivalía a un presupuesto superior a 40 mil millones de pesos, que representaban cerca de 735 mil refrigerios diarios, ahora, y por primera vez desde la existencia del **PAE**, estaba adjudicándose en conjunto.

¹¹⁰ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 1 de julio de 2015. Radicación 68001-23-15-000-1997-12635-01 (30004).

¹¹¹ Consejo de Estado, Sección Tercera, Sala Plena, C.P. Mauricio Fajardo Gómez, Septiembre de 2013.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Lo anterior implicaba un suministro de frutas diario para casi la totalidad de la ciudad de Bogotá en un mercado altamente volátil, estacional y en un proceso en el que, en caso de incumplimiento por parte del proveedor, el mismo estaría sujeto a sanciones de hasta 40 millones de pesos por día incumplido, con lo cual cobraría mayor sentido que los agentes buscaran compartir el riesgo.

Dicho riesgo fue confirmado por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, cuando a la pregunta de la Delegatura sobre si la razón de la conformación de la **UTAS** era aumentar la capacidad de proveer las frutas, respondió:

*"ANDREA ROSAS DÍAZ: (...) No señor, simplemente completar la capacidad de conseguir unidades de fruta y **pues también cubrir los riesgos, pues porque como les conté hace un rato, llevamos como 700 millones en descuentos. Entonces imagínese uno solo con ese nivel de descuentos, no, o sea es imposible, la verdad no creo que nadie sea capaz, ni DAZA, ni nadie. O por lo menos de los que yo conozco, no**"¹¹².*

En igual sentido se refirió **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, quien aludió a que el monto del contrato le significó un riesgo, según se aprecia a continuación:

"DELEGATURA: ¿Y si usted afirma que de pronto sí, pero estaban ajustados, por qué no se presentaron solos? ¿Para qué presentarse con UT?"

***HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:** Porque es que pues solo uno no, porque es que, pues el...eran pues...es un riesgo porque primero, era la primera vez que uno hacía algo con el Estado y pues el RIESGO es que pues eh siempre es un monto considerable p' acá porque pues aquí tampoco están manejando unas cifras de dinero muy altas entonces uno no, no, no toma ese riesgo de tampoco ir a ser irresponsable y yo, yo lícito y ya y después quedo mal con los proveedores, con todo el mundo, no. Entonces lo hicimos más por ser responsables y hacer las cosas bien"¹¹³.*

Así, del análisis del presente caso y de las diferentes razones que llevaron a la conformación de la Unión Temporal, para el Despacho no se encuentra acreditado en el expediente, más allá de duda razonable, que la conformación de la **UTAS** haya sido un mecanismo anticompetitivo creado por los investigados mediante un abuso de la figura jurídica para restringir la libre competencia económica y no que haya obedecido a otros motivos como compartir riesgos. Por todo lo anterior, el Despacho procederá a archivar la investigación respecto de una posible colusión en el marco del proceso de contratación **SA-SI-140-AG-2017**, dada la falta de suficiencia probatoria. Como resultado, todas las observaciones efectuadas por los investigados en relación con el referido proceso no serán examinadas.

NOVENO: Sobre las observaciones de los investigados al Informe Motivado

9.1. Observaciones referidas a las justificaciones presentadas por los investigados respecto de su actuar en el proceso LP-AMP-129-2016

Los investigados presentaron algunos argumentos mediante los cuales pretendieron justificar su conducta en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**. A continuación el Despacho hará referencia a los mismos. Sin embargo, respecto de todos, es importante aclarar que independientemente de si la conducta anticompetitiva tenía una justificación o no, lo cierto es que la misma ya se encuentra suficientemente probada y tipificada como ilegal, de modo que cualquier argumento tendiente a justificarla no tiene la potencialidad de desvirtuar o disminuir la responsabilidad de los investigados.

ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y BESTCOLFRUITS coincidieron en cuestionar los precios fijados por la **SED** en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, por considerarlos incorrectos. En esta medida, indicaron que su comportamiento se debió a una reacción racional ante los precios bajos presentados en el pre-pliego y en el pliego de condiciones y agregaron que el aumento en los precios entre dicho proceso y el proceso **SA-SI-140-AG-2017** no se debió al acuerdo anticompetitivo. Por el contrario, indicaron que la declaratoria de desierto del primer

¹¹² Folio 3522, Cuaderno Público No. 16, Min: 1'57.11.

¹¹³ Folio 1576 del Cuaderno Reservado No. 8 ALIMENTOS DAZA, Minuto 1'18"46.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

proceso y la necesidad de abrir el segundo se debió a los errores de cálculo en los precios de la **SED**.

Para el Despacho el anterior argumento respecto de la justificación para la conformación del acuerdo no tiene validez por cuanto excusar la realización de un acuerdo anticompetitivo en un estudio de mercado que, en su concepto, calculó de forma incorrecta los precios, en nada desdibuja la comisión de la conducta prohibida en el régimen de libre competencia económica. Si bien es cierto que a esta Superintendencia no le corresponde estimar si los cálculos de los precios fijados por la **SED** fueron correctos o si reflejaron la realidad del mercado, no lo es menos que independiente de ello, a los investigados se les está reprochando por su actuar coordinado y concertado y no por su opinión sobre la veracidad de dichos precios.

En el mismo sentido, esta Superintendencia encuentra que el acuerdo que se investiga estuvo orientado a coordinar la no presentación de ofertas con el ánimo de lograr que el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** se declarara desierto, cuyo cometido se logró. En ausencia de tal acuerdo, es posible que las probabilidades de que alguno de los cartelistas se hubiera presentado hubieran sido mayores, pero tal expectativa se redujo en el momento en que los investigados decidieron coordinar sus intenciones de no participar. Por tal motivo, el que la **SED** hubiera incurrido en un error no justifica el acuerdo y tampoco desdibuja que la coordinación de voluntades hubiera generado la declaratoria de desierto.

Adicionalmente, este Despacho estima necesario hacer ciertas precisiones que lo llevan a concluir que, con fundamento en la información obrante en el expediente, resulta imposible poder establecer con certeza si los precios de compra establecidos por la **SED** respecto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** eran correctos o no, o si el aumento en precios observado en el proceso **SA-SI-140-AG-2017** se debió únicamente al acuerdo o existieron otros factores que lo influenciaron. No sin antes recordar a los investigados que los acuerdos colusorios como el aquí probado resultan ser anticompetitivos y estar prohibidos por su objeto.

Como punto de partida, debe indicarse que la **SED** diseñó el estudio de costos del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** con fundamento en cotizaciones provenientes de catorce (14) proveedores, e incluyó la información del Sistema de Información de Precios SIPSA (en adelante **SIPSA**) de los meses de enero a octubre de 2016. El análisis de la información arrojada por estas dos fuentes le permitió a **CCE** y **SED** identificar que las frutas son el único alimento que determina su precio y oferta por las estaciones climáticas del año, razón por la cual lo agruparon y definieron en la ficha técnica como un único alimento. Esto llevó a la **SED** a establecer como precio de referencia \$274.

Teniendo en cuenta que como resultado del proceso **LP-AMP-129-2016** se declararon desiertos 25 de los 30 segmentos relacionados con frutas, la **SED** estimó conveniente abrir el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** y acompañarlo con un estudio de costos actualizado. Para tal fin, se tomaron en cuenta cotizaciones provenientes de cinco (5) proveedores, valga decir, que no resultaron ser exactamente los mismos que cotizaron para efectos de diseñar los precios del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Por otra parte, la vigencia del estudio de costos de la licitación fue del año 2016 y el de la subasta fue del 2017.

Hasta aquí, a la conclusión que se arriba es que no es posible llevar a cabo comparación alguna en torno a los precios establecidos en los procesos de selección antes referidos, debido a que la metodología usada para establecer los precios en uno y otro se fundaron en estudios de costos con proveedores diferentes y, adicionalmente la vigencia de los estudios correspondió a periodos disímiles.

Esta imposibilidad tiene un alcance mayor, consistente en que no resultaría acertado aseverar que el alza de los precios que fue observado en el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** obedeció únicamente al actuar de los cartelistas, por cuanto el cambio pudo deberse, además del acuerdo anticompetitivo ya probado, a factores externos o cambios en el mercado.

En conclusión, el Despacho descarta cualquier justificación presentada por investigados para la conformación del acuerdo colusorio toda vez que las mismas no desdibujan la comisión de una conducta anticompetitiva. Sin embargo, advierte que el aumento en los precios entre uno y otro proceso de selección puede deberse, además de la colusión, a factores propios del mercado, con lo cual no resulta acertado concluir que el aumento del 45% en los precios obedeció exclusivamente

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

al cartel. Por consiguiente, este Despacho se releva de referirse a las observaciones relacionadas con los precios del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

En este punto, el Despacho se permite exhortar a las entidades estatales contratantes, como la **SED**, para que en adelante el diseño y la realización de los estudios de costos cuenten con metodologías claras y precisas de modo tal que sea posible replicar las mismas para (i) establecer de forma concreta cómo se fijaron los precios de referencia y demás variables de competencia en los procesos de selección, y (ii) determinar si los mismos son acordes con la realidad del mercado. Por lo anterior, se compulsarán copias del presente acto administrativo a las autoridades pertinentes.

Por otro lado, **ALIMENTOS DAZA** señaló que para el momento que **HUGO NELSON DÍAZ HERNÁNDEZ** asistió a las reuniones, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** ya tenía clara su posición de no participar si la **SED** no mejoraba el precio de compra, motivo por el cual cualquier reunión orientada a discutir tal aspecto se hacía innecesaria.

Coincide este Despacho en que ciertamente **ALIMENTOS DAZA** y los demás investigados no necesitaban reunirse y ponerse de acuerdo para presentar observaciones si consideraban que los precios no eran acertados. Incluso, algunos de los investigados ya habían presentado individualmente observaciones en tal sentido en la etapa de pre-plegos. En efecto, si cada uno de los investigados hubiera seguido presentado sus observaciones de manera individual, aunque coincidente en torno a la posible inconsistencia del precio de compra u otros aspectos, ello no hubiera merecido ningún tipo de reproche por parte de esta Entidad.

Sin embargo, un actuar que en principio era válido y entendible, se tornó en censurable en el momento en que competidores de quienes se esperaba rivalidad e independencia, decidieron de manera conjunta coordinar sus estrategias comerciales en busca de obtener un propósito común. En este preciso caso, el que se declarara desierto el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y se abriera uno nuevo ajustado a sus aspiraciones.

A pesar de que los investigados tuvieron a su disposición las herramientas que les permitía pronunciarse de manera individual acerca de las condiciones del proceso **LP-AMP-129-2016**, lo cierto es que al concertar y llevar a cabo reuniones para discutir cómo presentar tales observaciones, renunciaron a usar dicho medio legal y, en su lugar, optaron por hacer uso de una herramienta anticompetitiva que no logra justificarse bajo la premisa de que desde antes de llevarse a cabo las reuniones los asistentes ya tenían claro cuál iba a ser su estrategia particular.

Bajo el mismo entendido, tampoco resulta válido afirmar que lo dicho o hecho en las referidas reuniones fue algo *‘absolutamente irrelevante’* considerando que ya **ALIMENTOS DAZA** había tomado la decisión de presentar observaciones. Y es que, no se explica este Despacho cómo agentes de mercado dispensan tanto tiempo y esfuerzos reuniéndose con propósitos *‘absolutamente irrelevantes’*. Por lo tanto, a la única respuesta lógica a la que puede llegarse, que además está plenamente probada, es que ellos buscaban a través de una práctica anticompetitiva coordinar estrategias para manipular las condiciones del proceso contractual. Así las cosas, se rechaza el presente argumento por carecer de fundamento alguno.

Por su parte, **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** excusaron su actuar argumentando que haber contratado bajo las condiciones económicas ofrecidas por el proceso **LP-AMP-129-2016**, se hubiera constituido en una infracción al régimen de contratación estatal.

Si bien esta Entidad no tiene la capacidad de discutir la probabilidad de que haber contratado bajo tales condiciones hubiera tenido la potencialidad de contravenir otros regímenes, sí puede afirmar que en el momento en que los investigados acordaron el tipo de observaciones a presentar, el precio al que la **SED** debía comprar y no presentarse para presionar un nuevo contrato, sí constituyó una violación al régimen de competencia. Se repite, si ellos estaban en desacuerdo con los pliegos del contrato pudieron haber llamado la atención de la autoridad de manera individual y no acudir a estrategias de concertación como la que aquí se censura. En consecuencia, la excusa presentada por los investigados no es de recibo para este Despacho.

DISFRUVER, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** también aclararon que luego de analizar el material probatorio emergió que los investigados *‘cayeron en una trampa’*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

ideada por **FAC**. Sobre el particular, es preciso indicar que del análisis del material probatorio obrante en la presente actuación no llega este Despacho a igual conclusión.

Ahora bien, si en gracia de discusión se admitiera que **FAC** ideó toda esta argucia y que los investigados cándidamente cedieron a toda su iniciativa, ello no le resta responsabilidad a su actuar. No pueden los investigados esperar que esta Entidad excuse su actuar bajo el argumento de que fueron víctimas de un engaño. Recuérdese que estamos frente a agentes de mercado con amplia experiencia, que el objeto de las reuniones permitía establecer con diáfana claridad que se encontraban frente a un actuar ilegal y, peor aún, que sus actuaciones respondieron exactamente con los compromisos que fueron adquiridos por los cartelistas. En consecuencia, la presente observación será desestimada por este Despacho.

Ahora bien, respecto de las reuniones en las que los investigados acordaron sus conductas anticompetitivas, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **BESTCOLFRUITS** manifestaron que la participación directa en la reunión del 14 de enero de 2017 no significó ni implicó aceptar la conformación de un acuerdo colusorio y agregaron que a dicha reunión también asistieron comerciantes, empresarios, productores y proveedores de frutas en Bogotá.

Este Despacho concuerda con los investigados respecto de que la simple asistencia a la reunión no implicó la aceptación del acuerdo colusorio, y por ello mismo, a la conclusión de la existencia y ejecución del mismo se llegó luego de examinar un abundante material probatorio, entre el que se cuentan diversos testimonios, material fotográfico, conversaciones de *WhatsApp* y la evidencia de que los cartelistas honraron los compromisos adquiridos. Así, dado que la práctica anticompetitiva no se derivó de la mera asistencia a la reunión, sino del examen de un variado número de pruebas, la censura de los investigados carece de mérito. Por último, el que otras personas hayan asistido a la citada reunión en nada desvirtúa la conducta competitiva objeto de examen por lo cual dicha afirmación resulta irrelevante para este Despacho.

NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y **BESTCOLFRUITS** señalaron que las reuniones a las que asistieron pueden ser consideradas un preámbulo a la formalización de una Unión Temporal, cuyo desarrollo no va en contravía de la ley.

Este Despacho no comparte la sugerencia ofrecida por los investigados por las siguientes razones. En primer lugar, a lo largo de las declaraciones brindadas por la totalidad de declarantes dentro de la presente investigación en torno a las reuniones llevadas a cabo el 14 de enero y 2 de febrero de 2017, no hubo mención acerca de un ánimo de conformar una Unión Temporal, ni que el propósito de tales reuniones hubiera sido discutir aspectos relacionados con la misma.

En segundo lugar, para el momento en que se llevaron a cabo las reuniones, aún la **SED** no había publicado el proceso de selección **SA-SI-140-AG-2017** en donde algunos de los investigados en efecto sí decidieron conformar una Unión Temporal.

En tercer lugar, del suficiente material probatorio acopiado por la Delegatura en la presente investigación resulta indiscutible que los investigados, con independencia de que (i) hubieran sido seleccionados o contaran con los requisitos habilitantes, (ii) hubieran sido quienes convocaron a la reunión, o, (iii) hubieran tenido un previo conocimiento acerca del propósito de la reunión, a lo largo de las mismas participaron activamente en la discusión de los precios, utilizaron ayudas visuales para hacer más efectiva la discusión, acordaron presentar observaciones –las que en efecto tuvieron lugar conforme se había previsto– y no se presentaron al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, según lo habían concertado. Aún más, asistieron a una segunda reunión, lo cual le revela a esta Superintendencia que en el hipotético caso de que lo discutido los hubiera tomado por sorpresa y no hubieran estado cómodos discutiendo tales asuntos en una primera oportunidad, seguramente no hubieran aceptado una nueva invitación, lo que no sucedió. Todo ello sin lugar a duda descarta de plano cualquier insinuación de que todo este esfuerzo se constituyó únicamente en el preámbulo de una Unión Temporal y que el propósito de las reuniones era coordinar su actuar.

Por último, lo que despeja aún más cualquier duda es la observación presentada por el mismo **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **BESTCOLFRUITS**, según la cual, para el 2 de febrero (un día antes para que se venciera el plazo para presentar oferta) *“la determinación de presentarse o no ya era un hecho, pues con tan solo un día no se puede estructurar todos los requisitos necesarios y suficientes para presentar una oferta conjunta con un aliado”*. Dicha observación orientada inútilmente a demostrar que dado que cada empresa ya había tomado una

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

decisión no era necesario concertar, lo que sí logra es confirmar aún más que haberse reunido como preámbulo de una Unión Temporal no es una explicación viable.

Por todo lo anterior, se rechaza la observación aquí examinada.

NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y **BESTCOLFRUITS** agregaron que la razón por la cual no se presentó la empresa al proceso de selección **LP-AMP-129-2016** se debió a la falta de experiencia y capacidad organizacional y no como resultado de un acuerdo colusorio.

Para este Despacho la aclaración efectuada por los investigados sería válida en ausencia del material probatorio obrante en la presente actuación administrativa, que da cuenta de competidores reunidos debatiendo acerca de las condiciones de un específico negocio, dejando evidencia de tales discusiones, concertando observar bajo unos parámetros y conviniendo no presentarse. Dicha situación fue incluso confirmada por **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** en su declaración de fecha 23 de abril de 2018, así:

"NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: En esa reunión llegamos y don Albeiro y todos empezaron a hablar del tema de las observaciones y Juan Pablo o Andrea, no recuerdo, dijeron a ese precio yo no me presento, preséntese el que quiera, yo no me presento. Entonces yo les dije: 'yo no voy a acabar con el capital de mi papá'. Yo tenía claro que no me presentaba y cada uno empezó a decir voluntariamente: 'yo no me presento', 'yo no me presento'"¹¹⁴.

Dicha declaración da cuenta de dos aspectos. Uno, que los supuestos competidores se permitieron compartir su estrategia de no presentarse y, dos, que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** presentó, como razón para ello, 'no acabar con el capital de su papá', sin que hubiese hecho alusión a falta de requisitos habilitantes. Ahora bien, si realmente **BESTCOLFRUITS** no contaba con los requisitos habilitantes, no entiende este Despacho para qué se desgastó presentando observaciones en los mismos términos convenidos con los cartelistas, ni para qué se involucró en toda esta estrategia anticompetitiva. Lo cierto es que la observación presentada por los investigados carece de sentido y por tanto se rechaza.

Finalmente, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **BESTCOLFRUITS** señalaron que el ejercicio de precios llevado a cabo en el tablero, cuya imagen se presente abajo, respondió simplemente a una comparación entre el precio de venta y los precios de referencia contenidos en el pliego y sus anexos, lo que no implicó una coordinación para realizar observaciones.

Imagen No. 6. Foto de tablero acrílico aportado por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ

Donato C.	112 =	205 - 220	Estudio de Mercado ?
Berono G.	141 =	NO NO	
Ciruela Nel	237 =	430 =	
Dur. 370	551 =	✓	
Granadilla	283 =	400 - 450	— Precio
Zinahona Baby	132 =	260 - 380	— GRAMAJE
Flandama A	204 =	320 =	— MICROBIOLÓGICO
Flango	178 =	300 - 340	— MULTAS DESCUENTOS
Manzana Verde-roja o Uel.	418 =	520 =	— Orden de compra por ciclo
Pera	162 =	460 =	
Uchuva	300 =	520 =	
Uva Isa	320 =	430 =	
Uva Negra	456 =	✓	
	3494 ✓	5172 5218	
Naranja Valencia	→ \$220		
Guayaba	→ \$300		

Fuente: Folio 2940 del Cuaderno Público No. 14 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Este Despacho se aparta de esta observación por cuanto no concibe que competidores se reúnan para discutir aspectos relacionados con un determinado negocio, en este preciso caso, los precios de compra establecidos por la **SED** dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, como respuesta a un simple ejercicio numérico sin significado alguno. Nada más alejado de la realidad que el pretender hacer ver que los asistentes a la reunión se limitaron a comparar precios de compra y venta sin un alcance mayor. Ello por cuanto está claramente establecido, a partir de diferentes testimonios y pruebas documentales, que el propósito era establecer el precio al cual la **SED** debía comprar, entre otras condiciones del contrato, y no presentar oferta con el fin de forzar un nuevo contrato que se ajustara a sus expectativas, circunstancia que fue corroborada con el actuar de los cartelistas quienes presentaron observaciones similares y se abstuvieron de presentar oferta. Se insiste que competidores se reúnan a discutir aspectos propios de un determinado negocio resulta en sí mismo impropio, pero que tales reuniones estén soportadas con material probatorio que conduce a concluir que estaban coordinando su actuar, no deja asomo de duda acerca de que su conducta es contraria a la libre competencia.

