



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

RESOLUCIÓN 29904 DE 2023

(3 1 MAY 2023)

Radicación No. 17-48794

VERSIÓN PÚBLICA

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 31 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, modificado por el artículo 3 del Decreto 92 de 2022, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y la Ley 1437 de 2011, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022¹ (en adelante "Resolución No. 35069 de 2022" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones a **AERODELICIAS S.A.S.** —hoy **SOCIAL FOOD S.A.S.**²— (en adelante "AERODELICIAS" o "SOCIAL FOOD"); **SERVICIAL S.A.S.** (en adelante "SERVICIAL"); **LA CAMPIÑA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN** (en adelante "LA CAMPIÑA"); **INDUSTRIAS ALIMENTOS Y CATERING S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** (en adelante "CATALINSA"); **DISERAL S.A.S.** (en adelante "DISERAL"); **IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S.** (en adelante "IBEASER"); **PROALIMENTOS LIBER S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** (en adelante "LIBER"); **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.** (en adelante "SPRESS"); **COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA DE INVERSIONES LTDA.** (en adelante "SURCOLOMBIANA"), por haber incurrido en la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en los procesos de selección contractual del **PROGRAMA DE REFRIGERIOS ESCOLARES EN BOGOTÁ** (en adelante "PREB") objeto de investigación.

Así mismo, impuso sanciones a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (representante legal de **IBEASER**); **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (representante legal de **AERODELICIAS**); **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (representante legal de **CAMPIÑA**); [REDACTED] (asesor externo de **CATALINSA**); **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (representante legal de **DISERAL**); **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (representante legal de **LIBER**); **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **SPRESS**); [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**); [REDACTED] (jefe de licitaciones de **AERODELICIAS**); **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**); [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**); **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**); [REDACTED] (asesora de **SPRESS**); **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) y **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**), 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, por facilitar,

¹ Consecutivo 1927 del Cuaderno Público Electrónico del Expediente. En el presente acto administrativo cuando se habla de "Expediente" se hace referencia al Radicado SIC 17-48794.

² Por Acta No. 090 del 22 de agosto de 2022 de la Asamblea de Accionistas inscrita en esta Cámara de Comercio el 31 de agosto de 2022, con No. 02874205 del libro IX, la sociedad cambió su denominación o razón social de **AERODELICIAS S.A.S.** a **SOCIAL FOOD S.A.S.**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

autorizar, ejecutar o tolerar las conductas violatorias de la libre competencia contenidas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Por otra parte, se sancionó a la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE ALIMENTOS EN LIQUIDACIÓN** (en adelante "ASOPROVAL"), por haber incurrido en una práctica tendiente a limitar la libre competencia económica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en la modalidad de responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el marco de los procesos de selección contractual del **PREB** objeto de investigación. Igualmente, sancionó a **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de ASOPROVAL), 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, por ejecutar las acciones por las cuales la referida asociación infringió la prohibición general proscrita en artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en relación con los procesos de selección contractual del **PREB** objeto de investigación.

A continuación, se presenta la relación de las sanciones impuestas a los investigados:

Tabla No. 1. Sanciones - Resolución No. 35069 de 2022

Numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992		
No.	Agentes de mercado	Monto de la Multa
1	LIBER	\$8.026.216.776
2	IBEASER	\$4.512.936.996
3	AERODELICIAS	\$1.941.168.312
4	SERVICIAL	\$1.674.532.248
5	CATALINSA	\$1.666.931.448
6	DISERAL	\$1.209.743.328
7	SURCOLOMBIANA	\$475.620.060
8	LA CAMPIÑA	\$446.965.044
9	SPRESS	\$50.507.316
Numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992		
No.	Personas vinculadas con los agentes del mercado	Monto de la Multa
1	JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (representante legal de IBEASER)	\$2.000.000.000
2	JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (representante legal de DISERAL)	\$2.000.000.000
3	JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS (representante legal de LIBER)	\$2.000.000.000
4	GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (representante legal de AERODELICIAS)	\$671.986.728
5	(controlante de SURCOLOMBIANA)	\$386.082.636
6	ISMAEL BELLO PACHÓN (representante legal suplente de SPRESS)	\$286.284.132
7	STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (representante legal de SPRESS)	\$193.592.376
8	JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO (representante legal de LA CAMPIÑA)	\$102.382.776
9	(gerente administrativo y financiero de IBEASER)	\$70.193.388
10	(asesora de SPRESS)	\$46.782.924
11	(asesor externo de CATALINSA)	\$40.588.272
12	LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN (representante legal de SURCOLOMBIANA)	\$22.118.328
13	WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de CATALINSA)	\$16.037.688
14	(jefe de licitaciones de AERODELICIAS)	\$7.980.840
15	BEATRIZ BECERRA ROJAS (representante legal suplente de LIBER)	\$2.736.288
Artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (Prohibición general)		
No.	Agente de mercado	Monto de la Multa
1	ASOPROVAL	\$34.697.652
Numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992		
2	MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO (presidenta ejecutiva de ASOPROVAL)	\$548.017.680

En el mismo acto administrativo, esta Superintendencia decidió archivar la investigación en favor de GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (controlante de AERODELICIAS), JUAN DE JESÚS

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ALEMÁN GUERRERO (controlante de **LA CAMPIÑA**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) por los cargos formulados en su condición de controlantes de las sociedades investigadas en los términos expuestos en la Resolución Sancionatoria.