Ahora bien, el reproche consistente en que las declaraciones rendidas por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, según las cuales el no incremento en los precios por parte de la **SED** generó la no presentación de ofertas, corresponden a unas apreciaciones subjetivas, respecto de las cuales el resto de los investigados no tuvo el mismo entendimiento. Una vez más, este Despacho resalta que bastaba con el solo hecho de estar reunidos con otros competidores discutiendo aspectos propios de un negocio específico para que los investigados pudieran siquiera sospechar que lo que estaba ocurriendo no era normal, pero que una vez tuvo lugar la discusión de precios y observaciones, éstos a todas luces tuvieron un claro entendimiento del convenio al cual estaban llegando, lo que incluso se tradujo en que sus actuaciones se desarrollaran en línea con lo convenido. Por lo dicho, mal podría asumirse que el acuerdo aquí examinado no pasa de ser una '*apreciación subjetiva*' de algunos investigados y en consecuencia se rechaza la presente observación.

9.2. Observaciones relacionadas con el papel de **FAC** en la conducta investigada

Algunas observaciones que a continuación se analizan están relacionadas con el papel de **FAC** en las reuniones, en los acuerdos realizados en las mismas, así como con la presión o influencia ejercida sobre dicha empresa por parte de los investigados.

En primer lugar, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** discutió la falta de material probatorio orientado a demostrar la existencia de amenazas en contra de los socios de **FAC**. Al respecto, se hace apenas necesario recordar que este Despacho en el numeral 8.5.1.9. del presente acto administrativo, también reconoció la falta de claridad acerca de la estrategia adoptada por los investigados tendiente a amenazar a los socios de **FAC**. Lo que sí encontró claro fue su intención de presionar o influir en su decisión de tomar parte en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. En tal virtud, al coincidir con el investigado acerca de la ausencia de evidencia en torno a las amenazas, no se hace necesario mayor pronunciamiento al respecto.

Por su parte, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** aclararon que ellos jamás se allanaron respecto de este cargo y que lo informado por **ANDREA ROSAS DÍAZ** fue que ella llamó a **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC**) para comentarle que el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** tenía unos niveles de pérdida muy altos. Al respecto, es preciso indicar dos aspectos relevantes. El primero, que este Despacho nunca tomó como punto de partida, así como tampoco hizo referencia a un supuesto allanamiento propuesto por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** a lo largo del análisis del presente cargo. El segundo, que lo que para **ANDREA ROSAS DÍAZ** significó un gesto orientado a hacerle ver a su competidor que el negocio respecto del cual éste mostraba algún interés en participar tenía envueltos niveles de pérdida muy altos, para este Despacho fue una forma de presión o influencia.

Y ello es así, porque resulta bastante difícil de entender que la razón de tal llamada fue el que a **ANDREA ROSAS DÍAZ** la acompañó un noble interés altruista y desinteresado en alertar a uno de sus competidores acerca de los posibles riesgos a los que se podía ver enfrentado en un determinado negocio. Dicho sentido altruista se diluye en el contexto que ya ha quedado establecido en el presente acto administrativo, consistente en que los investigados buscaban que los segmentos del grupo de "*frutas y hortalizas*" fueran declarados desiertos para que la entidad contratante se viera forzada a dar apertura a un nuevo proceso de selección que se ajustara a sus expectativas.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Por tanto, lo que buscaba **ANDREA ROSAS DÍAZ** con ese actuar era proteger el objetivo fijado por los cartelistas buscando influir o presionar a **FAC** a fin de que no presentara oferta en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y/o subsanara la misma, y así no ver afectado su deseo de no competencia. En tal virtud, este Despacho se aparta de los argumentos presentados por los investigados sobre este particular.

De manera similar, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** precisó que él nunca amenazó, presionó o influenció a ningún miembro de **FAC**, y que dicha conducta fue realizada por otros investigados. Sobre el particular, coincide este Despacho con el investigado, a tal punto que dentro de la presente Resolución no se ha hecho indicación alguna respecto de una conducta en tal sentido por parte suya. Sin embargo, si bien el argumento del investigado se encuentra en armonía con lo expuesto por esta Superintendencia, debe en todo caso aclararse que la presión o influencia ejercida por otros investigados tendió a favorecer el objetivo fijado por la totalidad de los cartelistas consistente en que gracias a la declaratoria de desierto se diera apertura a un proceso de selección conforme a sus expectativas. En los anteriores términos se atiende la observación formulada.

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ aclaró que ella no amenazó ni presionó a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** para que **FAC** dejara de participar en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y que **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** de manera categórica informó que no recibió ninguna llamada de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**. Sobre el particular, reitera este Despacho que el material probatorio recaudado en las presentes actuaciones dio cuenta que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**) en su declaración manifestó que él fue contactado por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, con el fin de reprocharle el que **FAC** se hubiera presentado al proceso de selección y que hubiera resultado adjudicatario de 5 de los 25 segmentos del grupo de las “*frutas y hortalizas*”, como se aprecia a continuación:

“DELEGATURA: ¿Usted en su declaración anterior nos comentaba que usted recibió unas llamadas, cuénteme todo sobre esas llamadas?”

*JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: Pues que las llamadas, como sobre que me las pregunta? ¿sobre el tema de las frutas?; sobre el tema digamos que por qué después de que salió favorecido **FAC S.A.S.**, yo tuve unas llamadas digamos un poco delicadas, me regañan a mí, me llama por ejemplo **Stella [Téllez Hernández]** y me dijo de hasta que me iba a morir por teléfono, me llamó...*

DELEGATURA: ¿Qué le dijo?, Cuénteme un poquito más.

*JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: No, ella me decía pues, digamos, 'qué falta de palabra, que qué falta de yo no sé qué', pero es que yo no tengo por qué tener palabra, yo no era, no tenía capacidad de licitar, yo no podía presentarme, entonces seguro porque yo apoyé a la otra empresa [se refiere a **FAC S.A.S.**], o porque me presenté como el que les di, digamos el aval en la cuestión de que yo sí tenía la fruta, que sí les podía ayudar a conseguir la fruta, los orientaba sobre el tema... La señora de **Disfruver** [se refiere a **Andrea Rosas Díaz**] también me llamó, me dijo que me faltaban yo no sé qué cosas por allá abajo, que por qué no me ponía las tetas de ella, esas palabras me las dijo y me colgó el teléfono, entonces digamos esas cositas.*

(...)

*DELEGATURA: Recuérdenos por favor ¿qué fue lo que manifestó la señora **Stella Téllez** en la llamada?*

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: Me regañó y me dijo que yo era una de las personas que nunca me volverían a invitar a una reunión porque me faltaban... y eso se dio así, nunca me volvieron a llamar, ella no volvió a llamar”¹¹⁵.

Cabe advertir que cuando la Delegatura quiso indagarle a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** acerca de los acercamientos que ella tuvo con los socios de **FAC**, ésta, contrario nuevamente a la evidencia examinada, se limitó a indicar que no los conocía. **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, a más de observar una tendencia a evadir las preguntas formuladas por la Delegatura o a presentar versiones

¹¹⁵ Folio 3534 del Cuaderno Público No. 16, Min: 1:01:24 y 1'31:22.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

contradictorias, no concurrió a audiencia de ratificación en la fecha programada alegando enfermedad y presentando la excusa médica correspondiente¹¹⁶ y posteriormente cuando habiendo sido reprogramada dicha audiencia a la misma no se presentó ella ni su apoderado y no explicaron las razones de su inasistencia¹¹⁷. Por cuanto su inasistencia no le permitió brindar una versión diferente a la brindada por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, y dada la tendencia de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** a brindar versiones sin apego a la verdad, este Despacho procede a tomar por cierto el dicho de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**.

En tal virtud, este Despacho mantiene lo señalado en el numeral 8.5.1.9. del presente acto administrativo, según el cual está probado que algunos investigados, entre ellos **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, procuraron influir y presionar a **FAC** a fin de que no presentara oferta en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y/o subsanara la misma, y así no ver afectado su deseo de no competencia y, en consecuencia, se abstiene de dar prosperidad a la observación presentada por la investigada.

Por otro lado, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **BESTCOLFRUITS** censuraron que se tenga como plena prueba de la presión o influencia ejercida sobre **FAC** el que los investigados hayan presentado observaciones o no hayan presentado oferta. Sobre este particular, encuentra este Despacho que ni la Resolución de Apertura de Investigación, ni el Informe Motivado, así como tampoco el presente acto administrativo dan cuenta de que la conducta de presión o influencia se fundamentó en el hecho de que los investigados presentaran observaciones o dejaran de ofertar. Por el contrario, está claramente establecido que la conducta se soportó y probó a través de varias declaraciones por parte de los socios de **FAC** que recibieron llamadas por parte de algunos investigados con el propósito de influir sobre su decisión de presentarse al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, así como de las declaraciones de quienes efectuaron las llamadas. Como consecuencia, el argumento aquí examinado no está llamado a prosperar.

Por último, **DISFRUVER**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** censuraron la validez del ejercicio contable adelantado por la Delegatura que le permitió concluir que **FAC** obtuvo utilidades en el contrato celebrado con la **SED**. Su inconformidad se fundamentó en que para poder analizar la estructura de costos de **FAC** debieron haberse incluido los precios de compra de todos los tipos de fruta y no solamente el de las peras, que los estados financieros con corte a 31 de mayo de 2017 mostraban pérdidas y que prueba de ello fue el aumento de precios autorizado por la **SED** durante la ejecución del contrato.

Sobre este particular, este Despacho encuentra que el ejercicio realizado por la Delegatura permite arribar a la conclusión de que el precio al cual le era posible a **FAC** comprar la fruta durante los meses analizados era inferior al precio al que le vendió dicha fruta a la **SED**. No obstante lo anterior, y tal y como lo resaltan los investigados, para concluir sobre las utilidades de **FAC** en la operación, así como para comparar su situación financiera con la de los investigados, debe realizarse un ejercicio con mayor información y robustez que el presentado. Así, el alcance que tiene el ejercicio en concepto de este Despacho es el de demostrar que durante abril y mayo de 2017 la empresa sí logró comprar su materia prima a precios unitarios menores a los de venta.

Ahora bien, en relación con la actualización de precios de que fue objeto el contrato suscrito entre **FAC** y la **SED**, según **CCE** dicho aumento obedeció a las condiciones del mercado y a las condiciones particulares del mismo. Del análisis del material probatorio recaudado en tal sentido, no logra esta Despacho concluir que la actualización del precio obedeció a un error en la determinación del mismo, tal y como así lo afirman los investigados, ni tampoco puede establecer si los precios eran correctos o no, como tantas veces se ha indicado a lo largo de la presente Resolución. Por lo tanto, se aparta este Despacho del argumento presentado por los investigados según el cual la actualización de precios de que fue objeto el contrato suscrito entre la **SED** y **FAC** responde inequívocamente al error por parte de la **SED** en la determinación de los precios iniciales. Ahora bien, se insiste, con independencia de que no sea posible establecer si el precio de compra establecido por la **SED** fue acertado, o de que el negocio hubiera sido o no rentable para **FAC**, ello no significa que el comportamiento adelantado por los investigados tenga justificación ni desvirtúe su ilegalidad.

¹¹⁶ Folio 3442 a 3445 del cuaderno público No. 16. Acta de no comparecencia a la audiencia de ratificación de testimonio de Stella Téllez Hernández de 19 de abril de 2018.

¹¹⁷ Folio 3677 y 3678 del cuaderno público No. 16. Acta de no comparecencia a la audiencia de ratificación de declaración de Stella Téllez Hernández de 04 de mayo de 2018.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

9.3. Observaciones referidas a la potencialidad de la conducta de limitar la libre competencia y sus efectos en el mercado

Los investigados también presentaron observaciones relacionadas con los efectos de la conducta y la afectación a la libre competencia con la comisión de la misma.

En primer lugar, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, ALIMENTOS SPRESS y NAMASTÉ** indicaron que la coordinación en la presentación de las observaciones no tuvo ningún efecto disuasivo frente a la **SED**, ya que las mismas no fueron tenidas en cuenta, lo que confirma que no sirvieron como medio de presión.

Para este Despacho es claro que, contrario a lo estimado por los investigados, su acuerdo orientado a coordinar la presentación de ofertas logró que 25 de los 30 segmentos del proceso **LP-AMP-129-2016** fueran declarados desiertos y, en consecuencia, que se hubiera abierto el proceso **SA-SI-140-AG-2017**. Por tanto, al haber quedado establecido que la presión ejercida por los cartelistas logró su cometido, descarta este Despacho los argumentos presentados por los investigados en otro sentido.

DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ precisaron que se hacía necesario que todas las empresas con capacidad de ofertar hubieran tomado parte en el acuerdo para que el mismo hubiera tenido la capacidad de restringir la libre competencia.

Este Despacho no comparte el argumento de los investigados por las siguientes dos razones. En primer lugar, el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no establece tal condición, así como tampoco existe una posición por parte de esta Superintendencia, ni vía jurisprudencial, que indique que los acuerdos anticompetitivos tendrán lugar únicamente cuando la totalidad de los agentes del mercado hagan parte del mismo. Ha habido casos de carteles en mercados donde existe una amplia participación de agentes de mercado en donde un reducido número de ellos decide coordinar su actuar y les ha significado a estos una sanción a la luz del régimen de competencia. Y es que pretender incluir como requisito de sanción la participación en un acuerdo de todos los agentes del mercado sería tanto como hacer nugatoria la facultad de vigilancia y control de la autoridad de competencia, alcance que el legislador ciertamente no contempló. Refuerza lo anterior la reciente decisión adoptada por esta Superintendencia en donde se tuvo oportunidad de indicar que a pesar de que la totalidad de cartelistas no fueron investigados, ello no invalidó lo actuado o desvirtuó la conducta anticompetitiva¹¹⁸.

En segundo lugar, contrario a lo afirmado por los investigados, para este Despacho ha quedado claramente establecido el objeto del acuerdo y sus efectos. Uno de ellos, que incidió en la voluntad de los cartelistas quienes en ausencia del acuerdo posiblemente hubieran decidido presentarse. Otro, el que la **SED** vio limitado el número de ofertas dada la coordinación, lo que trajo consigo que 25 segmentos fueran declarados desiertos y posteriormente recogidos en un nuevo proceso de selección. Por lo expuesto, este Despacho no acoge los argumentos presentados por los investigados.

Por su parte, **ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** señalaron que su decisión de observar sobre el precio de compra establecido por la **SED** tanto en los pliegos de condiciones como en los pre-pliegos permite apreciar que existió coherencia y que observar el precio en la etapa de pliegos fue una respuesta inmediata a la falta de atención por parte de la **SED**.

Encuentra este Despacho que en efecto pudiera existir cierta coherencia entre las observaciones presentadas durante las etapas de pre-pliegos y pliegos y que, haber presentado nuevamente la misma observación en la etapa de pliegos hubiera respondido a una respuesta apenas lógica y entendible. No obstante, la coordinación en la presentación de observaciones ciertamente no se constituyó en una respuesta lógica ni aceptable. Se repite, no existe justificación alguna para que los investigados hubieran concertado el tipo de observaciones a presentar, incluso si ellas fueran congruentes o válidas, y menos aún para que hubieran decidido abstenerse de ofertar con el fin de presionar que se declarara desierto el proceso **LP-AMP-129-2016**. Por tal motivo, la coherencia o validez de las observaciones presentadas en las etapas de pre-pliegos y pliegos en nada desvirtúan ni justifican el acuerdo anticompetitivo que aquí se examina.

¹¹⁸ Resolución 35208 del 9 de agosto de 2019.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

9.4. Argumentos relacionados con la responsabilidad de los agentes de mercado o las personas naturales facilitadoras de la colusión

NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA pretendió aclarar que la participación de algunos investigados en las reuniones no fue fehaciente, que específicamente él no realizó ninguna actividad de coordinación con los demás investigados, que el objeto de la reunión era encontrar la manera de continuar compitiendo en el mercado de refrigerios escolares en Bogotá y, en el preciso caso de **BESTCOLFRUITS**, la reunión ofrecía una oportunidad para buscar aliados estratégicos ya que no contaba con la experiencia requerida para ser proponente individual en el proceso **LP-AMP-129-2016**. Así mismo señaló que se trató de una coincidencia el que los investigados se encontraran en dichas reuniones. El Despacho se referirá a cada una de estas aclaraciones en el mismo orden en que fueron presentadas con el fin de exponer las razones por las cuales se abstiene de acogerlas.

En relación con la fehaciente participación observada por parte de algunos de los actores objeto de investigación, cabe precisar que la Delegatura no le endilgó a los investigados tal condición. En particular, respecto de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** no existe pronunciamiento alguno que indique que su participación fue sobresaliente respecto de los demás. Por consiguiente, encuentra este Despacho que el reparo carece de fundamento, sin embargo, se aclara que la ausencia de calificativos sobre la participación no significa que la conducta de los investigados haya sido más o menos reprochable, pues para esta Superintendencia todos de manera consciente acordaron una estrategia anticompetitiva que incluso logró tener efectos en el mercado.

Frente a la afirmación consistente en que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** no realizó ninguna actividad de coordinación con los demás investigados, reitera este Despacho que a lo largo de la presente actuación no le ha sido endilgado a este un rol predominante en la conformación del cartel. Efectuada la anterior precisión, valga también aclarar que para esta Superintendencia está suficientemente demostrada su asistencia a las reuniones llevadas a cabo el 14 de enero y 2 de febrero de 2017, tal y como así quedó establecido en los numerales 8.5.1.1. y 8.5.1.4. de la presente Resolución. Ha quedado también claramente establecido que el propósito de la reunión del 14 de enero de 2017 fue (i) compartir información sobre los precios de las frutas; (ii) llegar a un consenso sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable para los presentes en la reunión; y (iii) acordar la presentación de observaciones coordinadas con el propósito de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

Dicho propósito fue confirmado por el propio **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** quien, indicó que durante la reunión se discutió a cómo estaba el precio de la fruta en el mercado, a cómo la había sacado la Secretaría de Educación y acerca de observar, en los siguientes términos:

“DELEGATURA: *¿Para qué hacían eso?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Yo creo que un ejercicio económico, todos manejamos frutas, hizo un ejercicio económico.*

DELEGATURA: *¿Pero para qué?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Para saber a cómo estaba el precio del mercado y a cómo lo había sacado la Secretaría en la página.*

DELEGATURA: *¿Y así como usted me dice que iban a hacer observaciones sobre la naranja, entonces mencionaron algo sobre hacer observaciones al pliego de condiciones?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Sí a los precios. Independientemente, pero digamos que ninguno dijo es que usted o usted qué hacer. Todo fue muy general, hagamos observaciones sobre el precio a ver si Secretaría realiza un buen estudio de mercado.*

DELEGATURA: *¿Sígame contando, qué pasó después?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Después todos hablamos sobre los precios, sobre los productos que cada uno podía observar. Observar no, sino ofrecer, y ya después se terminó la reunión.*

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

(...)

DELEGATURA: *¿Cuándo ustedes nos hablan que hubo un tablero y que en el tablero se colocaron distintos precios, era más como un intercambio de información entre competidores o tenía claramente la intención de verificar si a todos y cada uno le servía?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *Nosotros hicimos como un ejercicio económico, Don ALBEIRO fue el que la dirigió. Empezamos a ofertar frutas. Don HUGO ofertó banano, señor TORRES ofreció naranja y mandarina, Don ALBEIRO ofreció mango, yo ofrecí naranja y pera, DISFRUVER y ANDREA hablaban de toda la fruta, el mismo ALBEIRO puso los precios de Secretaría y sacó un promedio y el mismo dijo: ¿qué vamos a hacer? Cuando doña STELLA dijo: observemos. El anotó [en el tablero] observemos”¹¹⁹.*

En efecto, esta Superintendencia logró establecer que **BESTCOLFRUITS** formuló observaciones relacionadas con los precios, indicando que los mismos no correspondían con la realidad económica (ver Tabla No. 2 del presente acto administrativo). Ahora bien, en torno a la reunión llevada a cabo el 2 de febrero de 2017, logró evidenciarse que el propósito de la reunión fue acordar, como reacción a los pliegos definitivos sin variaciones en los precios, no presentarse al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, tal y como así lo confirmó **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** en su declaración:

DELEGATURA: *¿Y entonces qué ocurrió en esa reunión, la que usted me dice que no sabía para qué lo habían citado?*

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: *En esa reunión llegamos y don Albeiro y todos empezaron a hablar del tema de las observaciones y Juan Pablo o Andrea, no recuerdo, dijeron a ese precio yo no me presento, preséntese el que quiera, yo no me presento. Entonces yo les dije: ‘yo no voy a acabar con el capital de mi papá’. Yo tenía claro que no me presentaba y cada uno empezó a decir voluntariamente: ‘yo no me presento’, ‘yo no me presento’”¹²⁰.*

Sobre este punto, ha quedado también establecido que **BESTCOLFRUITS** no presentó oferta dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Todo lo anterior lleva a este Despacho a concluir que el propósito de las reuniones fue tan claro, conforme así lo corroboró **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** en sus declaraciones, que el actuar de **BESTCOLFRUITS** respondió inequívocamente a los compromisos del acuerdo. Por lo tanto, este Despacho rechaza el argumento según el cual **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** no realizó ninguna actividad de coordinación con los demás investigados.

En relación con el argumento según el cual el objeto de la reunión era encontrar la manera de continuar compitiendo en el mercado de refrigerios escolares en Bogotá, resta señalar que no comparte este Despacho dicha afirmación. Ello por cuanto no encuentra explicación alguna el que agentes de mercado interesados en tomar parte en un determinado proceso de contratación pública se reúnan en diferentes oportunidades con el fin de discutir sus estrategias comerciales. De haber tenido realmente un ánimo competitivo, escenarios como el descrito no tendrían lugar. Se insiste, concertar observaciones y no presentarse lejos está de considerarse una ‘manera de continuar compitiendo’, por el contrario, responde inequívocamente a una intención de no competencia.

En cuanto a que las reuniones le ofrecían una oportunidad a **BESTCOLFRUITS** para buscar aliados estratégicos ya que no contaba con la experiencia requerida para ser proponente individual en el proceso **LP-AMP-129-2016**, encuentra este Despacho que este argumento no fue expuesto en la declaración ofrecida por **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**. Y, en todo caso, lo cierto es que la evidencia que ofrece el material probatorio obrante en el expediente permite concluir que, con independencia de que los investigados hubieran llegado o no a la primera reunión con una idea clara acerca de su convocatoria, los términos de lo discutido fueron transparentes y su consecuente actuar se alineó con los compromisos acordados, por lo que pretender convencer a esta Superintendencia de que **BESTCOLFRUITS** asistió a dichas reuniones con un ánimo netamente comercial resulta infructuoso.

¹¹⁹ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 26:41 y 2’31:17.

¹²⁰ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 32:31.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Por último, nada más alejado de la realidad afirmar que se trató de una coincidencia el que los investigados se encontraran en dichas reuniones. Se insiste, no puede adjudicarse al azar el que los asistentes hubieran llegado a un consenso sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable, acerca de la presentación de observaciones coordinadas con el propósito de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y acordar no presentarse al proceso de selección con el objeto de presionar la creación de uno nuevo. Así como tampoco es de recibo aceptar que no hubo una intención deliberada de coordinar la presentación de observaciones, sino que ello simplemente obedeció a una idea expresada por uno de los participantes, o encontrar justificación alguna en indicar que la reunión no trató exclusivamente del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Debe resaltarse que no encuentra una explicación lógica el que competidores se reúnan en diversas oportunidades y ello responda a una simple coincidencia o a un escenario en donde los asistentes se limitan a expresar ideas sin propósito alguno. Valga añadir, que tan no se trató de una coincidencia que existe evidencia que da cuenta de la citación a las reuniones vía *WhatsApp*. Por lo anteriormente expuesto, este Despacho rechaza los argumentos aquí examinados.

Por su parte, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** argumentó que carece de responsabilidad en el presente caso dado su escaso conocimiento acerca de los procesos licitatorios adelantados por **DISFRUVER** y de los efectos restrictivos de la competencia generados con tales decisiones.

Dicha observación le merece a este Despacho dos precisiones. La primera, llama la atención que a pesar de que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** en su escrito de descargos radicado en esta Entidad el 28 de septiembre de 2017 se allanó al cargo relacionado con el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, ahora pretenda convencer a esta Superintendencia acerca de su ausencia de responsabilidad. La segunda, que si bien su participación en la elaboración de los procesos licitatorios adelantados por **DISFRUVER** pudo haber sido limitada, lo cierto es que la dinámica de las reuniones a las que él asistió fue tan clara que desde el primer momento en que junto con sus competidores empezaron a discutir los precios a los cuales la **SED** debió haber comprado la fruta, fácilmente él pudo buscar mecanismos para terminar con su participación en dichas reuniones.

Sin embargo, éste optó por continuar en la primera reunión, decidió asistir a una segunda y, permitió que **DISFRUVER** cumpliera con los compromisos adquiridos en términos de contenido de las observaciones y de no presentar oferta. Por tal motivo, resulta bastante improbable que luego de haber estado reunido con sus competidores en dos ocasiones, considerando aspectos relacionados con un específico negocio y llegando a ciertos acuerdos, pueda ahora excusar su actuar en un escaso conocimiento. Lo cierto es que, un buen hombre de negocios, hubiera sido más cauto en su actuar y, por ende, su observación no está llamada a prosperar.

Finalmente, **ALIMENTOS SPRESS**, **NAMASTÉ** y **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** señalaron que tales empresas no contaban con capacidad jurídica para participar en el grupo de frutas, en tanto que la primera se dedica a la panadería y la segunda a los lácteos. Sobre el particular, comparte este Despacho la conclusión a la que arribó la Delegatura consistente en que la presentación de observaciones sobre aspectos relevantes en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, como lo es el precio de referencia de las frutas –por parte de **NAMASTÉ**– y su participación en la audiencia de asignación de riesgos –por parte de **ALIMENTOS SPRESS**–, reveló el interés que le asistía a **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**), **NAMASTÉ** y **ALIMENTOS SPRESS** en la licitación referida, comportamientos que corresponden con aquellos concertados en el acuerdo anticompetitivo. En tal sentido, el que las referidas empresas no contaran con capacidad jurídica para participar en el grupo de frutas, en nada desvirtúa el comportamiento desplegado por **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** en el acuerdo anticompetitivo.

Este Despacho también se aparta del argumento según el cual **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** asistió a las reuniones en calidad de Presidenta Seccional de **ACODÍN** buscando promocionar un congreso de **ACODÍN** que se realizaría en agosto de 2017, por lo que su conducta no vinculaba a **ALIMENTOS SPRESS** ni a **NAMASTÉ**. Lo anterior, por cuanto según se ha establecido a lo largo de esta Resolución, **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) jugó un rol activo en la reunión celebrada el 14 de enero de 2017 al recomendar la presentación de observaciones en el proceso de selección como estrategia para presionar o hacer “recapacitar”¹²¹, sugerir el no uso de chats para evitar dejar evidencia de las

¹²¹ Folio 2962 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 1:49:17.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

reuniones¹²² y contactar telefónicamente a algunos miembros de **FAC** con el fin de influir en su decisión de presentar oferta¹²³. Dicho comportamiento contradice la idea de que su participación se limitó a actuar en representación de **ACODÍN**, pues lo cierto es que actuó como interesada en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y como miembro activo del cartel.

Incluso, de llegar a aceptarse que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) presentó información relativa a un congreso de **ACODÍN**, lo cierto es que dicha circunstancia no logra desvirtuar que el propósito principal de la reunión se tornó en coordinar el comportamiento de competidores e interesados en el proceso de selección enunciado.

En torno a la vinculación de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** con **NAMASTÉ**, y la relación de esta última con **ALIMENTOS SPRESS**, empresa de la cual es representante legal la primera, encuentra este Despacho que el material probatorio presentado por la Delegatura muestra con suficiencia la existencia de la misma. Por un lado, **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**), afirmó que **NAMASTÉ** era una empresa de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, en los siguientes términos:

"DELEGATURA: ¿Cuáles de esas personas que fueron a la reunión están vinculadas con Namasté Food S.A.S.?"

ANDREA ROSAS DÍAZ: Pues como yo les había comentado anteriormente, Doña Stella tiene una empresa, que yo sepa, que es Namasté, que vende quesos"¹²⁴.

Y por otro, **NAMASTÉ** dentro del pliego de condiciones del proceso **LP-AMP-129-2016** presentó observaciones consistentes en la inclusión de la naranja, reflexión que fue propuesta precisamente por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada con **NAMASTÉ**) dentro de la reunión anticompetitiva llevada a cabo el 14 de enero de 2017, según lo declaró **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** (representante legal de **BESTCOLFRUITS**)¹²⁵ en etapa probatoria. Todo lo anterior, permite concluir que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** tiene la capacidad de tomar parte directamente en la administración de **NAMASTÉ**, y por ende controlarla competitivamente, motivo por el cual la no participación del representante legal de **NAMASTÉ** en dicha reunión no era un requisito indispensable para comprometer la responsabilidad de la empresa.

En virtud de lo expuesto, este Despacho no acoge las observaciones formuladas por los investigados.

9.5. Argumentos relacionados con el control competitivo de HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ sobre ALIMENTOS DAZA

ALIMENTOS DAZA, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** indicaron que no existen pruebas que acrediten que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** actuó en nombre y representación de **ALIMENTOS DAZA**, motivo por el cual censuraron el que la Delegatura le hubiese atribuido a éste la condición de 'controlante por influencia' de dicha empresa. Agregaron que está probado que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** toma las decisiones de la compañía de manera autónoma.

Con el propósito de resolver la presente observación procede este Despacho, en primer lugar, a describir la noción de control en el marco del régimen de libre competencia económica en Colombia y, en segundo lugar, a exponer las razones por las cuales no comparte el argumento presentado por los investigados.

La noción de control competitivo

¹²² Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 28:43.

¹²³ Ver literal c del numeral 7.5.1.2.2. de esta Resolución.

¹²⁴ Folio 2962 del Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min. 2:22:54.

¹²⁵ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17 (Ratificación de Néstor Alejandro Castelblanco García. Minuto. 24:36). En esta oportunidad expresó que "ella [Stella Téllez Hernández] nos dijo observemos sobre el tema de la naranja".

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

El numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 define el control competitivo en los siguientes términos:

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

(...)

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

Tal y como se ha expuesto en varias oportunidades por esta Superintendencia¹²⁶, y de conformidad con la norma anteriormente citada, el control competitivo hace referencia a la posibilidad de influir en las decisiones de otro agente de mercado, que estén relacionadas con la forma en que este última se comporta en el mercado. Ejemplos de lo anterior incluyen, pero no se limitan a, las decisiones que versen sobre: (i) la política empresarial; (ii) la iniciación o terminación de la actividad empresarial; (iii) la variación de la actividad a la que se dedica la empresa en cuestión; o (iv) la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa.

Así, la posibilidad de influenciar las anteriores decisiones, entre otras, permite que un agente de mercado pueda controlar el desempeño competitivo de otro en el mercado. Por este motivo, este Despacho ha reconocido que **el elemento esencial de la definición de control es que un agente de mercado tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra**¹²⁷.

Ahora bien, lo anterior debe analizarse caso a caso, y dicho análisis debe estar enfocado a la determinación de la relación **real** entre la empresa controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellos.

De igual forma, la posibilidad de influenciar debe analizarse dependiendo del tipo de mercado en el que compitan las empresas sobre las cuales recaiga el estudio. Así, por ejemplo, en caso de tratarse de procesos de contratación pública, la determinación por parte de un agente o cualquier sujeto sobre las decisiones relativas a la participación en el proceso —es decir, de la entrada o no al mercado—, relacionadas con la presentación de la oferta o la precisión de la estrategia a seguir para competir por la adjudicación y en general, sobre las actuaciones a realizar en el marco del proceso, son a todas luces parte de la influencia en el comportamiento competitivo de la empresa y por tanto, darían cuenta de la existencia de control.

Por otra parte, y de acuerdo a la ley, no es necesario que esta Superintendencia demuestre que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa se haya materializado en el pasado, ni que se materializará en un futuro próximo. Por el contrario, la sola posibilidad de influenciar, conforme al numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, es suficiente para que exista control competitivo, de acuerdo a las normas del derecho de la competencia en Colombia.

Con base en lo anterior, la Superintendencia de Industria y Comercio ha desarrollado el alcance del concepto de control competitivo en diferentes oportunidades, concluyendo que se adquiere control sobre una empresa “cuando se obtiene la posibilidad de ejercer una ‘influencia material’ sobre su desempeño competitivo, es decir, una influencia que pueda afectar o modificar la manera en que la empresa compite en el mercado”¹²⁸.

Asimismo, y como complemento de lo anterior, este Despacho ha señalado con anterioridad que la capacidad de “afectar o modificar la manera en que una empresa compite en el mercado” hace referencia a la “la posibilidad de influenciar la manera en que determina sus precios, su oferta y demanda, su presencia geográfica, sus niveles de calidad, sus inversiones, sus transacciones

¹²⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

¹²⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.

¹²⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 32184 del 19 de mayo de 2014.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

ordinarias, su endeudamiento, y cualquier otra variable relevante que afecte la forma en que se desenvuelve en el mercado”¹²⁹.

De esta forma, debe tenerse en cuenta que, en el marco del régimen vigente de protección de la libre competencia económica en Colombia, el concepto de control competitivo debe entenderse, en términos generales, como la posibilidad de influir en las decisiones de una empresa, que se encuentren relacionadas con la forma en que ésta se comporta en el mercado. En ese sentido, el análisis de control debe tener un enfoque que permita **determinar la relación real entre controlante y controlada**, con independencia del vínculo jurídico o económico que exista entre ellos¹³⁰.

Lo anterior, adicionalmente, se encuentra en línea con las posturas internacionales en la materia. Así, el Reglamento del Consejo (CE) de la Unión Europea No. 139/2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas (“Reglamento Comunitario de Concentraciones”), establece en su artículo 3 (2) lo siguiente:

“El control resultará de los derechos, contratos u otros medios que, por sí mismos o en conjunto, y teniendo en cuenta las circunstancias de hecho y de derecho, confieren la posibilidad de ejercer una influencia decisiva sobre una empresa”¹³¹ (Subraya fuera de texto).

Ahora bien, este Despacho considera pertinente delimitar la diferencia y la relación existente entre la definición de control en el derecho societario colombiano y en el régimen de libre competencia nacional. Lo anterior dado que, como se ha manifestado en diferentes oportunidades¹³², si bien dichos conceptos en ocasiones pueden coincidir, en realidad son independientes entre sí.

Así, el artículo 260 del Código de Comercio, modificado por el artículo 26 de la Ley 222 de 1995, contiene la definición de control propia del derecho de sociedades. Según este artículo, para que se configure una situación de control societario, es necesario que el poder de decisión de una sociedad se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas, que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual la sociedad controlada se llamará filial, o por intermedio de otras sociedades controladas por la matriz, cuyo caso la sociedad controlada se llamará subsidiaria.

De igual forma, el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, estableció tres (3) escenarios en donde se presume la existencia de control o subordinación societarios. En tal sentido, este Despacho advierte que la definición de control en el marco del derecho de la competencia en Colombia es independiente de la definición de control societario descrito anteriormente, a tal punto que el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 trae una definición propia, aplicable al régimen de protección de la competencia.

Así las cosas, el concepto de control en el derecho de la competencia no se equipara con la propiedad de una participación mayoritaria en el capital social de una empresa, ni con tener el número de votos necesarios para elegir la mayoría de los miembros de los órganos de administración de una empresa, ni con aparecer vinculados formalmente. Por el contrario, el control en el derecho de la competencia se verifica, según la ley colombiana, cuando una persona natural o jurídica tiene la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos que el derecho de sociedades considera configuran situaciones de control.

Por lo anterior, la existencia de control desde el punto de vista del derecho de la competencia no necesariamente da lugar a situaciones de control bajo el derecho de sociedades. Esto bajo el entendido que una empresa puede no tener el control societario de otra, en los términos mencionados de los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, más sin embargo tener la

¹²⁹ Ibid.

¹³⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Delegatura para la Protección de la Competencia. Informe Motivado proferido en la investigación tramitada en el expediente No. 11-137432.

¹³¹ Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32004R0139&from=ES>

¹³² Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 30418 de 2014, 5545 del 6 de febrero de 2014, 32184 de 2014 y 30853 del 17 de junio de 2015.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

posibilidad de influenciar su desempeño competitivo en el mercado, en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, obteniendo así control desde el punto de vista del derecho de la competencia.

Por este motivo, se reitera lo ya manifestado en anteriores ocasiones por parte de esta Superintendencia¹³³, respecto a que el control societario es, en la mayoría de los casos, suficiente para concluir la existencia de control competitivo sobre una empresa. Sin embargo, considerando las diferencias conceptuales y legales existentes entre el régimen societario y el de competencia en Colombia, este Despacho reitera que pueden presentarse situaciones en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio verifique la existencia de control competitivo, sin que tal situación haya sido declarada previamente por las empresas involucradas, ni por la Superintendencia de Sociedades¹³⁴.

Finalmente, es también importante mencionar que la existencia de control en los términos del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, no siempre genera los efectos propios de la subordinación en el derecho societario, como la inscripción de tal situación en el registro mercantil, consolidación de estados financieros, responsabilidad de la matriz en ciertas obligaciones de sus subordinadas, entre otros¹³⁵.

En conclusión, el control en el derecho de la competencia se verificará, según la ley, **en los casos en que una empresa tenga la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de otra empresa**, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos en que, bajo las normas del derecho societario, se configura una situación de control.

Esclarecido lo anterior, pasa este Despacho a presentar los elementos probatorios que reposan en el Expediente y que permiten al Despacho coincidir con la Delegatura respecto de la existencia de un control competitivo por parte de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** respecto de **ALIMENTOS DAZA**.

Un claro ejemplo del control ejercido por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** respecto de **ALIMENTOS DAZA** lo brinda el hecho de que fue a él a quien invitaron a las reuniones para acordar la realización de las conductas a través de las cuales se configuró el acuerdo anticompetitivo, lo que obedeció al hecho de que los mismos investigados lo consideran el dueño de la empresa¹³⁶.

En efecto, si **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** no hubiera tenido poder decisorio respecto del comportamiento competitivo de **ALIMENTOS DAZA**, seguramente no habría sido convocado a tales reuniones ni tampoco hubiera sido identificado en las mismas como representante de la sociedad enunciada, lo que efectivamente ocurrió cuando se hizo el registro de asistencia de la reunión celebrada el 2 de febrero de 2017, cuya imagen se presente enseguida, en la cual se aprecia que a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** se lo vinculó con **ALIMENTOS DAZA**.

¹³³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.

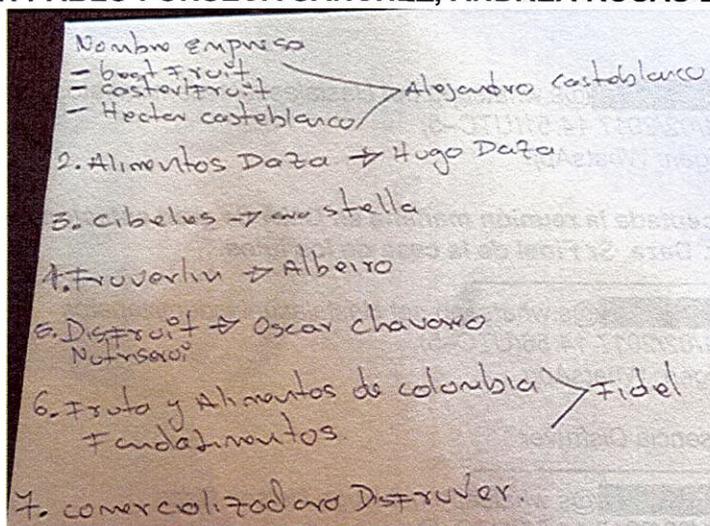
¹³⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

¹³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 378982 del 24 de junio de 2014.

¹³⁶ Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minuto 1:04:16 a 1:04:27). A modo de ejemplo, a José Fidel Aldana se le preguntó respecto de cuál era la empresa de Don Hugo Nelson Daza, a lo que contestó que era “*Industria de Alimentos Daza*”.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Imagen No. 7. Registro fotográfico del desarrollo de la segunda reunión anticompetitiva allegada por JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ y DISFRUVER



Fuente: Obrante a folio 2923, del cuaderno público No. 14.

Llama la atención que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) no participó en las reuniones llevadas por los cartelistas, lo que encuentra explicación en el hecho de que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** era quien decidía el desempeño competitivo de la empresa, esto es, la presentación de observaciones al pliego definitivo, los lineamientos en torno a la audiencia de asignación de riesgos y la no presentación de oferta como estrategia para forzar la apertura de un nuevo proceso de selección. En tal virtud, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** se limitaba a seguir las órdenes brindadas por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, lo que expone la razón por la cual ella no fue la invitada a las reuniones, ni tampoco asistió.

Otra prueba que refuerza la situación de control competitiva expuesta consiste en un *chat* sostenido entre el investigado con **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE**), en el cual se aprecia que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** ostenta un poder decisorio respecto de los procesos a los que **ALIMENTOS DAZA** se presenta. En tal *chat*, se aprecia cómo **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** afirma que **ALIMENTOS DAZA** tampoco se presentaría si, dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, no arreglaban los precios o cambiaban las condiciones del mismo:

"De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasuelasdemizapatos

Marca de hora: 16/01/2017 15:10(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Creo que no vamos para ningún buen puerto. De nuestra parte **NO VAMOS A PRESENTARNOS.**

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasuelasdemizapatos

Marca de hora: 16/01/2017 15:10(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza

Marca de hora: 16/01/2017 16:05(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Si no arreglan precios o cambian las condiciones tampoco"

Posteriormente, el 2 de febrero de 2017 tuvo lugar otro *chat* entre **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, en donde el primero decidió no invitar a **ORLANDO DÍAZ** a la segunda reunión anticompetitiva desarrollada en el Restaurante OMA del centro comercial Gran Estación, por cuanto éste no se encontraba dentro del programa del **PAE**. Ello demuestra que el rol desempeñado por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** fue determinante y no meramente informativo como lo dijo en sus descargos, sino que definió el comportamiento

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

competitivo de su empresa en un claro ejercicio de su calidad de controlante. A continuación el chat¹³⁷:

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos

Marca de hora: 1/02/2017 14:51(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Buena tarde. Aceptada la reunión mañana en OMA de gran estación 10 A.M por: Sra. Stella Téllez, Sr. Daza, Sr Fidel de la casa de los lulos.

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos

Marca de hora: 1/02/2017 14:56(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Confirma su presencia Disfruver

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza

Marca de hora: 1/02/2017 14:57(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:



De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos

Marca de hora: 1/02/2017 15:54(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Confirmado el Sr. Néstor Castelblanco

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos

Marca de hora: 1/02/2017 16:38(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Confirma el Sr. Orlando Díaz

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza

Marca de hora: 1/02/2017 16:40(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:



De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza

Marca de hora: 1/02/2017 16:53(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Pero Orlando días para qué

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza

Marca de hora: 1/02/2017 16:53(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Él no está en el programa

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldemizapatos

Marca de hora: 1/02/2017 16:56(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Sí. Es correcto. Ya lo llamo y le digo que la reunión abortó por ser día sin carro¹³⁸

(Negrilla fuera de texto).

Del examen del material probatorio hasta aquí expuesto se deduce que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** no actuó como persona natural, pues éste no tenía la "cualificación o aptitud legal

¹³⁷ Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID 6881823 y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

¹³⁸ Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID: 6881823 y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

para comparecer como proponente¹³⁹, ni tampoco como un asesor de **ALIMENTOS DAZA** conforme lo alegó a lo largo de la presente actuación. Si bien **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** reconoció en sus declaraciones¹⁴⁰ y en los descargos¹⁴¹ que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** fue quien la asesoró en lo relacionado con los procesos **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-AG-140-2017**, para esta Superintendencia dicha asesoría se tradujo en claras instrucciones de un controlante que a la postre fueron seguidas por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**.

Por todo lo dicho, la observación según la cual el actuar de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** no vinculó a **ALIMENTOS DAZA** no tiene sustento alguno al haber quedado demostrado que fue él quien decidió cuál sería la postura que adoptaría esta empresa en el proceso de selección objeto de investigación, lo que de paso desvirtúa la supuesta autonomía con que actuó **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** en el mismo.

Ahora bien, en relación con que de manera errada esta Superintendencia le endilgó responsabilidad a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** con fundamento en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, siendo que tal normatividad le es aplicable a agentes de mercado, es decir, a competidores, condición que él no ostenta, esta Superintendencia se aparta de tal razonamiento, por los motivos que a continuación se describen.

Es preciso recordar que en el texto de la Ley 1340 de 2009 el legislador estableció un título de guía que no corresponde al contenido de la norma y que, por el contrario, ni la versión original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, ni la modificación hecha por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establecieron la exigencia de un sujeto calificado para su aplicación. Por este motivo, esta Superintendencia no encuentra sustento en afirmar que esta norma está destinada a aplicar únicamente sobre personas jurídicas sino que, por el contrario, aplica a cualquier persona, de cualquier naturaleza, que incurra en algunas de las conductas establecidas como violatorias al régimen de libre competencia en Colombia.

De esta forma, tal y como se ha procedido en otras oportunidades, a continuación se presenta la siguiente tabla que deja en evidencia que el texto legal y vinculante del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, nunca estableció la limitación de su aplicación únicamente contra personas de esta naturaleza.

Tabla No. 7. Texto numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 y su modificación por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009

Norma Original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992	Modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009
<p>“Artículo 4. Funciones del Superintendente de Industria y Comercio. Al Superintendente de Industria y Comercio, como jefe del organismo, le corresponde el ejercicio de las siguientes funciones:</p> <p>(...)</p> <p>15. Imponer sanciones pecuniarias hasta por el equivalente a dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, por la violación de las normas sobre promoción de la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere el presente decreto. Así mismo, imponer las sanciones señaladas en este numeral por violación a la libre competencia o incumplimiento en materia de tarifas, facturación, medición, comercialización y relaciones con el usuario de las empresas que presten los servicios públicos de telecomunicaciones, energía, agua potable, alcantarillado y aseo, en estos últimos</p>	<p>“Artículo 25. Monto de las multas a personas jurídicas</p> <p>El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:</p> <p>Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor,</p>

¹³⁹ Folio 2553 del Cuaderno Público No. 12.

¹⁴⁰ Folio 1576 del Cuaderno Reservado No. 8 ALIMENTOS DAZA, Min: 47:23 a 48:00 Parte II. También folio 3524 del Cuaderno Público No. 16, Min: 47:08 a 47:26; 1:12:57 a 1:14:42; 1:18:28 a 1:19:33.

¹⁴¹ Folio 2544 del Cuaderno Público No. 12.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Norma Original Numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992	Modificación introducida por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009
<p><i>sectores mientras la ley regula las funciones de la Superintendencia de Servicios Públicos"</i></p>	<p><i>hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.</i></p> <p><i>Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:</i></p> <ol style="list-style-type: none"> <i>1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.</i> <i>2. La dimensión del mercado afectado.</i> <i>3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.</i> <i>4. El grado de participación del implicado.</i> <i>5. La conducta procesal de los investigados.</i> <i>6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.</i> <i>7. el patrimonio del infractor.</i> <p>Parágrafo. <i>Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción la persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.</i></p>

Fuente: Superintendencia de Industria y Comercio.

De lo anterior puede establecerse que la redacción original del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 en ningún momento hacía referencia a la naturaleza jurídica de la persona que podría ser objeto de sanción por la violación de las normas de libre competencia. De igual forma, se evidencia que la modificación hecha a esta norma en el año 2009 fue en cuatro (4) aspectos puntuales: **(i)** cambio del monto máximo de la sanción a imponer, pasando de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes a cien mil (100.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes; **(ii)** la inclusión de criterios de graduación, así como circunstancias de agravación y atenuación; **(iii)** la introducción como conductas violatorias del régimen de libre competencia la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías y **(iv)** simplificación de la norma respecto a los sectores de aplicación al eliminar la mención explícita respecto a las sanciones a imponer a las empresas prestadoras de servicios públicos.

Así, no hay duda alguna que el cambio y la modificación hecha por el legislador en el año 2009 al numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 no incluyó ningún tipo de limitación respecto a la calidad de los sujetos sobre los cuales aplica la norma sino que, por el contrario, de la lectura literal del texto se desprende que **su aplicación sigue destinándose a cualquier sujeto que viole cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, tal y como se contemplaba en el texto original.**

En este orden de ideas, esta Superintendencia se mantiene en su posición de considerar que el desconocer la aplicación de una norma por la sola lectura literal de un título de guía, que incluso ni siquiera está incluido propiamente en el texto modificado del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es desconocer de igual forma la interpretación exegética de la norma desde su origen y la interpretación sistemática con las demás normas que integran el régimen del derecho de la competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

En virtud de lo anterior, debe reiterarse que al estar demostrado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** actuó como controlante competitivo de **ALIMENTOS DAZA** resulta entonces acertado imponer la sanción estipulada en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Por consiguiente, el argumento presentado por el investigado respecto a la imposibilidad de aplicar dicha sanción con fundamento en tal normativa carece de sustento alguno.

9.6. Otros argumentos presentados por los investigados

ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ censuraron que este Despacho dio aplicación al numeral 9 del artículo 47 de Decreto 2153 de 1992 para investigar un proceso de selección en la modalidad de selección abreviada bajo el esquema de **AMP**, cuando dicho ordenamiento es aplicable tan solo respecto de licitaciones o concursos.

Este Despacho no comparte tal planteamiento, dado que los procesos de selección distintos a la licitación pública se consideran procesos excepcionales¹⁴², como es el caso de la selección abreviada para la contratación de bienes y servicios con características técnicas uniformes a través de **AMP**, respecto de los cuales los principios de transparencia, economía, responsabilidad y deber de selección objetiva también les son aplicables. En tal sentido, la literatura ha reconocido que el deber de selección objetiva, contrario a una creencia generalizada, es propio de cualquier proceso de selección y no solo de la licitación pública, exigible en cualquier ámbito, ya que el interés público siempre ha de prevalecer sobre el particular¹⁴³.

Así, intentar restringir las funciones de inspección, vigilancia y control de esta Superintendencia únicamente a los procesos de licitación pública, dejando fuera de su alcance otros tipos de modalidades de selección es tanto como asumir que la simplicidad con que éstos han sido concebidos (para garantizar la eficiencia de la gestión contractual) es incompatible con los principios de selección objetiva y transparencia. Dicha deducción es a todas luces errada, se reitera, ya que la intención del legislador al diseñar procedimientos expeditos de contratación no fue la de establecer que las posibles prácticas restrictivas que en ellos pudieran presentarse fueran inmunes a las investigaciones que puede adelantar esta Entidad.

En tal sentido, este Despacho insiste en que el encuadramiento del hecho antijurídico al tipo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no puede restringirse, limitarse o supeditarse a una modalidad de selección específica, "licitaciones o concursos", sino que por el contrario, se dirige de manera general a los acuerdos que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, sin importar la modalidad de que se trate. Tan es así que en otras ocasiones esta Entidad ha sancionado acuerdos colusorios realizados en procesos bajo la modalidad de selección abreviada¹⁴⁴.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado que:

*"Entiende la Sala que cuando la norma se refiere a los acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos, **su sentido no debe ser interpretado en qué solo son reprochables, si los mismos se dan en el marco de los procesos de selección de licitación pública o concurso de méritos, pues como se vio con antelación, en realidad la norma deber ser interpretada conforme al ordenamiento jurídico y, específicamente en cuanto a la protección de las garantías a la libre competencia y la libre competencia...**"*¹⁴⁵ (Negrilla fuera de texto).

En tal virtud, este argumento es rechazado por el Despacho.

En este mismo sentido, resaltaron que en razón a que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 es un tipo en blanco, ello exige una remisión a la normatividad de la contratación estatal,

¹⁴² Artículo 2 de la Ley 1150 de 2007.

¹⁴³ Luis G Dávila V, Régimen Jurídico de la Contratación Estatal (3ra edición, LEGIS 2016) 464

¹⁴⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 53991 de 2012, 40875 de 2013 y 53914 de 2013.

¹⁴⁵ Tribunal Administrativo de Cundinamarca, Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000234100 2014 00680 00.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

ejercicio que le está dado únicamente al legislador al definir las faltas. El Despacho no comparte lo dicho por los investigados conforme a continuación se expone.

La Superintendencia de Industria y Comercio es la Entidad encargada de velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política. Este precepto constitucional establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

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

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

*“adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero **que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general**”¹⁴⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

De acuerdo con esto,

*“Un asunto central es el de los límites de actuación que tienen los actores del mercado, y más precisamente, **los límites que deben ser impuestos a la libertad económica, que se materializan en el régimen de protección de la competencia**. Al respecto pueden ser identificados dos clases de límites: los que se imponen libremente los propios actores, dispuestos entre otros instrumentos, en los “manuales de buenas prácticas”, y **los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia**”¹⁴⁷ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

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

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

*Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, **el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia**. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta”¹⁴⁸ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

En consecuencia, y conforme lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la Entidad pública encargada de intervenir en el desarrollo de las actividades propias de la libertad económica cuando evidencie que podría existir

¹⁴⁶ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

¹⁴⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

¹⁴⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

una afectación al derecho constitucional a la libre competencia económica. Intervención que se realiza con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en cuanto a que:

“(…) la libre competencia se proyecta en dos dimensiones: “de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos”¹⁴⁹.

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

*“En el plano normativo dicho régimen está conformado básicamente por la **Ley 155 de 1959** sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la **Ley 1340 de 2009**; por el **Decreto 2153 de 1992**, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, (...) por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC “conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia”; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos aspectos sustantivos y de procedimiento, (en) el **Decreto 4886 de 2011**”¹⁵⁰ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

(...)

*Las reglas de procedimiento para las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen de protección de la competencia, se encuentra reglado en el **Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, contando con las cláusulas de integración de la Ley 1437 de 2011** que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo”¹⁵¹.*

Teniendo en cuenta lo establecido en cada una de las normas señaladas, la Superintendencia tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Así, se busca reprimir, sancionar y prevenir la infracción de las normas que protegen el régimen de la competencia y que tienen como bien jurídico protegido el derecho de todos los colombianos a la libre competencia económica. Entonces, y conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, a través de las actuaciones administrativas de esta Entidad se busca velar, garantizar y cumplir con tres propósitos: *“(…) la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica”¹⁵²*. En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones

“El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los

¹⁴⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

¹⁵⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

¹⁵¹ Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017. M.P: Alberto Rojas Ríos.

¹⁵² Artículo 3 Ley 1340 de 2009 “Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia”, Diario Oficial 47.420 de 24 de julio de 2009.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener”¹⁵³.

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

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

(...)

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

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

*“En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) “Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) “Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley”; (iii) “Que exista correlación entre la conducta y la sanción”. De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que **“las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica”**¹⁵⁴ (Subraya y negrilla fuera de texto).*

Bajo este entendido, la exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma, (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta y (iii) que la sanción o criterios para determinarla sean claros. Estos tres elementos se cumplen en el caso bajo examen. Así pues, debe hacerse especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma,

- (i) El régimen de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política.
- (ii) Las normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia son la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2009 y Decreto 019 de 2012.

¹⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

¹⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 76724 de 2014.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

- (iii) En materia procesal, las actuaciones administrativas, adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se rigen por lo dispuesto en las referidas normas y en lo no regulado por ellas por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y subsidiariamente por lo establecido en la Ley 1564 de 2012.
- (iv) La Superintendencia de Industria y Comercio es la autoridad nacional de competencia.
- (v) Los propósitos de las actuaciones administrativas en protección del régimen de la competencia son tres: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- (vi) El análisis de adecuación de las conductas a las normas, que en materia administrativa sancionatoria realiza el juzgador, es mucho más flexible que el exigido en materia penal.

Por lo expuesto, este Despacho se abstiene de atender la observación presentada por los investigados.

ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ también expresaron su inconformidad por cuanto a la presente investigación no fueron vinculados **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, quienes asistieron a las reuniones del 14 de enero y 2 de febrero de 2017, situación que se constituye, en su opinión, en una violación a los principios de igualdad e imparcialidad. Sobre este punto, cabe advertir que si bien dichas personas no hacen parte de la presente investigación, ello en nada invalida lo actuado.

Sin embargo, es preciso recordar que este Despacho en el numeral 8.5.1.9. del presente acto administrativo ordenó remitir copia de la presente Resolución a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia, con el fin de recomendar que evalúe si existe mérito suficiente para iniciar una investigación preliminar contra **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS y LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** por haber presuntamente incurrido en las infracciones que se sancionan en el presente acto administrativo. En los anteriores términos se atiende la observación efectuada por los investigados.

Por otro lado, recomendaron tener en cuenta que **ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** buscaban obtener beneficios dentro de la presente investigación y, por lo tanto, sus declaraciones deben ser valoradas cuidadosamente al momento de derivar de ellas responsabilidad respecto de otros investigados.

Sobre el particular, debe este Despacho señalar que las decisiones contenidas en la presente Resolución provienen de una valoración en conjunto de diversas pruebas, esto es, testimoniales y documentales –provenientes tanto de los investigados como de terceros-. Dicha valoración incluyó el contraste de las diferentes versiones entre sí y con la realidad observada a lo largo del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Aún más, las declaraciones de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** fueron utilizadas en varias oportunidades a lo largo del presente acto administrativo, motivo por el cual cualquier inquietud acerca de una indebida valoración puede ser descartada.

Seguidamente, **ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** afirmaron que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS y LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** fueron los que promovieron la reunión en la bodega, razón por la cual tiene una versión diferente de los hechos. Así mismo, indicaron que las expresiones ‘*coaliciones*’ y ‘*consensos*’ utilizadas por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** responden a su propia percepción de lo que aconteció en esa reunión, así como también acontece con el chat sostenido entre **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, en donde sólo el primero supo qué quiso decir, y que, su versión no es creíble dado que no hay prueba de que la convocatoria a la reunión hubiera sido para coludirse, sumado al hecho de no tiene sentido que hubiese habido una segunda reunión para verse las caras y repetir que nadie se iba a presentar. El Despacho procede a responder cada una de estas observaciones en el mismo orden que fueron formuladas y a explicar por qué no son procedentes.

En cuanto a que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS y LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** promovieron la reunión en la bodega de las ferias, lo que hace que tengan una versión diferente de los hechos, encuentra este Despacho que con independencia de quién haya sido el convocante, lo

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

cierto es que no solo **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** y **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO**, sino también otros asistentes a la reunión coincidieron en afirmar que allí se discutieron los precios de compra vs los precios a los cuales la **SED** debería comprar según las condiciones del mercado. De ello incluso quedó evidencia fotográfica, la cual se corroboró con las observaciones que de manera similar presentaron los investigados. Esto indica que las versiones de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** y **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** no difieren de los hechos, debiendo resaltarse además que esta Superintendencia no ha basado su análisis únicamente en estas dos declaraciones.

En cuanto que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** hubiera usado las expresiones ‘*coaliciones*’ y ‘*consensos*’ o que **LUIS ALBEIRO RESTREPO LONDOÑO** hubiera tenido su propia versión en las conversaciones de chat, este Despacho estima que ello ciertamente responde a sus percepciones, las cuales coinciden con las conclusiones a las que se llega luego de valorar el resto de material probatorio recaudado en las presentes diligencias. Ahora bien, el que su versión no es creíble dado que no hay prueba de que la convocatoria a la reunión hubiera sido para coludirse, no es una premisa que resulte acertada para este Despacho. Lo anterior, por cuanto incluso en el caso de contemplarse la posibilidad de que la reunión no se convocó con ese propósito, lo cierto es que sí se tornó en un acuerdo anticompetitivo, al cual las partes convinieron en su puesta en práctica.

Por último, disiente este Despacho de la afirmación según la cual parece un sinsentido el que hubiese habido una segunda reunión para verse las caras y repetir que nadie se iba a presentar, Ello por cuanto esa segunda reunión tuvo lugar luego de que las acordadas observaciones no fueron tenidas en cuenta y es entonces cuando los cartelistas deciden no presentar oferta. Ahora bien, incluso si hubieran existido más reuniones, ello en todo caso no desvirtúa la conducta aquí examinada. En virtud de lo expuesto, este Despacho rechaza los argumentos aquí analizados.

Finalmente, **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** solicitaron tener una audiencia con el Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio con el fin de presentar un resumen de las alegaciones. Sobre el particular, es preciso indicar que tal petición es improcedente, por no estar prevista tal audiencia en las normas que rigen la tramitación de estos procedimientos administrativos sancionatorios por infracción al régimen de protección de la libre competencia económica.

DÉCIMO: Nulidades, tachas, solicitud de pruebas y solicitud de suspensión de la decisión final

10.1. Solicitudes de nulidad presentadas por DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ

10.1.1. Imposibilidad de practicar los dictámenes periciales solicitados

Como fundamento de la solicitud, los investigados señalaron que el Informe Motivado sostuvo que no existió prueba en el expediente que demostrara que **DISFRUVER** y los demás investigados no tenían la capacidad financiera y técnica para atender de manera individual el contrato **SA-SI-140-AG-2017**. Sin embargo, la Delegatura se negó a decretar y practicar los dictámenes periciales que pretendían demostrar tales hechos.

Sobre el particular, advierte este Despacho que los investigados en oportunidad presentaron recurso de reposición contra la decisión que negó el decreto de tales dictámenes, el cual fue resuelto por la Delegatura. A más de ello, con fundamento en los mismos hechos presentaron una solicitud de nulidad, la cual fue atendida por la Delegatura en el Informe Motivado. Lo anterior, permite concluir que los investigados hicieron uso de diversos mecanismos legales para controvertir la decisión de rechazo de la referida prueba, los cuales fueron oportunamente atendidos y, ahora pretenden bajo unos mismos argumentos, obtener una nueva revisión al amparo de una nueva solicitud de nulidad en esta etapa procesal.

Al respecto, examinadas las decisiones adoptadas por la Delegatura al momento de resolver acerca del rechazo de la prueba, del recurso de reposición y de la nulidad, comparte este Despacho los argumentos que en su momento fueron expuestos y la conclusión según la cual no se configuró la nulidad propuesta.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Ahora bien, en relación con la imposibilidad que tuvieron los investigados de referirse a la contabilidad de **FAC**, ya que fue hasta después de que el Informe Motivado fue proferido que pudieron consultar la carpeta reservada que contenía la misma, es preciso indicar que este Despacho al momento de proferir la presente decisión optó por no tener en cuenta dicho ejercicio contable llevado a cabo por la Delegatura ni sus hallazgos. Por consiguiente, cualquier pronunciamiento al respecto carece de fundamento alguno.

10.1.2. Práctica de declaraciones en la etapa de averiguación preliminar sin la presencia de un abogado

Fundamentaron los investigados una supuesta nulidad en razón a que durante la etapa de averiguación preliminar sus declaraciones fueron recibidas sin que hubieran tenido la posibilidad de estar acompañados por un abogado, para lo cual se remitieron a los mismos argumentos que fueron expuestos en su escrito presentado ante la Delegatura el 10 de mayo de 2018. En efecto, encuentra este Despacho que la Delegatura en el Informe Motivado resolvió acerca de la alegada nulidad, respecto de la cual acoge este Despacho las conclusiones a las que ésta arribó.

10.1.3. La imposibilidad que tuvieron los testigos de aportar documentos durante el transcurso de sus diligencias

Examinado el escrito al que este Despacho debió remitirse para efectos de conocer los argumentos en que se fundó la presente solicitud de nulidad, encuentra que la Delegatura no le permitió a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** (representante legal de **ALIMENTOS DAZA**) aportar durante el transcurso de la ratificación de su declaración un dictamen pericial anunciado por **ALIMENTOS DAZA** en sus descargos. Frente a esta censura, este Despacho observa que la Delegatura en su Informe Motivado resolvió oportunamente la respectiva solicitud de nulidad, cuyos argumentos encuentra acertados y acoge integralmente.

10.1.4. Recusación a un funcionario de la Superintendencia de Industria y Comercio sin que se siguiera el trámite correspondiente

De la lectura del escrito de fecha 10 de mayo de 2018 dirigido a la Delegatura por los investigados, se desprende que la nulidad formulada se fundó en el hecho de que los funcionarios de esta Superintendencia que participaron en el Programa de Beneficios por Colaboración al que aquellos quisieron acceder habrían visto afectada su imparcialidad, razón por la cual fueron recusados sin que la Delegatura se hubiera pronunciado al respecto.

Examinado el Informe Motivado aprecia este Despacho que la nulidad fundada en una supuesta falta de pronunciamiento frente a una causal de recusación, contrario a lo afirmado por los investigados, sí fue resuelta. A más de ello, encuentra que los argumentos expuestos por la Delegatura son acertados, por lo que cualquier vicio de nulidad derivado del presente reproche será descartado.

Finalmente, llama la atención que los investigados que formularon las diversas nulidades aquí examinadas se hubieran allanado al primer cargo que le fue formulado en la Resolución de Apertura de Investigación. Dicha circunstancia advierte una falta de coherencia entre una supuesta disposición a colaborar con la investigación al haberse allanado y **la presentación de las mismas solicitudes de nulidad que en oportunidad fueron resueltas por la Delegatura**. Tal proceder no demuestra un verdadero ánimo de asistir con la investigación. Por tal motivo, tal conducta será tenida en cuenta al momento de resolver sobre las respectivas sanciones.

10.2. Tachas formuladas a las declaraciones de LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA, RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO y JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS

10.2.1. De la tacha al testimonio rendido por RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO

Durante la diligencia de ratificación de testimonio de **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**, los investigados tacharon de sospecha dicha declaración por considerar que¹⁵⁵: *“...adicionalmente pues las razones de credibilidad sí esbozan que hay un interés indistintamente pues de la competencia que puedan tener la unión temporal FAC S.A.S. en el mercado, o con otros actores*

¹⁵⁵ Folio 3691 del Cuaderno Público No. 17, Min: 1:16:55.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

independientemente. Por la declaración inicial y las, y los hechos contradictorios que se verán y se reflejarán en las grabaciones de unas y otros cuando se cotejen, lo cierto es que presento esta tacha para que el Despacho al momento de fallar valore en concreto, al momento del fallo, sobre esta tacha...”

Con el propósito de resolver la tacha formulada, es preciso aludir a los términos del artículo 211 del CGP, el cual establece lo siguiente:

“Artículo. 211. – Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentran en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Según se desprende de la norma aludida, es necesario que quien formule la tacha indique la circunstancia que estaría afectando la credibilidad del testigo y, a más de ello, exprese las razones en que se funda la misma. Al respecto, encuentra este Despacho que la tacha formulada contra **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** adolece de una indicación clara y precisa acerca de la circunstancia de afectación de su testimonio y carece por completo de las razones en que se funda.

No obstante lo anterior, buscando hacer un esfuerzo por comprender la causal de afectación propuesta por los investigados, podría inferirse que la tacha reposa en el hecho de que **FAC** es su competidor, aunque, se insiste, no existe una exposición de las razones en que se soporta la misma. Si esta fuera la razón, cabe señalar que para este Despacho la declaración de **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** merece credibilidad por las siguientes razones. En primer lugar, es imperioso señalar que su declaración ha sido contrastada con otros medios de prueba, tales como conversaciones de *WhatsApp*, imágenes fotográficas e, incluso, con las versiones rendidas por los mismos investigados. Dicho ejercicio confirma dos cosas, (i) que su dicho no ha sido analizado de manera aislada sino que por el contrario ha sido evaluado en conjunto, y (ii) que fruto del contraste probatorio pudo confirmarse que lo informado por **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** no se trató de una versión parcializada.

En segundo lugar, se advierte que la información rendida por éste durante la etapa de averiguación preliminar, de manera general coincidió con lo manifestado durante su ratificación, situación que refuerza aún más la credibilidad de su dicho. Por lo expuesto, la tacha formulada no tiene vocación de prosperidad.

10.2.2. De la tacha al testimonio rendido por LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA

Durante la diligencia de ratificación de testimonio de **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** se propuso la tacha de su testimonio en los siguientes términos¹⁵⁶: “...en este momento si quisiera que en virtud el artículo 211 se tenga en cuenta el hecho de que la señora ha manifestado aquí que la señora Andrea Rosas la ha amenazado, que ha atacado en el proceso de FAC S.A.S. y pues que eso puede afectar su imparcialidad en esta diligencia. Entonces que se tenga en cuenta eso, como una tacha que se resolverá, como dice la Ley, al momento de tomar una decisión definitiva...”

Este Despacho, con fundamento en los mismos argumentos que fueron expuestos al resolver la tacha de **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**, decide no restarle credibilidad al testimonio de **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA**. Debe añadirse que, si bien durante sus declaraciones quedó establecido que fue contactada telefónicamente por algunos de los investigados con el propósito de presionar e influenciar su decisión de presentarse y no subsanar, dicha circunstancia no revela una razón de peso que obligue a este Despacho a descartar su dicho. Por el contrario, su testimonio resulta ser crucial para esclarecer los hechos objeto de debate, pues nadie más apropiado para deponer acerca de tal hecho que la propia persona que recibió las llamadas. Se reitera entonces, que al haberse efectuado una valoración en conjunto con el resto de material probatorio, la tacha formulada contra **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** se rechaza al no evidenciarse una afectación a su imparcialidad.

¹⁵⁶ Folio 3536 del Cuaderno Público No. 16, Min: 1:43:30.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

10.2.3. De la tacha al testimonio rendido por JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS

Durante la diligencia de ratificación de testimonio de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** se indicó¹⁵⁷: "...teniendo en cuenta que el señor Fidel es actual empleado de **FAC S.A.S.**, quisiera pues tachar por la imparcialidad del testigo, para que se tenga en cuenta al momento de analizarlo". A su vez, otro investigado señaló que: "...conforme a lo dispuesto en el artículo 211 del Código General del Proceso, yo quiero formular tacha contra el testigo porque creo que su dicho está afectado, la credibilidad está afectada, que no es imparcial y solicito respetuosamente que al momento de decidir que se tenga en cuenta esto, porque creo que ha incurrido en contradicciones que a mi modo de ver, que son insuperables".

Examinadas las tachas propuestas, encuentra este Despacho que las dos se caracterizan por ser apenas vagas afirmaciones, sin que, conforme lo establece el artículo 211 del CGP arriba transcrito, logre establecerse cuáles son las condiciones que afectan la credibilidad o imparcialidad de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** y, menos aún, se haga una exposición siquiera sucinta de las razones en que las mismas se fundan. Ahora bien, el hecho de que sea empleado de **FAC** no logra generar incertidumbre acerca de la veracidad de su dicho, ello por cuanto en la evaluación que se ha hecho de los testimonios acopiados en la presente investigación, ha mediado un ejercicio de contraste entre ellos y el resto del material probatorio. En efecto, dicho contraste ha permitido establecer que lo informado por el testigo coincide con lo arrojado por otros medios probatorios.

Finalmente, en relación con las supuestas contradicciones en las que supuestamente incurrió **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, ello en sí mismo no constituye una causal para tachar a un testigo, según se desprende del artículo 211 del CGP, antes citado. Como resultado, este Despacho rechaza la tacha de testigo aquí formulada.

10.3. Solicitud de decreto de pruebas

DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, con fundamento en el artículo 226 del C.G.P., el inciso 1 del artículo 179 y el numeral 5 del artículo 175 de la Ley 1437 de 2011, solicitaron decretar y tener como prueba un dictamen pericial aportado con las observaciones al Informe Motivado cuyo propósito es determinar la suficiencia de los requisitos financieros establecidos en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**. Sobre el particular, teniendo en cuenta que este Despacho decidió archivar la investigación por la presunta colusión en el proceso **SA-SI-140-AG-2017**, cualquier pronunciamiento al respecto resulta entonces innecesario.

Por último, los investigados solicitaron decretar y tener como pruebas una certificación del Revisor Fiscal de **DISFRUVER** sobre la composición accionaria de dicha sociedad y una respuesta de la **SED** a un derecho de petición presentado por **DISFRUVER**. La referida solicitud será rechazada, teniendo en cuenta que la oportunidad para aportar o solicitar pruebas se encuentra precluida.

10.4. Solicitud de suspensión de la decisión final

ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** mediante escrito radicado con el No. 17-292981-668 del 28 de octubre de 2019, solicitaron la suspensión de la decisión final dentro de la presente actuación hasta tanto la Fiscalía no se pronuncie respecto de una denuncia penal instaurada contra **CCE**, y que haya un pronunciamiento por parte de esta Superintendencia respecto de una denuncia por posibles prácticas restrictivas de la competencia contra **CCE** y **FAC**. Sobre el particular, dado que no existe disposición legal que contemple la suspensión de la actuación administrativa por la causal alegada por los peticionarios, el Despacho se abstendrá de decretar la misma.

DÉCIMO PRIMERO: Sobre el impacto económico de la conducta investigada

En este punto, el Despacho considera pertinente exponer el análisis mediante el cual se pondrá en evidencia la manera cómo el comportamiento colusorio de los investigados provocó una ineficiente asignación de los recursos e impactó negativamente el bienestar social. Lo anterior, a efectos de que los agentes del mercado conozcan los efectos negativos que la práctica anticompetitiva generó en la economía.

¹⁵⁷ Folio 3534 del Cuaderno Público No. 16, Min: 2:40:53.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Las licitaciones públicas se erigen como una importante herramienta para asegurar la provisión de bienes y servicios públicos necesarios para el correcto cumplimiento de sus funciones en las mejores condiciones y calidades posibles. Tal y como la Superintendencia de Industria y Comercio se ha referido en decisiones anteriores, la adecuada ejecución de las licitaciones públicas permite no sólo el libre acceso y libre concurrencia de diversos oferentes a los procesos de selección, sino, a su vez, una asignación eficiente de los recursos públicos. No en vano, a efectos de ilustrar lo anterior, con el fin de garantizar la provisión de los bienes y servicios públicos, en 2016, de acuerdo con CCE, el valor de la contratación pública (SECOP I, SECOP II y Tienda Virtual) para todas las entidades (nacionales, departamentales y locales) fue 93.9 billones de pesos, es decir, un 10,9% del Producto Interno Bruto y cerca del 74,8% del gasto de consumo final del gobierno (125.6 billones) en este mismo año de referencia¹⁵⁸.

En 2017, la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe - CEPAL¹⁵⁹ destacó que las compras realizadas por el Estado, en el cumplimiento de sus funciones, comprenden una serie de beneficios agrupados en las siguientes categorías: (i) utilidad pública; (ii) de carácter administrativo; y (iii) de tipo económico, las cuales deben converger hacia un fin último y es el de satisfacer necesidades sociales. Por su parte, de acuerdo con la OCDE (2017)¹⁶⁰, el principal objetivo de una política efectiva de compras por parte del Estado es “*el fomento de la eficiencia y el alcance de la mejor relación entre calidad y precio*”.

Más aún, tal y como lo destacan Almond y Syfert (1997)¹⁶¹, en un escenario competitivo, los precios y las cantidades se fijan mediante las leyes de oferta y demanda, pero “*gracias a la corrupción, las decisiones de mercado son tomadas según acuerdos que no son transparentes, donde las elecciones menos eficientes prevalecen sobre las óptimas*”. Sumado a ello, las decisiones del Estado, como comprador, hacen parte de un proceso necesario para la provisión de bienes y servicios que, como ya se ha resaltado, tiene como propósito el bienestar general.

Así las cosas, cualquier conducta anticompetitiva como la aquí reprochada, restringe, acaso elimina, los beneficios derivados de la libre participación de la empresas en el mercado. En paralelo, el hecho de que los investigados hayan tenido la potencialidad de afectar el buen arbitrio de la entidad contratante, quien partió de la premisa de una competencia sana y transparente; y de cierta manera provocar ineficiencias administrativas, muestra la importancia de su consideración y análisis en el marco de los procesos de contratación estatal.

En la misma dirección, la conducta ejecutada por los investigados se constituye en una clara afectación del bienestar social debido a que el no garantizar la debida provisión de bienes y servicios sociales a una determinada población –que en este caso es nada más y nada menos que población de bajos recursos en edad escolar–, genera pérdidas irrecuperables de eficiencia, las cuales son producto de anteponer el comportamiento individual maximizador de beneficios al mejor resultado social.

En este punto es importante señalar que existe una amplia aceptación de los efectos positivos que tiene la educación en el crecimiento económico, más aún si ésta se complementa con una adecuada alimentación y nutrición. Al respecto, documentos académicos como el de Barro (1996)¹⁶² han evidenciado que “*una mayor inversión en educación demuestra mejoras en la calidad de vida de las personas, el crecimiento económico y la distribución de la riqueza*”. Sumado a ello, Bernal & Ramírez (2015)¹⁶³ indican que una alimentación inadecuada durante la Primera Infancia implica una

¹⁵⁸En Colombia la contratación pública equivale al 12,5% del PIB y al 37,5% del gasto de Gobierno. <https://www.colombiacompra.gov.co/sala-de-prensa/noticias/en-colombia-la-contratacion-publica-equivale-al-125-del-pib-y-al-357-del>

¹⁵⁹ CEPAL. (2017) “Estudio Económico de América Latina y el Caribe”. (LC/PUB.2017/17-P). Santiago de Chile.

¹⁶⁰ OCDE. (2017). “Contratación Pública: Opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos”. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. OCDE, París.

¹⁶¹ Almond, M. & Syfert, S. (1997). “Beyond Compliance: Corruption, Corporate Responsibility and Ethical Standards in the New Global Economy”. North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation.

¹⁶² Barro, R. (1996). “Determinants of Economic Growth: A Cross-Country Empirical Study”. National Bureau of Economic Research (NBER). Cambridge, MA.

¹⁶³ Bernal, R. & Ramírez, S. (2015). “Impactos de corto plazo de la estrategia “De Cero a Siempre” sobre el desarrollo nutricional, cognitivo y socio-emocional de los niños beneficiarios”. Universidad de Los Andes, Facultad de Economía.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

menor capacidad de aprendizaje y bajo desempeño intelectual que, en el corto y mediano plazo, se traduce en inasistencia y deserción escolar y, en el largo plazo, en menor productividad económica y menores ingresos para el hogar. Es así como los resultados obtenidos por las autoras en mención en la evaluación de impacto de la entonces estrategia de atención integral a la primera infancia *De Cero a Siempre* indican que existen “*efectos positivos de la intención de tratamiento del programa en la dimensión nutricional para niñas y niños en hogares con madres más educadas y niños en hogares biparentales*”.

En este sentido, y teniendo en cuenta los objetivos ya mencionados del **PAE**, lo que busca el programa coincide con la evidencia empírica señalada, esto es, la necesidad de mantener los niveles de atención de los estudiantes en los centros educativos, disminuir la deserción y ausentismo escolar, impactar positivamente los procesos de aprendizaje, promover el desarrollo cognitivo y fomentar estilos de vida saludables.

Con esto en mente, en aras de cumplir con el objetivo general del **PAE**, los operadores del programa deben, entre otras funciones específicas, “*garantizar permanentemente la cantidad, calidad, inocuidad y oportunidad de entrega de los alimentos a los estudiantes beneficiarios del programa en las condiciones del contrato, las señaladas por el Ministerio de Educación Nacional y las autoridades en la materia*”¹⁶⁴.

Así las cosas, tal y como se evidencia en el acervo probatorio, la formación del acuerdo colusorio no solo incentivó la limitación de la participación de ciertas empresas si no que, a su vez, tuvo por efecto una asignación ineficiente de los recursos, además de la generación de costos adicionales derivados de un nuevo proceso de licitación para la adjudicación de aquellos segmentos que el proceso **LP-AMP-129-2016** fueron declarados desierto. Esta conducta se reconoce internacionalmente como *bid rigging* o *collusive tendering* la cual se erige como una de las infracciones a la libre competencia económica de mayor impacto. En este punto es de recordar y resaltar que la coordinación de los participantes a no presentarse en el proceso **LP-AMP-129-2016** provocó que tan sólo el 17% de los segmentos fueran adjudicados. Lo anterior tuvo por efecto, entre otros:

(i) La convocatoria a un nuevo proceso de licitación (**SA-SI-140-AG-2017**) que implicó que el Estado incurriera en costos adicionales, lo cual puede ser considerado una defraudación al interés público y una vulneración al derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica¹⁶⁵. En efecto, la conducta anticompetitiva provocó incrementos en los costos administrativos del Estado toda vez que la **SED** y **CCE** invirtieron un presupuesto en la disposición de las capacidades físicas, técnicas, tecnológicas y de capital humano a efectos de cumplir y garantizar los estándares y requerimientos necesarios para el desarrollo del proceso de contratación pública en los tiempos previstos.

(ii) Entre el 27 de marzo de 2017 (fecha en la cual **FAC** empezó a operar y ejecutar su contrato en los 5 segmentos que le fueron adjudicados) y el 30 de junio de 2017 (fecha en la cual se ordena la primera orden de compra del proceso **SA-SI-140-AG-2017**), esto es, más de tres (3) meses, los niños, niñas, adolescentes y jóvenes pertenecientes a los 25 segmentos declarados desierto estuvieron sin frutas y hortalizas, alimentos que tuvieron que sustituirse por concentrados de menor aporte nutricional. En concordancia con los lineamientos y buenas prácticas de la Organización Mundial de la Salud - **OMS**, la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura - **FAO** y lo establecido en la Ley 1355 de 2009, esta consecuencia refleja un claro impacto negativo sobre el bienestar de los beneficiarios y, por ende, sobre el bienestar social. Más aún si se considera que el objetivo del **PAE** es suministrar un complementario y fomentar hábitos alimenticios saludables, las frutas y hortalizas son un componente esencial para tales fines. Es relevante resaltar que los beneficiarios del **PAE** eran instituciones educativas públicas a las que asisten estudiantes de bajos recursos, cuyas limitaciones presupuestales no les permite suplir las carencias de alimentación ofrecidas por estas.

¹⁶⁴ Decreto 1852 de 2015: “Por el cual se adiciona el Decreto 1075 de 2015 Único Reglamentario del Sector Educación, para reglamentar el párrafo 4° del artículo 136 de la Ley 1450 de 2011, el numeral 20 del artículo 6 de la Ley 1551 de 2012, el párrafo 2 del artículo 2 de la Ley 715 de 2001 y los artículos 16, 17, 18 y 19 de la Ley 1176 de 2007, en lo referente al Programa de Alimentación Escolar – PAE”.

¹⁶⁵ Artículo 333 de la Constitución Política de Colombia (1991).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

En conclusión, la conducta anticompetitiva objeto del presente acto administrativo tuvo como impacto: **(i)** la limitación de la competencia y participación autónoma de los potenciales y reales proponentes; **(ii)** una asignación ineficiente de los recursos públicos; **(iii)** exclusión de los niños, niñas, adolescentes y jóvenes pertenecientes a hogares con bajos ingresos para acceder a mejores condiciones de alimentación y, por ende, eliminación de la posibilidad que el programa impactara positivamente los procesos de aprendizaje, promoviera el desarrollo cognitivo y fomentara estilos de vida saludables; **(iv)** afectación del bienestar social no sólo por el aumento en los costos en los que incurrió la entidad contratante al tener que abrir un nuevo proceso de licitación, sino por excluir a parte de la población vulnerable de los beneficios propios del PAE; y, **(v)** la discontinuidad en la provisión de frutas y hortalizas, en materia de "oportunidad" que tuvo la potencialidad de profundizar las falencias detectadas en términos de capacidad de aprendizaje, desempeño intelectual, salud, productividad, inasistencia y deserción escolar.

DÉCIMO SEGUNDO: Responsabilidad individual de los investigados

Procede el Despacho a determinar la responsabilidad de los investigados, para lo cual se analizará la situación particular de cada una de las personas investigadas como agentes del mercado y posteriormente, determinar la responsabilidad de cada una de las personas naturales vinculadas a la presente actuación.

12.1. Responsabilidad de los agentes de mercado respecto de la imputación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 con relación al proceso LP-AMP-129-2016

Según el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, es función del Superintendente de Industria y Comercio:

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

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor".

Así mismo, el numeral 11 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

(...)

11. Imponer a las personas jurídicas las multas que procedan de acuerdo con la ley por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal, incluidas la omisión de acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que se impartan, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de la obligación de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías".

12.1.1. Responsabilidad de ALIMENTOS DAZA, DISFRUVER, ALIMENTOS SPRESS, BESTCOLFRUITS y NAMASTÉ

Del material probatorio que obra en el Expediente se encuentra demostrado que **ALIMENTOS DAZA, DISFRUVER, ALIMENTOS SPRESS, BESTCOLFRUITS y NAMASTÉ** incurrieron en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por participar en un acuerdo para coludir en el proceso de contratación pública **LP-AMP-129-2016**.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Este Despacho logró establecer que todas las empresas investigadas participaron de las dos reuniones, a través de su controlante o de su representante legal, en las que concertaron presentar observaciones para presionar a **CCE** a subir el precio de referencia de las frutas y hortalizas en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, así como en donde se acordó no presentar oferta con el fin de que se declararan desiertos los segmentos relacionados con dichos alimentos y la Entidad contratante tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación. Adicionalmente, las investigadas se comportaron de acuerdo con lo pactado en dichas reuniones de modo que el acuerdo colusorio se ejecutó.

Lo anterior se encuentra probado en el expediente a través de pruebas como chats de *WhatsApp*, declaraciones que acreditan su asistencia a las reuniones y el objetivo de las mismas, información del **SECOP**, registro fotográfico de lo pactado en las reuniones, entre otros.

12.1.2. Responsabilidad de HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ

Del material probatorio que obra en el Expediente se encuentra demostrado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** incurrió en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, por participar en un acuerdo para coludir en el proceso de contratación **LP-AMP-129-2016**.

Este Despacho logró establecer que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, como controlante de **ALIMENTOS DAZA**, participó de las dos reuniones en las que los investigados concertaron presentar observaciones para presionar a **CCE** a subir el precio de referencia de las frutas y hortalizas en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, así como en donde se acordó no presentar oferta con el fin de que se declararan desiertos los segmentos relacionados con dichos alimentos y la Entidad contratante tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación.

Como ya se expuso, existe evidencia en el Expediente que acredita (i) que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** actuó como controlante de **ALIMENTOS DAZA**, en la medida en que era identificado como representante de la sociedad, tenía poder decisorio en la misma, opinaba sobre la asistencia de otros agentes a las reuniones, e incluso, en un chat de *WhatsApp*, afirmó que su empresa no se presentaría al proceso de selección objeto de análisis; y (ii) que en su calidad de controlante de la empresa, asistió a ambas reuniones y coordinó su comportamiento con los demás investigados.

Por último, está probado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** trató activamente de persuadir a socios de **FAC** para que no presentaran oferta en el proceso **LP-AMP-129-2016**, con el fin de impedir que se desvirtuara el objetivo del acuerdo anticompetitivo. Sobre este punto, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**) manifestó que:

“DELEGATURA: (...) Don HUGO NELSON DAZA lo llamó –y entiendo que no lo estaba amenazando–, pero, ¿él en algún momento lo llamó para hablarle o persuadirlo de que no se presentara?”

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: Sí, claro, claro. Ese tema de que miráramos la forma de que esa empresa FAC S.A.S. no se presentara; eso sí, sí, pa' que.

DELEGATURA: ¿Cuál es la empresa de Don HUGO NELSON DAZA? ¿Cómo se llama esa empresa?”

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: Industria de Alimentos Daza”¹⁶⁶.

Sobre este mismo punto, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC**), indicó que hubo llamadas insistentes para que **FAC** no subsanara los documentos de la oferta, en los siguientes términos:

“LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: Perdón, doctor, antes de eso quisiera de pronto hacer una claridad, que las llamadas después de que nosotros presentamos el cierre, hubo llamadas específicas para que no subsanáramos los documentos.

¹⁶⁶ Folio 3534 del Cuaderno Público No. 16, Min: 1:03:29.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

DELEGATURA: *Hubo llamadas específicas para que no subsanaran los documentos, ¿de quién?*

LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA: *O sea, en su momento, de Hugo Daza, y varias comunicaciones que en su momento Don Fidel nos decía: 'me están llamando para que no subsanemos' (...)*¹⁶⁷.

Debe señalarse que a lo largo de la presente actuación administrativa, también se acreditó una conducta procesal reprochable por parte del investigado.

12.1.3. Responsabilidad de NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ

Toda vez que el Despacho no encontró evidencia que definiera a NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA ni a STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ como agentes de mercado, se archivará la investigación en su favor, por no haber incurrido en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

12.2. Responsabilidad Personas Naturales

El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

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

(...)

16. *Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio”.*

Así mismo, el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

“Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. *Son Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.*

(...)

12. *Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley”.*

En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona natural a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un hecho que lo vincule específicamente con la infracción, sea por acción o por omisión¹⁶⁸.

En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en

¹⁶⁷ Folio 3536 del Cuaderno Público No. 16, Min: 48:31 y 51:50.

¹⁶⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución 43218 del 28 de junio de 2016, págs. 93-94; Resolución 23521 del 12 de mayo de 2015, págs. 47-48; Resolución 16562 del 14 de abril de 2015, pág. 54.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.
- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

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

Ahora bien, tratándose de conductas pasivas o por omisión, esta Superintendencia ha precisado que la responsabilidad puede atribuirse a quien habiendo conocido de la conducta infractora consienta su ejecución e incluso, a quien, sin contar con la prueba directa que acredite que conocía la conducta anticompetitiva sancionada, por razón de las funciones que desempeña en la organización, su posición en la misma y sus responsabilidades, por lo menos debió haber conocido la existencia de la práctica restrictiva de la competencia.

Lo anterior refleja los términos de la Ley, si se tiene en cuenta que el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, incluye el verbo “tolerar” dentro de los verbos rectores que pueden ser desplegados por las personas vinculadas con un agente infractor del régimen de libre competencia económica.

Así mismo, esta Superintendencia ha señalado que las pruebas para determinar la responsabilidad de las personas naturales identificadas en el transcurso de la actuación administrativa, están relacionadas con el modo en el que opera la conducta anticompetitiva. Así, mediante la Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015¹⁶⁹, se señaló:

“De esta manera, al entender el modus operandi de la infracción sancionada, es dado señalar que la participación de las personas naturales involucradas en la concreción de la conducta no necesariamente corresponde a un comportamiento activo o directo en la ejecución o implementación del cartel, por lo que las únicas pruebas idóneas no son las orientadas a demostrar dicha circunstancia -intervención activa y directa-, sino también aquellas que dan cuenta de un comportamiento pasivo o incluso omisivo, (...)”.

Es importante señalar que en la valoración probatoria que realiza la Autoridad de Competencia, el cargo que tienen las personas naturales en la compañía a la cual pertenecen y las funciones propias del mismo, tienen una relevancia especial y constituyen un hecho determinante en la identificación de su responsabilidad, pues existen ciertos cargos que cuentan con deberes legales particulares en el funcionamiento del agente de mercado.

Así, en el presente caso resulta fundamental destacar que, dada la estructura y características propias del mercado –así como de las empresas participantes en el acuerdo colusorio–, la determinación de si ofertar en el proceso de contratación o no, y bajo qué condiciones hacerlo, resultan factores necesarios y fundamentales en la estrategia competitiva de las empresas que compiten en dicho mercado.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procede a analizar la responsabilidad de cada una de las personas naturales investigadas.

¹⁶⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución que resuelve el recurso de reposición interpuesto en contra de la Resolución Sanción No. 80847 del 7 de octubre de 2015, Pág. 151.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

12.2.1. NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA (representante legal de BESTCOLFRUITS)

Como se encuentra acreditado en el expediente, y descrito detalladamente en el presente acto administrativo mediante diferentes elementos probatorios, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** asistió a la reunión del 14 de febrero de 2017 que tuvo como objeto compartir información de precios de las frutas, llegar a un consenso sobre el precio de referencia aceptable para las mismas y acordar la presentación de observaciones coordinadas para presionar a **CCE** a subir los precios y modificar otras condiciones técnicas en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, en declaración rendida ante esta Superintendencia, declararon la asistencia de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** a la citada reunión, información que fue corroborada por el propio investigado al afirmar que:

“NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: Y también preciso don Albeiro Torres me invitó a una reunión en las ferias en la bodega de él y me pidió el favor que llamara a don Hugo Nelson Daza y lo invitara a una reunión. Yo llame a don Hugo y le dije que don Albeiro nos había invitado a una reunión para hablar del tema de fruta, porque así me dijo don Albeiro. Entonces yo le dije a don Hugo que si estaba interesado y él me dijo que sí. Me preguntó dónde era la reunión. Yo le dije a don Albeiro que dónde era la reunión y él mandó la dirección de la bodega, yo se la reenvíe a don Hugo, fuimos a la reunión. La reunión la dirigía don Albeiro Torres, pues era la bodega de él y él convocó a la reunión. Cuando yo llegué estaba doña Stella”¹⁷⁰.

Respecto del objeto de la reunión, **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** manifestó que en la misma habían realizado un ejercicio económico de precios para saber la diferencia entre el precio de la **SED** y el del mercado. Posterior a esto, agregó “el mismo **ALBEIRO** puso los precios de Secretaría y sacó un promedio y el mismo dijo: ¿qué vamos a hacer? Cuando doña **STELLA** dijo: observemos. El anotó [en el tablero] observemos”¹⁷¹.

Lo anterior permite a este Despacho concluir que el investigado, además de estar presente en la reunión, conocía que uno de sus propósitos era comparar el precio de referencia del pliego de condiciones con el que consideraban prevalecía en el mercado y que, con base a dichas comparaciones, observarían coordinadamente para modificar las condiciones del pliego.

Adicionalmente, se probó que **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** también asistió a la reunión sostenida por varios de los investigados el 2 de febrero de 2017, cuyo objetivo fue acordar no presentarse al proceso **LP-AMP-129-2016**, como respuesta a que **CCE** no aumentó el precio de referencia de las frutas y hortalizas. El investigado, en declaración ante esta Superintendencia, confirmó la existencia de dicha reunión y agregó que fue **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** quien lo citó a la misma, a llevarse a cabo en Gran Estación, y que le pidió el favor de llamar a **HUGO NELSON DÁZA HERNÁNDEZ**. Esto se corroboró mediante la declaración de varios de los investigados y registro fotográfico de notas de la reunión tomadas por **DISFRUVER**.

Finalmente, el mismo **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** confirmó que durante esta segunda reunión, cada uno de los asistentes manifestó abiertamente su intención de no presentarse al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, de la siguiente manera.

“DELEGATURA: ¿Y entonces qué ocurrió en esa reunión, la que usted me dice que no sabía para qué lo habían citado?”

NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA: En esa reunión llegamos y don Albeiro y todos empezaron a hablar del tema de las observaciones y Juan Pablo o Andrea, no recuerdo, dijeron a ese precio yo no me presento, preséntese el que quiera, yo no me presento. Entonces yo les dije: ‘yo no voy a acabar con el capital de mi papá’. Yo tenía claro que no me presentaba y cada uno empezó a decir voluntariamente: ‘yo no me presento’, ‘yo no me presento’”¹⁷².

¹⁷⁰ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 21:38 a 24:29.

¹⁷¹ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 26:41 y 2’31:17.

¹⁷² Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 32:31.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Por todo lo anterior, para el Despacho es claro que **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** ejecutó la participación de **BESTCOLFRUITS** en el acuerdo anticompetitivo que, como ya se expuso en numerales anteriores, se materializó con la presentación coordinada de observaciones y la posterior no presentación de ofertas al proceso objeto de análisis.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra probado que **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** es administrativamente responsable en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado la participación de **BESTCOLFRUITS** en el acuerdo anticompetitivo dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

12.2.2. Responsabilidad de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**

Del material probatorio que obra en el Expediente se encuentra demostrado que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** es administrativamente responsable en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por ejecutar un acuerdo para coludirse en el proceso de contratación **LP-AMP-129-2016**.

Este Despacho logró establecer que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** participó de las dos reuniones, como representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada a **NAMASTÉ**, en las que los investigados concertaron presentar observaciones para presionar a **CCE** a subir el precio de referencia de las frutas y hortalizas en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, así como en donde se acordó no presentar oferta con el fin de que se declararan desiertos los segmentos relacionados con dichos alimentos y la Entidad contratante tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación. Adicionalmente, **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** se comportaron de acuerdo con lo pactado en dichas reuniones de modo que el acuerdo colusorio se ejecutó.

Así mismo, está probado que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** trató activamente de persuadir a socios de **FAC** para que no subsanara su oferta en el proceso **LP-AMP-129-2016**, con el fin de impedir que se desvirtuara el objetivo del acuerdo anticompetitivo.

Por su parte, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**) en su declaración manifestó que él fue contactado por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, con el fin de reprocharle el que **FAC** se hubiera presentado al proceso de selección y que hubiera resultado adjudicatario de 5 de los 25 segmentos del grupo de las “*frutas y hortalizas*”, como se aprecia a continuación:

“DELEGATURA: ¿Usted en su declaración anterior nos comentaba que usted recibió unas llamadas, cuénteme todo sobre esas llamadas?”

*JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: Pues que las llamadas, como sobre que me las pregunta? ¿sobre el tema de las frutas?; sobre el tema digamos que por qué después de que salió favorecido **FAC S.A.S.**, yo tuve unas llamadas digamos un poco delicadas, me regañan a mí, me llama por ejemplo Stella [Téllez Hernández] y me dijo de hasta qué me iba a morir por teléfono, me llamó...*

DELEGATURA: ¿Qué le dijo?, Cuénteme un poquito más.

*JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: No, ella me decía pues, digamos, 'qué falta de palabra, que qué falta de yo no sé qué', pero es que yo no tengo por qué tener palabra, yo no era, no tenía capacidad de licitar, yo no podía presentarme, entonces seguro porque yo apoyé a la otra empresa [se refiere a **FAC S.A.S.**], o porque me presenté como el que les di, digamos el aval en la cuestión de que yo sí tenía la fruta, que sí les podía ayudar a conseguir la fruta, los orientaba sobre el tema... La señora de Disfruver [se refiere a **Andrea Rosas Díaz**] también me llamó, me dijo que me faltaban yo no sé qué cosas por allá abajo, que por qué no me ponía las tetas de ella, esas palabras me las dijo y me colgó el teléfono, entonces digamos esas cositas.*

(...)

DELEGATURA: Recuérdenos por favor ¿qué fue lo que manifestó la señora Stella Téllez en la llamada?

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS: *Me regañó y me dijo que yo era una de las personas que nunca me volverían a invitar a una reunión porque me faltaban... y eso se dio así, nunca me volvieron a llamar, ella no volvió a llamar”*¹⁷³.

Por lo anterior, el Despacho concluye que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** ejecutó la participación de **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** que, como ya se expuso en numerales anteriores, se materializó con la presentación coordinada de observaciones y la posterior no presentación de ofertas al proceso objeto de análisis.

Debe señalarse que a lo largo de la presente actuación administrativa, también se acreditó una conducta procesal reprochable por parte de la investigada.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra probado que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** es administrativamente responsable en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado la participación de **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** en el acuerdo anticompetitivo dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

12.2.3. GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR (representante legal de ALIMENTOS DAZA)

Si bien no existe evidencia que demuestre que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** asistió a las reuniones que tuvieron lugar el 14 de enero y 2 de febrero de 2017, sí es claro para este Despacho que su padre, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** asistió a las mismas, en donde además jugó un rol determinante en la conformación y ejecución del cartel. Este aspecto es de vital importancia, pues permite inferir que dado el grado de participación de éste en la estructuración del acuerdo y que, según lo reconoció **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** en sus declaraciones¹⁷⁴ y en los descargos¹⁷⁵, fue **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** quien la asesoró en lo relacionado con los procesos **LP-AMP-129-2016** y **SA-SI-AG-140-2017**, resulta bastante improbable que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** no tuviera conocimiento acerca de la creación y funcionamiento del cartel.

A más de lo anterior, por cuanto pudo confirmarse que **ALIMENTOS DAZA** actuó de conformidad con lo acordado por los cartelistas, esto es, presentó observaciones en los términos concertados y no presentó oferta, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, como representante legal de la empresa, toleró la conducta anticompetitiva objeto de cuestionamiento.

Así, la Superintendencia de Industria y Comercio encuentra probado que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** es administrativamente responsable en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber tolerado la participación de **ALIMENTOS DAZA** en el acuerdo anticompetitivo dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

12.2.4. JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ (representante legal de DISFRUVER)

Según la información contenida en la tabla No. 1 de la presente Resolución logró establecerse que de un total de seis (6) declarantes, cinco (5), entre ellos el mismo **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, coincidieron en señalar que éste asistió a la reunión del 14 de febrero de 2017 que tuvo como objeto compartir información de precios de las frutas y llegar a un consenso sobre el precio de referencia aceptable para las mismas en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

Así mismo, el material probatorio recaudado dentro de las presentes diligencias permitió establecer que el objeto de dicha reunión fue el de concertar la presentación de observaciones con el fin de presionar un aumento en los precios, tal y como así lo admitió **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, así:

¹⁷³ Folio 3534 del cuaderno público No. 16 (Ratificación de José Fidel Aldana Cortés, minutos 1:01:24 y 1:31:22.).

¹⁷⁴ Folio 1576 del Cuaderno Reservado No. 8 ALIMENTOS DAZA, Min: 47:23 a 48:00 Parte II. También folio 3524 del Cuaderno Público No. 16, Min: 47:08 a 47:26; 1:12:57 a 1:14:42; 1:18:28 a 1:19:33.

¹⁷⁵ Folio 2544 del Cuaderno Público No. 12.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

“JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: La finalidad era la que...poder observar a la entidad...poder enviar observaciones para que pues mejorarán el precio...pues porque el precio estaba muy difícil el tema¹⁷⁶.

Es claro para este Despacho que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** asistió a la reunión y conoció los propósitos anticompetitivos de la misma. A más de ello, pudo establecerse que también asistió a la reunión sostenida por varios de los investigados el 2 de febrero de 2017, cuyo objetivo fue acordar no presentarse al proceso **LP-AMP-129-2016**, como respuesta a que **CCE** no aumentó el precio de referencia de las frutas y hortalizas. El investigado, en declaración ante esta Superintendencia confirmó la existencia de dicha reunión y el propósito de la misma, tal y como lo demuestra el siguiente extracto de su declaración:

“JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ: En esa reunión se discutió, eh, hubo una pregunta de si alguien se iba a presentar, entonces eh, cada uno empezó a decir: ‘nosotros de parte de Comercializadora DISFRUVER no nos presentamos. Y así alguien preguntó, no recuerdo quién, a cada uno de los asistentes si se iba a presentar’¹⁷⁷.

Por todo lo anterior, para el Despacho es claro que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** ejecutó la participación de **DISFRUVER** en el acuerdo anticompetitivo que, como ya se expuso en numerales anteriores, se materializó con la presentación coordinada de observaciones y la posterior no presentación de ofertas al proceso objeto de análisis.

Así, para la Superintendencia de Industria y Comercio se encuentra probado que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** es administrativamente responsable en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado la participación de **DISFRUVER** en el acuerdo anticompetitivo dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

12.2.5. ANDREA ROSAS DÍAZ (subgerente de DISFRUVER)

Diferentes elementos probatorios recaudados en la presente investigación llevaron a este Despacho a la convicción de que **ANDREA ROSAS DÍAZ**, a más de asistir a la reunión del 14 de febrero de 2017, tuvo un conocimiento claro acerca del propósito de la misma. A manera de ilustración, se transcribe el siguiente aparte de su declaración según la cual el propósito de presentar observaciones concertadas era el que la entidad recapacitara y subiera los precios:

“ANDREA ROSAS DÍAZ: En esa reunión se empezó a hablar del proceso de la SED 129-16. Empezamos a hablar de los precios de las frutas en el mercado. Los precios que realmente eran del mercado. En esa oportunidad concluimos que el precio era muy malo. El proceso estaba en pre pliegos y que había que hacer observaciones para que la entidad recapacitara y subiera los precios, pues porque no le servían a nadie. Dijimos qué observaciones había que hacer¹⁷⁸.

En cuanto a la reunión del 2 de febrero de 2017, logró establecerse que **ANDREA ROSAS DÍAZ** tuvo una participación importante en la organización de la misma, según se desprende de la conversación de *WhatsApp* cuyo aparte se transcribe a continuación, en donde es claro que esta se ocupó de saber qué asistentes habían confirmado y colaborar para que otros los hicieran, así:

“ANDREA ROSAS DÍAZ:
Quienes ya confirmaron??

FRUVELIN:
Por favor necesitamos que se vinculen, que se hagan presentes.
La Sra Stella el Sr. Daza. Sr. Fidel. Fruberlín.

ANDREA ROSAS DÍAZ:
Ok listo sí señor!”

¹⁷⁶ Folio 2961 Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 34:48.

¹⁷⁷ Folio 2961 Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 55:39.

¹⁷⁸ Folio 2962 Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 1’47:21.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

De igual manera, está probada su asistencia y conocimiento del propósito de dicha reunión, tal y como el aparte de su declaración lo permite apreciar:

"ANDREA ROSAS DÍAZ: Fecha límite para presentar la oferta. En la Gran Estación nos encontramos nuevamente don Hugo Nelson Daza, don Albeiro, don Fidel Aldana, la señora Stella Téllez, Andrea Rosas, Alejandro Castelblanco, Fidel Aldana"¹⁷⁹.

A más de lo anterior, está claro que **ANDREA ROSAS DÍAZ** de manera activa trató de persuadir a algunos de los miembros de **FAC** para que no presentaran oferta, según ella misma lo reconoció - pues ello iría en contravía de los propósitos de los cartelistas-. A continuación el respectivo acápite de su declaración:

"ANDREA ROSAS DÍAZ: Después de la reunión de Gran Estación, yo llamé a la Doctora Ligia Cobos y le pregunté: '¿Doctora usted se va a presentar al proceso?' y ella me dijo: pues la verdad es que nosotros no hemos definido. (...); Entonces yo le pregunté: ¿ustedes se van a presentar? Pues nosotros no hemos definido si nos presentamos o no. Entonces, yo le dije, Doctora: esa operación da unos niveles de pérdida muy grande. Yo no sé si ustedes ya hayan hecho el análisis de la negociación pero nosotros que llevamos hartos años vendiendo frutas, doctora, esa operación da pérdida"¹⁸⁰.

Con fundamento en lo expuesto, es evidente para el Despacho que **ANDREA ROSAS DÍAZ** ejecutó la participación de **DISFRUVER** en el acuerdo anticompetitivo que, como ya se expuso en numerales anteriores, se materializó con la presentación coordinada de observaciones, la posterior no presentación de ofertas al proceso objeto de análisis y la influencia ejercida sobre algunos miembros de **FAC** para que no presentaran oferta. Debiendo resaltarse además, que a lo largo de la presente actuación administrativa, se acreditó una conducta procesal reprochable por parte de la investigada.

Así, Superintendencia de Industria y Comercio encuentra probado que **ANDREA ROSAS DÍAZ** es administrativamente responsable en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado la participación de **DISFRUVER** en el acuerdo anticompetitivo dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

12.2.6. HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ (vinculado con ALIMENTOS DAZA)

Respecto de este investigado, al haber quedado establecida su responsabilidad como agente de mercado, tal y como se indicó en el numeral 12.1.2. de la presente Resolución, procede este Despacho a indicar que como persona natural no le asiste en consecuencia responsabilidad alguna a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y, por tanto, procede a **ARCHIVAR** la investigación en su favor con fundamento en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

12.3. Sobre el allanamiento de DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ

A continuación, el Despacho analizará el allanamiento presentado por **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** con el fin de determinar si existió coherencia entre la aceptación del cargo de colusión en el proceso de contratación **LP-AMP-129-2016** y una efectiva colaboración con la autoridad para, en consecuencia, determinar si hay lugar o no a otorgar alguna circunstancia de atenuación. En tal sentido, el análisis inicia con la determinación de qué se entiende por la figura del allanamiento, prosigue con el estudio de cómo opera dicha figura dentro del régimen de competencia en Colombia, continua con el análisis de cómo opera la misma frente a personas naturales y concluye con el examen del caso en cuestión.

a. De la figura del allanamiento

Como punto de partida del análisis acerca de qué se entiende por allanamiento, este Despacho se apoya en la definición ofrecida por el Diccionario de la Real Academia Española¹⁸¹, según la cual

¹⁷⁹ Folio 2962 Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 2'36:48.

¹⁸⁰ Folio 2962 Cuaderno Reservado No. 3 DISFRUVER, Min: 2'51:39.

¹⁸¹ <<https://dle.rae.es/?id=1ustnZQ>> consultada el 30 de septiembre de 2019.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

allanamiento responde al “acto de conformarse con una demanda o decisión”, o al “acto procesal del demandado por el que acepta las pretensiones dirigidas contra él en una demanda”. Por su parte, por conformarse se entiende como la acción de “aceptar voluntariamente algo que se considera insuficiente o no satisface completamente un deseo, ilusión o necesidad”¹⁸².

En tal sentido, se puede señalar que allanarse significa aceptar voluntariamente una demanda, decisión o las pretensiones dirigidas en su contra en una demanda. Así lo consagra la Ley 906 de 2004 cuando dispone: “Artículo 283. Aceptación por el imputado. La aceptación por el imputado es el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta delictiva que se investiga.” Por tanto, el acto contrario sería rebelarse u oponerse.

El allanamiento responde a lo que la doctrina denomina ‘derecho premial’ consistente en la renuncia del Estado a la acción penal, a la pena o parte de ella, como contraprestación a la colaboración que el delincuente le puede ofrecer¹⁸³. En armonía con tal doctrina, el Estado opta por ceder parte de su pretensión punitiva como respuesta a la búsqueda de eficiencia, cuya operación consiste en ofrecer una compensación al imputado que ha decidido facilitar la solución de la cuestión criminal¹⁸⁴. Por su parte, la jurisprudencia a más de calificar de útil el uso de dicha figura para mejorar la percepción colectiva de eficiencia de la administración de justicia,¹⁸⁵ la ha entendido así¹⁸⁶:

“...la aceptación de los cargos es una modalidad de terminación abreviada que consiste en el reconocimiento libre, consciente y espontáneo de haber participado en alguna forma o grado en la ejecución de la conducta punible motivo de investigación (artículo 283). Mediante tal acto unilateral —o consensuado— el imputado o enjuiciado, según el caso, renuncia no sólo al derecho de no auto incriminación, sino a la posibilidad de tener un juicio oral, público, contradictorio, concentrado, imparcial, a allegar pruebas y controvertir las que se aduzcan en su contra, a cambio de obtener, dependiendo del momento en que se dé esa manifestación —o de lo acordado con el fiscal—, una sustancial rebaja en la pena que habría de corresponderle por la conducta llevada a cabo, para el evento en que el proceso culminara con fallo condenatorio por los cauces ordinarios.

En otras palabras, la figura premia al procesado que mediante la manifestación libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, y asistido por un abogado defensor, acepta sin ningún condicionamiento la responsabilidad penal en el comportamiento de trascendencia social y jurídica atribuido por la Fiscalía, al permitirle al Estado ahorrar esfuerzos y recursos en su investigación y juzgamiento”.

De lo expuesto, se tiene que el allanamiento es una figura creada con el ánimo de ayudar a la eficiencia de la administración de justicia, que inicia con el acto voluntario del procesado quien a cambio de una rebaja en la pena decide aceptar, sin reparo alguno, la imputación que le ha sido formulada. Así, el acto de conformarse con la imputación no puede ser forzada, no puede mediar ningún condicionamiento acerca de la responsabilidad que se está aceptando y debe generarle al imputado una recompensa por el hecho de ahorrarle esfuerzos y recursos al Estado. A continuación, se presenta un análisis de cómo opera dicha figura dentro del régimen de competencia en Colombia

b. Del allanamiento en el marco del régimen de libre competencia en Colombia

Del examen al régimen de libre competencia en Colombia se advierte que la figura del allanamiento, tal y como se estudió en el acápite anterior, no se encuentra establecida. Sin embargo, el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 alude a que la “colaboración con las autoridades en el

¹⁸²

<https://www.google.com/search?rlz=1C1GCEU_esCO832CO832&biw=1366&bih=657&q=Diccionario&stick=H4sIAA_AAAAAAONQesSoyi3w8sc9YSmZSWtOXmMU4-LzL0jNc8IMLsnMz0ssqrRiUWJKLeZZxMoNFESGi2XmAwCSYVWV3OAAAA&zx=1569856865286#dobs=conformarse> consultada el 30 de septiembre de 2019.

¹⁸³ González J en Gabriel Andrés Moreno Castañeda, ‘La Retracción en la Aceptación de Responsabilidad Unilateral. El Caso Colombiano a partir de la Jurisprudencia’ (2018) Cuadernos de Derecho Penal, 85.

¹⁸⁴ *Ibíd.*

¹⁸⁵ *Ibíd.*

¹⁸⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicado No. 32.422 de Marzo 10 de 2010, M. P. Julio Enrique Socha Salamanca

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción”, situación que de manera analógica podría considerarse como un desarrollo de la misma. Así, para efectos de analizar la solicitud de allanamiento de los investigados, este Despacho se abstendrá de utilizar la expresión allanamiento y, en su lugar, utilizará la expresión ‘*colaboración con las autoridades*’, para lo cual se servirá de la naturaleza y características del allanamiento previamente descritas.

En efecto, mediante la Resolución No. 57600 de 2019, este Despacho reconoció que la aceptación expresa de los cargos imputados por parte de un investigado puede traducirse como una colaboración con la Autoridad en la investigación de la conducta, lo que representaría una circunstancia de atenuación de la sanción, de conformidad con el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Posterior a la evaluación del caso concreto que incluyó un análisis de la conducta procesal durante la totalidad de la investigación de quienes aceptaron los cargos, se concluyó que la misma generó eficiencia y celeridad en la investigación, que evitó desgastes innecesarios a la administración durante el desarrollo de la misma y que no medió ningún condicionamiento acerca de la responsabilidad que estos aceptaron. Por lo anterior, el Despacho concedió en dicha actuación administrativa una atenuación de la sanción tanto al agente de mercado como a las personas naturales relacionadas con él.

c. De la colaboración con las autoridades frente a personas naturales

Este Despacho aprecia que si bien el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 se ocupó de establecer que la colaboración de agentes de mercado con la autoridad de competencia es generador de circunstancias de atenuación, el artículo 26 de la misma normativa no estableció similar beneficio a las personas naturales. No obstante lo anterior, con el ánimo de permitirles a las personas naturales gozar del mismo, esta Superintendencia dando aplicación al principio de favorabilidad y haciendo una interpretación extensiva del espíritu del legislador, entenderá que las personas naturales que colaboren con la autoridad también podrán ser acreedoras a la atenuación de la sanción.

d. Del examen del caso en cuestión

En el presente caso, **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ y ANDREA ROSAS DÍAZ** ofrecieron colaborar con la autoridad de competencia para lo cual aceptaron el cargo de colusión que les fue imputado en el proceso de contratación **LP-AMP-129-2016**. Sin embargo, a lo largo de la actuación procesal se advirtió que, de manera contradictoria a un ánimo de colaborar con la investigación, estos presentaron varias nulidades por presuntas irregularidades que afectaron la averiguación de la presunta colusión en el proceso de selección en cuestión, las que fueron oportunamente resueltas por la Delegatura, reiteradas con la presentación de observaciones al Informe Motivado y nuevamente resueltas por este Despacho a través del presente acto administrativo.

Sobre el particular, vale la pena agregar que una de las características de la figura del allanamiento, de la cual se sirve esta Superintendencia como marco de referencia para resolver una posible atenuación de la sanción por colaboración, consiste en que en la aceptación del cargo no medie ningún condicionamiento acerca de la responsabilidad que se está aceptando. Tal situación no se observó en las presentes actuaciones ya que los investigados de manera insistente trataron, en unos casos, de desvirtuar su responsabilidad y, en otros, de justificar su actuar.

A su vez, formularon tachas a testigos y múltiples observaciones al Informe Motivado que buscaban desvirtuar responsabilidad alguna respecto del cargo al que previamente se habían conformado. Así las cosas, a pesar de que en un principio existió un ánimo de colaborar, lo cierto es que la actuación procesal demandó un desgaste importante para esta Superintendencia al tratar de probar el cargo de colusión respecto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, tornando en inocua la referida aceptación de cargos.

En tal virtud, resulta preciso indicar que esta Superintendencia recibe con complacencia las solicitudes de colaboración en las investigaciones que se adelantan por prácticas restrictivas de la competencia, tales como la participación en el programa de beneficios por colaboración o la aceptación de cargos, ante lo cual se otorgarán los beneficio o atenuaciones correspondientes. No obstante, como se explicó anteriormente, en el presente caso, este Despacho debe abstenerse de conceder atenuación alguna de la sanción dado que los investigados, a pesar de haber aceptado

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

el cargo de colusión, a lo largo de la investigación, no facilitaron de una manera efectiva la solución de la imputación formulada.

DÉCIMO TERCERO: Monto de las sanciones

Sobre las sanciones que se imponen por la violación a las normas sobre protección de la libre competencia económica, es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad”.

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

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que las conductas que se están sancionando en esta Resolución están relacionadas con la adquisición de bienes y servicios por parte del gobierno, que como se señaló anteriormente, resulta ser una de las más gravosas, teniendo en cuenta que el gasto del gobierno representa cerca del 15% del gasto total de la economía y que cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una asignación eficiente de los recursos públicos. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica en el marco de compras públicas tendrá un impacto importante en la economía, la industria y el bienestar de la población colombiana.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta el tamaño de las empresas, sus ingresos operacionales, patrimonio y, en general, toda la información financiera de las mismas, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria.

También, se tendrá en cuenta la conducta de los investigados durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad del producto involucrado que, en este caso, corresponde a las frutas y hortalizas que componen los refrigerios del PAE en Bogotá.

Bajo ese contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta **por CIENTO MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

13.1. Agentes de mercado

13.1.1. Sanción a pagar por ALIMENTOS DAZA

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ALIMENTOS DAZA**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que la conducta tuvo sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **ALIMENTOS DAZA** y sus co-cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

Lo anterior tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% del mercado, es decir los 30 segmentos del grupo de frutas y hortalizas del proceso No. **LP-AMP-129-2016**, pues producto del actuar coordinado de **ALIMENTOS DAZA** y demás colusores, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en efecto la no presentación de ofertas y su consecuencia, declaración de desierto de 25 segmentos del proceso, llevó a que **CCE** tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación, bajo condiciones diferentes al inicial y que, a la postre, resultó siendo adjudicado a una Unión Temporal, conformada, entre otros, por **ALIMENTOS DAZA**.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **ALIMENTOS DAZA** tuvo una participación activa y protagónica en la conducta anticompetitiva que se acreditó, toda vez que concurrió y contribuyó al desarrollo de las dos reuniones en las que los investigados concertaron sus conductas y actuó conforme a lo acordado en dichas reuniones.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que **ALIMENTOS DAZA** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **ALIMENTOS DAZA** se le impondrá una multa de **QUINIENTOS VEINTIÚN MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$521.713.080.00)** equivalentes a **SEISCIENTOS TREINTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (630 SMMLV)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta sanción equivale al 20,9% aprox. de su patrimonio de 2017 y al 4% aprox. de sus ingresos del mismo año.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

La anterior sanción equivale al 0,63% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.1.2. Sanción a pagar por HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que la conducta tuvo sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, como controlante de **ALIMENTOS DAZA**, presentó observaciones coordinadas para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

Lo anterior tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% del mercado, es decir los 30 segmentos del grupo de frutas y hortalizas del proceso No. **LP-AMP-129-2016**, pues producto del actuar coordinado de **ALIMENTOS DAZA**, empresa controlada por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, y demás colusores, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en efecto la no presentación de ofertas y su consecuencia, declaración de desierto de 25 segmentos del proceso, llevó a que **CCE** tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación, bajo condiciones diferentes al inicial y que, a la postre, resultó siendo adjudicado a una Unión Temporal, conformada, entre otros, por **ALIMENTOS DAZA**.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** tuvo una participación activa y protagónica en la conducta anticompetitiva que se acreditó, toda vez que concurrió a las reuniones en representación de **ALIMENTOS DAZA** y contribuyó al desarrollo de las mismas, llevando a que en ellas se concertara la conducta de las empresas. Posteriormente, **ALIMENTOS DAZA** actuó conforme a lo acordado en dichas reuniones.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** presentó una conducta procesal reprochable toda vez que sus declaraciones ante esta Superintendencia a lo largo de la actuación administrativa, fueron deliberadamente contrarias a la evidencia examinada contenida en el Expediente. A manera de ilustración, ocho declarantes coincidieron en afirmar que el propósito de la reunión llevada a cabo el 14 de enero de 2017 fue el de contrastar el precio promedio de mercado de cada una de las frutas con el precio establecido en el proceso **LP-AMP-129-2016**. Sin embargo, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** de manera injustificada negó que en dicha reunión se hubieran discutido aspectos relacionados con el precio de las frutas, en los siguientes términos:

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

“**DELEGATURA:** ¿En esa reunión recuerda si hablaron sobre precios de frutas, con respecto a los precios que tenía Colombia Compra Eficiente?”

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ: A no, no, no porque como le digo a sumercé nosotros de precios diferentes ya cada uno maneja su tema aparte, nosotros manejamos totalmente con, nosotros somos autónomos en manejar nosotros el precio directamente acá. O sea nosotros nunca lo comentamos porque pues uno va a comentar un precio, pues uno ve que el otro de pronto, si uno da un precio va alguien y se, se, un ejemplo si fuera un precio bueno pues alguien se mete a...uno dice uno maneja siempre su, su, su empresa independientemente, pues no la empresa mía, la empresa de mi hija, pero sí totalmente...”¹⁸⁷.

Su versión ofreció serios cuestionamientos al ser contrastada con la rendida por **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO**, quien indicó que fue **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** quien precisamente lo invitó a asistir a la reunión en los siguientes términos: “*Ingeniero necesitamos que para esa licitación que existe en ese momento nos reunamos los de la fruta y miremos qué vamos a hacer porque los precios están muy bajos, fue lo que él me dijo*”. A su vez, **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** reportó que fue él quien citó a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, para lo cual le indicó que el propósito de la reunión era “*para hablar del tema de fruta, porque así me dijo don Albeiro. Entonces yo le dije a don HUGO que si él estaba interesado y él me dijo que sí*”.

A más de lo anterior, existe una conversación de *WhatsApp* de fecha 16 de enero de 2017 (dos días después de llevarse a cabo la reunión del 14 de enero de 2017) en donde claramente **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** se refiere a que no se van a presentar si no arreglan precios, lo que inequívocamente demuestra que él sí tenía conocimiento de que en la reunión del 14 de enero de 2017 se discutieron precios, a continuación el respectivo aparte:

“De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza

Marca de hora: 16/01/2017 16:05(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Si no arreglan precios o cambian las condiciones tampoco”¹⁸⁸

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** se le impondrá una multa de **CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$173.904.360.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS DIEZ SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (210 SMMLV)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

La anterior sanción equivale al 0,21% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.1.3. Sanción a pagar por DISFRUVER

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **DISFRUVER**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que la conducta tuvo sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **DISFRUVER** y sus co-cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

¹⁸⁷ Folio 1576 del Cuaderno Reservado ALIMENTOS DAZA, Min: 1'12:35.

¹⁸⁸ Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8. Chat-148.txt con Object ID 6881823 y ruta de acceso: 01_CEL_LUIS_ALBEIRO_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Lo anterior tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% del mercado, es decir los 30 segmentos del grupo de frutas y hortalizas del proceso No. **LP-AMP-129-2016**, pues producto del actuar coordinado de **DISFRUVER** y demás colusores, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en efecto la no presentación de ofertas y su consecuencia, declaración de desierto de 25 segmentos del proceso, llevó a que **CCE** tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación, bajo condiciones diferentes al inicial y que, a la postre, resultó siendo adjudicado a una Unión Temporal, conformada, entre otros, por **DISFRUVER**.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **DISFRUVER** tuvo una participación activa y protagónica en la conducta anticompetitiva que se acreditó, toda vez que concurrió y contribuyó al desarrollo de las dos reuniones en las que los investigados concertaron sus conductas y actuó conforme a lo acordado en dichas reuniones.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que **DISFRUVER** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **DISFRUVER** se le impondrá una multa de **SETECIENTOS NOVENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$790.850.780.00)** equivalentes a **NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (955 SMMLV)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta sanción equivale al 18% aprox. de su patrimonio de 2017 y al 3,7% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,96% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.1.4. Sanción a pagar por ALIMENTOS SPRESS

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ALIMENTOS SPRESS**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que la conducta tuvo sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **ALIMENTOS SPRESS** y sus co-cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Lo anterior tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% del mercado, es decir los 30 segmentos del grupo de frutas y hortalizas del proceso No. **LP-AMP-129-2016**, pues producto del actuar coordinado de **ALIMENTOS SPRESS** y demás colusores, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en efecto la no presentación de ofertas y su consecuencia, declaración de desierto de 25 segmentos del proceso, llevó a que **CCE** tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación, bajo condiciones diferentes al inicial.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **ALIMENTOS SPRESS** tuvo una participación activa y protagónica en la conducta anticompetitiva que se acreditó, toda vez que concurrió y contribuyó al desarrollo de las dos reuniones en las que los investigados concertaron sus conductas y actuó conforme a lo acordado en dichas reuniones.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que **ALIMENTOS SPRESS** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **ALIMENTOS SPRESS** se le impondrá una multa de **TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$335.386.980.00)** equivalentes a **CUATROCIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (450 SMMLV)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta sanción equivale al 18% aprox. de su patrimonio de 2017 y al 1,8% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,41% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.1.5. Sanción a pagar por **NAMASTÉ**

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **NAMASTÉ**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que la conducta tuvo sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **NAMASTÉ** y sus co-cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

Lo anterior tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% del mercado, es decir los 30 segmentos del grupo de frutas y hortalizas del proceso No. **LP-AMP-129-2016**, pues producto del actuar coordinado de **NAMASTÉ** y demás colusores, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en efecto la no presentación de ofertas y su consecuencia, declaración de desierto de 25 segmentos del proceso, llevó a que **CCE** tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación, bajo condiciones diferentes al inicial.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **NAMASTÉ** tuvo una participación activa y protagónica en la conducta anticompetitiva que se acreditó, toda vez que concurrió y contribuyó al desarrollo de las dos reuniones en las que los investigados concertaron sus conductas y actuó conforme a lo acordado en dichas reuniones.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que **NAMASTÉ** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **NAMASTÉ** se le impondrá una multa de **DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$219.450.740.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (265 SMMLV)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta sanción equivale al 17,9% aprox. de su patrimonio de 2017 y al 4% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,27% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.1.6. Sanción a pagar por **BESTCOLFRUITS**

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **BESTCOLFRUITS**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en el marco del proceso **LP-AMP-129-2016**, este Despacho indica lo siguiente:

En relación con el impacto que la conducta tuvo sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **BESTCOLFRUITS** y sus co-cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Lo anterior tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la dimensión del mercado afectado, se tiene que con la conducta se afectó el 100% del mercado, es decir los 30 segmentos del grupo de frutas y hortalizas del proceso No. **LP-AMP-129-2016**, pues producto del actuar coordinado de **BESTCOLFRUITS** y demás colusores, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

En cuanto al beneficio obtenido por el infractor de la conducta, el Despacho encontró probado que la estrategia anticompetitiva de los investigados resultó exitosa, toda vez que en efecto la no presentación de ofertas y su consecuencia, declaración de desierto de 25 segmentos del proceso, llevó a que **CCE** tuviera que abrir un nuevo proceso de contratación, bajo condiciones diferentes al inicial.

En relación con el grado de participación en la conducta, se demostró durante la presente actuación administrativa que **BESTCOLFRUITS** tuvo una participación activa y protagónica en la conducta anticompetitiva que se acreditó, toda vez que concurrió y contribuyó al desarrollo de las dos reuniones en las que los investigados concertaron sus conductas y actuó conforme a lo acordado en dichas reuniones.

Frente a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que **BESTCOLFRUITS** no presentó una conducta procesal que implique una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **BESTCOLFRUITS** se le impondrá una multa de **DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$248.434.800.00)** equivalentes a **TRESCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (300 SMLLV)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

La anterior sanción equivale al 0,3% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

13.2. Personas naturales

13.2.1. Sanción a JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, representante legal de DISFRUVER

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, dado que ejecutó la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública), de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la persistencia en la conducta infractora, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta restrictiva activamente, asistió a las dos reuniones en donde se concertó con sus competidores y ejecutó lo acordado en las mismas.

En relación con el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **DISFRUVER** y sus co-cartelistas

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

Dicha situación tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la reiteración de la conducta prohibida, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la conducta procesal del investigado, este Despacho no observó que hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

Finalmente, en cuanto al grado de participación en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** participó activamente y de manera protagónica en la ejecución de la colusión en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, se tiene entonces que a **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** se le impondrá una multa de **NUEVE MILLONES CIENTO NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$9.109.276.00)** equivalentes a **ONCE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (11 SMMLV)** por la ejecución de las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta sanción equivale al **█**% aprox. de su patrimonio de 2016 y al **█**% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,55% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

13.2.2. Sanción a **ANDREA ROSAS DÍAZ**, subgerente de **DISFRUVER**

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **ANDREA ROSAS DÍAZ**, dado que ejecutó la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública), de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la persistencia en la conducta infractora, se encuentra demostrado que la investigada participó en la conducta restrictiva activamente, asistió a las dos reuniones en donde se concertó con sus competidores y ejecutó lo acordado en las mismas.

En relación con el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **DISFRUVER** y sus co-cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

Dicha situación tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE**

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al PAE en Bogotá, pues impidió que la SED se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la reiteración de la conducta prohibida, este Despacho no encontró que la investigada hubiese sido sancionada con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

Frente a la conducta procesal de la investigada, este Despacho observó que **ANDREA ROSAS DÍAZ** presentó una conducta procesal reprochable toda vez que sus declaraciones ante esta Superintendencia a lo largo de la actuación administrativa, fueron contradictorias. Prueba de ello, es que en declaración inicial informó que la presentación de observaciones respondió a "...un consenso en el que todos nos pusimos de acuerdo para presentar las obligaciones que estaban en pre pliego...", sin embargo, de manera inexplicable, en su declaración de ratificación cambió los términos de su declaración inicial, según ella, debido a un "problema semántico" y agregó que, en la reunión del 14 de enero de 2017 no se hacía necesario que los asistentes acordaran hacer observaciones, ya que previamente durante el desarrollo del proceso, todos ellos habían tenido la oportunidad de presentar observaciones las cuales al ser públicas fueron de conocimiento general. Dicha situación no se constituye para este Despacho en un problema semántico, sino en una decisión consciente de obstruir la actividad investigativa adelantada por esta Superintendencia.

Finalmente, en cuanto al grado de participación en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **ANDREA ROSAS DÍAZ** participó activamente y de manera protagónica en la ejecución de la colusión en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, se tiene entonces que a **ANDREA ROSAS DÍAZ** se le impondrá una multa de **SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHO MIL SETECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$62.108.700.00)** equivalentes a **SETENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (75 SMMLV)** por la ejecución de las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta sanción equivale al ■■■% aprox. de su patrimonio de 2016 y al ■■■% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 3,75% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

13.2.3. Sanción a NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA, representante legal de BESTCOLFRUITS

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, dado que ejecutó la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública), de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la persistencia en la conducta infractora, se encuentra demostrado que el investigado participó en la conducta restrictiva activamente, asistió a las dos reuniones en donde se concertó con sus competidores y ejecutó lo acordado en las mismas.

En relación con el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **BESTCOLFRUITS** y sus cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Dicha situación tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la reiteración de la conducta prohibida, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la conducta procesal del investigado, este Despacho no observó que hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable.

Finalmente, en cuanto al grado de participación en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** participó activamente y de manera protagónica en la ejecución de la colusión en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, se tiene entonces que a **NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** se le impondrá una multa de **TRECE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$13.249.856.00)** equivalentes a **DIECISÉIS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (16 SMMLV)** por la ejecución de las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta sanción equivale al ■■■■% aprox. de su patrimonio de 2016 y al ■■■■% aprox. de sus ingresos del mismo año.

La anterior sanción equivale al 0,8% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

13.2.4. Sanción a STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, Representante Legal de ALIMENTOS SPRESS y vinculada a NAMASTÉ

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, dado que ejecutó la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública), de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la persistencia en la conducta infractora, se encuentra demostrado que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** participó en la conducta restrictiva activamente, asistió a las dos reuniones en donde se concertó con sus competidores y ejecutó lo acordado en las mismas.

En relación con el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ** y los co-cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

Dicha situación tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

Lo anterior, como ya se ha indicado, tuvo un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al PAE en Bogotá, pues impidió que la SED se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la reiteración de la conducta prohibida, este Despacho no encontró que la investigada hubiese sido sancionada con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la conducta procesal del investigado, este Despacho observó que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** presentó una conducta procesal reprochable toda vez que sus declaraciones ante esta Superintendencia a lo largo de la actuación administrativa sobre hechos acreditados a lo largo de la investigación, fueron contrarias a la evidencia examinada contenida en el expediente. Un ejemplo de lo anterior consiste en que, pese a que dijo no conocer a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (trabajador de FAC)¹⁸⁹ se logró probar que fue precisamente ella quien lo contactó para instarlo y presionarlo a no presentarse al proceso **LP-AMP-129-2016**, según se aprecia en el siguiente aparte de su declaración:

“DELEGATURA: Recuérdenos por favor ¿qué fue lo que manifestó la señora Stella Téllez en la llamada?”

***JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** Me regañó y me dijo que yo era una de las personas que nunca me volverían a invitar a una reunión porque me faltaban... y eso se dio así, nunca me volvieron a llamar, ella no volvió a llamar”¹⁹⁰.*

Otro ejemplo, consiste en la ocasión en que la Delegatura le preguntó si ella había asistido a otra reunión (la llevada a cabo el 2 de febrero de 2017) con los investigados. Durante la diligencia, ésta se dedicó a evadir la respuesta de manera flagrante, pese a que otros investigados confirmaron la asistencia de ella a la reunión del 2 de febrero de 2017 en el establecimiento OMA del centro comercial Gran Estación, a la existencia de conversaciones de *WhatsApp* confirmado que ésta asistiría, a la existencia de un registro fotográfico dando cuenta de su asistencia e incluso existiendo información acerca de que fue ella quien persuadió a los participantes de dicha reunión de abstenerse de usar chats de *WhatsApp* con el fin de no dejar evidencia¹⁹¹. Un último ejemplo, refiere al hecho de que cuando la Delegatura le requirió la entrega de su teléfono móvil, ésta entregó el perteneciente a otra persona¹⁹².

Finalmente, en cuanto al grado de participación en la conducta reprochada, se demostró durante la presente actuación administrativa que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** tuvo una participación activa y protagónica en la conducta anticompetitiva que se acreditó, toda vez que concurrió a las reuniones en representación de **ALIMENTOS SPRESS** y contribuyó al desarrollo de las mismas, llevando a que en ellas se concertara la conducta de las empresas. Posteriormente, la empresa actuó conforme a lo acordado en dichas reuniones. Adicionalmente, se resalta que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** fue una de las personas que contactó a los socios de **FAC** para presionar e influir a la empresa a que se abstuviera de presentar oferta o de subsanar la misma.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, se tiene entonces que a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** se le impondrá una multa de **TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.124.640.00)** equivalentes a **CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 SMMLV)** por la ejecución de las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Esta sanción equivale al ■■■% aprox. de su patrimonio de 2016 y al ■■■% aprox. de sus ingresos del mismo año.

¹⁸⁹ Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 5'24:58 Parte II.

¹⁹⁰ Folio 3534 del Cuaderno Público No. 16, Min: 1:01:24 y 1'31:22.

¹⁹¹ Folio 1592 del Cuaderno Reservado No. 1 FAC, Min: 28:43.

¹⁹² Folio 3687 del Cuaderno Público No. 17, Min: 6'58:03 Parte II.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

La anterior sanción equivale al 2% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

13.2.5. Sanción a GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR, representante legal de ALIMENTOS DAZA

En relación con los criterios de graduación de la sanción a imponer a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, respecto de que toleró las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública), este Despacho indica lo siguiente:

En cuanto a la persistencia en la conducta infractora, el Despacho encuentra que pese a que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** no asistió a las reuniones, sí toleró el que su padre en representación de **ALIMENTOS DAZA** atendiera las mismas, se comprometiera con los propósitos del cartel y permitió que los mismos se pusieran en práctica, esto es, la formulación de observaciones según los términos convenidos y la no presentación de oferta.

En relación con el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, el Despacho debe señalar que está demostrado que el comportamiento acreditado generó efectos perjudiciales, pues vició el proceso No. **LP-AMP-129-2016** y sus objetivos, toda vez que **ALIMENTOS DAZA** y sus co-cartelistas presentaron observaciones coordinadamente para modificar artificialmente las condiciones del proceso de contratación y, posteriormente, decidieron no presentar oferta al mismo.

Lo anterior tuvo como directa consecuencia que 5 de 30 de los segmentos fueran adjudicados a un único proponente y que los 25 restantes segmentos asociados al grupo de frutas y hortalizas se declararan desiertos y que **CCE** tuviera que abrir otro proceso de contratación. Adicionalmente, su comportamiento impidió, por un periodo de 3 meses, que los refrigerios escolares del **PAE** tuvieran frutas y hortalizas frescas, componente necesario para el balance nutricional de dichos refrigerios y una alimentación adecuada para los estudiantes receptores de los mismos.

Lo anterior, como ya se ha indicado, tiene un impacto negativo significativo en los recursos públicos destinados al **PAE** en Bogotá, pues impidió que la **SED** se beneficiara de un escenario de libre competencia económica que tiene como resultado una asignación eficiente y transparente de tales recursos.

Sobre la reiteración de la conducta prohibida, este Despacho no encontró que la investigada hubiese sido sancionada con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la conducta procesal de la investigada, este Despacho no observó que hubiera llevado a cabo ninguna conducta procesal reprochable. Finalmente, en cuanto al grado de participación en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** toleró la colusión en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, se tiene entonces que a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** se le impondrá una multa de **OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8.281.160.00)** equivalentes a **DIEZ SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (10 SMMLV)** por tolerar las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

La anterior sanción equivale al 0,5% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.**, identificada con NIT 900.664.307-1; **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.410.421; **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, identificada con NIT 900.135.976-8; **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**, identificada con NIT 830.023.946-2; **NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, identificada con NIT 900.400.775-0 y **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.**, identificada con NIT 900.927.230 - 1, violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a los anteriores agentes de mercado responsables de violar el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 las siguientes multas:

2.1. A INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S., identificada con NIT 900.664.307-1, una multa de **QUINIENTOS VEINTIÚN MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$521.713.080.00)** equivalentes a **SEISCIENTOS TREINTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (630 SMMLV)**.

2.2. A HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.410.421, una multa de **CIENTO SETENTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS CUATRO MIL TRESCIENTOS SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$173.904.360.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS DIEZ SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (210 SMMLV)**.

2.3. A COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S., identificada con NIT 900.135.976-8, una multa de **SETECIENTOS NOVENTA MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$790.850.780.00)** equivalentes a **NOVECIENTOS CINCUENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (955 SMMLV)**.

2.4. A ALIMENTOS SPRESS S.A.S., identificada con NIT 830.023.946 - 2, una multa de **TRESCIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL NOVECIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$335.386.980.00)** equivalentes a **CUATROCIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (450 SMMLV)**.

2.5. A NAMASTÉ FOOD S.A.S., identificada con NIT 900.400.775-0, una multa de **DOSCIENTOS DIECINUEVE MILLONES CUATROCIENTOS CINCUENTA MIL SETECIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$219.450.740.00)** equivalentes a **DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (265 SMMLV)**.

2.6. A BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S., identificada con NIT 900.927.230 - 1, una multa de **DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL OCHOCIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$248.434.800.00)** equivalentes a **TRESCIENTOS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (300 SMMLV)**.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del Expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: ARCHIVAR la investigación en favor de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.054.708.689 y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.687.837, por no haber

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.748.523; **ANDREA ROSAS DÍAZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.099.355; **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.054.708.689; **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.687.837 y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.373.139, incurrieron en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por cuanto respecto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, respectivamente, ejecutaron o toleraron las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

ARTÍCULO QUINTO: IMPONER a las siguientes personas naturales responsables por ejecutar o tolerar las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, las siguientes multas:

5.1. JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.748.523, una multa de **NUEVE MILLONES CIENTO NUEVE MIL DOSCIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$9.109.276.00)** equivalentes a **ONCE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (11 SMMLV)** por ejecutar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

5.2. A ANDREA ROSAS DÍAZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.099.355, una multa de **SESENTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHO MIL SETECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$62.108.700.00)** equivalentes a **SETENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (75 SMMLV)** por ejecutar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

5.3. A NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.054.708.689, una multa de **TRECE MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$13.249.856.00)** equivalentes a **DIECISÉIS SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (16 SMMLV)** por ejecutar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

5.4. A STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.687.837, una multa de **TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.124.640.00)** equivalentes a **CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 SMMLV)** por ejecutar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

5.5. A GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.373.139, una multa de **OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8.281.160.00)** equivalentes a **DIEZ SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (10 SMMLV)** por tolerar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta Resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del Expediente y el número de la presente Resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta Resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

ARTÍCULO SEXTO: ARCHIVAR la investigación en favor de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 11.410.421, respecto del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, por no haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO SÉPTIMO: ARCHIVAR la investigación en favor de **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.**, identificada con NIT 900.664.307-1; **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.410.421; **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, identificada con NIT 900.135.976-8; **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**, identificada con NIT 830.023.946 – 2; **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.687.837; **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.054.708.689 y **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 4.182.649-4, por no haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, respecto del proceso de selección **SA-SI-AG-140-2017**, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO OCTAVO: ARCHIVAR la investigación en favor de **ANDREA ROSAS DÍAZ**; identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.099.355; **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.748.523; **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.373.139; **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con cédula de ciudadanía No. 41.687.837 y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con cédula de ciudadanía No. 11.410.421, por no haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, respecto del proceso de selección **SA-SI-AG-140-2017**, en la modalidad de responsabilidad que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO NOVENO: ORDENAR a las personas naturales y jurídicas sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación de los siguientes textos, según corresponda:

*“Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**, **NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, informan que:*

*Mediante Resolución No. **71584** de 2019 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**, **NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, y **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.**, por haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así como a **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado o tolerado las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.*

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009”.

Las publicaciones deberán realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

ARTÍCULO DÉCIMO: Una vez en firme la presente decisión, **COMPULSAR** copias de la misma a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** y a la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA - COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**, para los fines de sus competencias.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones"

ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: Una vez en firme la presente decisión, **COMPULSAR** copias de la misma a las Cámaras de Comercio de las ciudades en donde las sociedades sancionadas se encuentren registradas, con el fin de que dicha sanción sea inscrita en su respectivo Registro Único de Proponentes.

ARTÍCULO DÉCIMO SEGUNDO: Una vez en firme la presente decisión, **COMPULSAR** copias de la misma a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia con el fin de que evalúe si existe mérito suficiente para iniciar una investigación preliminar contra **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, por haber presuntamente incurrido en las infracciones que se sancionan en el presente acto administrativo.

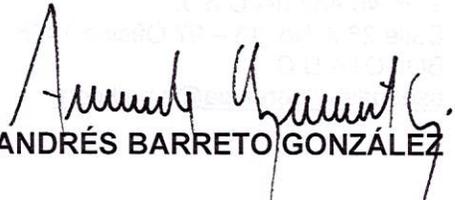
ARTÍCULO DÉCIMO TERCERO: **NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.**, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**, **NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.**, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO DÉCIMO CUARTO: Una vez en firme la presente decisión, **PUBLÍQUESE** en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los (**09 DIC 2019**)

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO


ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

Elaboró: C Lemus/A García
Revisó: A Pérez
Aprobó: A Barreto

NOTIFICAR

COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.
NIT 900.135.976-8
ANDREA ROSAS DÍAZ
C.C. 53.099.355
JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ
C.C. 79.748.523
Apoderado
ANDRÉS JARAMILLO HOYOS
C.C. 7.562.626
T.P. 75.015 del C.S.J.
Calle 72 No. 6 – 30 Piso 12
BOGOTA D.C.

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones”

ALIMENTOS SPRESS S.A.S.

NIT 830.023.946 – 2

NAMASTÉ FOOD S.A.S.

NIT 900.400.775-0

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ

C.C. 41.687.837

Apoderado

ALEXIS FARUTH PEREA SÁNCHEZ

C.C. 11.812.241

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

Calle 33 No. 6 B – 24 Oficina 503

BOGOTA D.C.

aperea@pereasanchez.com**INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S.**

NIT 900.664.307-1

HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ

C.C. 11.410.421

GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR

C.C. 1.022.373.139

Apoderado

CESAR HERNANDO PASTÁS VILLACRÉS

C.C. 16.448.819

T.P. 37.842 del C.S.J.

Calle 95 No. 14 – 45 Oficina 801

BOGOTA D.C.

cesarpastas@hotmail.com**NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**

C.C. 1.054.708.689

BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.

NIT 900.927.230 – 1

Apoderado

MARIO FERNANDO SÁNCHEZ FORERO

C.C. 79.290.996 de Bogotá

T. P. 46.488 del C.S.J.

Calle 26 A No. 13 – 97 Oficina 1406

BOGOTA D.C.

asesorlegalgerencia@gmail.com