Así mismo, se ordenó archivar la investigación en favor de **FABIO DOBLADO BARRETO** imputado como agente de mercado en la investigación en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber incurrido en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en los términos de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria. En el mismo sentido, se ordenó el archivo de la investigación en favor de [REDACTED] (apoderada general de **FABIO DOBLADO BARRETO** (en adelante "FDB"), [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**) y **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), respecto de 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, en los términos establecidos en la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria.

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 35069 de 2022, y de conformidad con el numeral 1 del artículo 74 de la Ley 1437 de 2011 (en adelante "CPACA"), en el término legal pertinente, **AERODELICIAS**, **SERVICIAL**, **LA CAMPIÑA**, **CATALINSA**, **DISERAL**, **IBEASER**, **LIBER**, **SPRESS**, **SURCOLOMBIANA**, **ASOPROVAL**, **LUISA FERNANDA RINCÓN**, **WILLIAM FAJARDO ROJAS**, [REDACTED], **BEATRIZ BECERRA ROJAS**, **JAIRO BECERRA ROJAS**, **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**, [REDACTED], **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA**, [REDACTED], **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO**, **ISMAEL BELLO PACHÓN**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, [REDACTED], **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** y [REDACTED], interpusieron recursos de reposición contra la decisión adoptada por esta Superintendencia. A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por los recurrentes.

2.1. Argumentos presentados por **AERODELICIAS**

AERODELICIAS solicitó que la Resolución Sancionatoria fuera revocada y, en su lugar, se ordenara el archivo de la investigación. En caso contrario, solicitó una reducción de la sanción impuesta. Para el efecto, solicitó que: (i) fueran tenidas en cuenta las pruebas que aportó junto con el recurso de reposición; (ii) el Superintendente de Industria y Comercio realizara una audiencia en la que escuchara de manera directa los argumentos de defensa propuestos por **AERODELICIAS** y (iii) la aclaración de la fecha en la que fue publicada la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020 en el diario oficial, con la finalidad de determinar si existió una suspensión en el proceso. Los argumentos presentados en el recurso fueron los siguientes:

- El procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no contiene una instancia en la que las personas investigadas tengan la oportunidad de presentar su defensa directa ante el Superintendente de Industria y Comercio, por lo tanto, debe darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 35 del CPACA. De acuerdo con esta norma, "las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones".
- Desconoció su participación en el cartel sancionado, en tanto nunca incumplió sus obligaciones contractuales, contaba con solidez financiera, ofrecía la mejor calidad al menor precio y contaba con compañías vinculadas que le permitían distribuir el producto más eficientemente. Así,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

concluyó que no tenía "*ningún sentido*" que se coordinara con otros oferentes debido a que era poco probable que otra compañía tuviera la capacidad administrativa y financiera para ser más eficiente que **AERODELICIAS**.

- Las decisiones de participación de **AERODELICIAS** estuvieron basadas en su "*capacidad de planta*" y en "*si era atractivo desde el punto de vista financiero*".
- Sostuvo que no participó en el supuesto *boicot* para que el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013** fuera declarado desierto. En su concepto, para que "*no se haya presentado una (1) sola empresa*" a dicho proceso tendría que existir un cartel de "*absolutamente todas las empresas de alimentos del país*"³. De allí que resulte apenas natural que, si las condiciones del proceso de selección no eran llamativas, se generara un desincentivo para participar en este. Al respecto, señaló que la existencia de procesos declarados desiertos no es exclusiva de los mercados del **PREB**, sino que se presenta en diferentes sectores económicos.
- En relación con **CATALINSA** indicó que la misma directora jurídica de la empresa sostuvo que era mejor "*no atravesársele a una empresa grande*" en una puja. De allí concluyó que no existió un acuerdo, sino que se trató de decisiones empresariales de "*sentido común*" y de "*conservación*" que no son atribuibles a **AERODELICIAS**.
- Existían incentivos para que las empresas "*más pequeñas*" y "*nuevos entrantes*" atendieran zonas que no habían sido atendidas previamente o que habían sido atendidas por "*participantes menos sólidos*". Así, no debe perderse de vista que **AERODELICIAS** es una de las empresas fundadoras en el mercado y de alta reputación.
- No tuvo necesidad de hacer acuerdos con sus competidores con sustento en que tenía experiencia y altísimos niveles de cumplimiento —jamás incumplió sus obligaciones contractuales—, solidez financiera y contaba con una integración vertical constituida por otras compañías vinculadas que le permitían manejar de manera más eficiente la distribución de los productos, vigilar la calidad y la obtención de descuentos en costos.
- Dada la capacidad de planta de **AERODELICIAS**, que oscilaba entre 65.000 y 97.000 refrigerios, le fue adjudicada la entrega de entre 34.000 y 69.000 refrigerios. Por tanto, no tenía interés de presentarse en zonas "*pequeñas*" de 10.000 o 15.000 refrigerios. Con sustento en lo anterior, era natural que **AERODELICIAS** no se enfrentara con empresas "*pequeñas*" dada su capacidad de planta.
- Se usaron situaciones excepcionales para fundamentar la decisión. Al respecto, **AERODELICIAS** adujo que el proceso de selección usado como ejemplo para mostrar que la empresa contratante obtuvo un descuento del 20,11% fue aislado en tanto que solamente ocurrió en una única oportunidad. El porcentaje de ganancia usual de una empresa era del 3%.
- La Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la "Delegatura") no puede aclarar o incluir explicaciones respecto de elementos que fueron tenidos en cuenta para sustentar la Resolución No. 46587 del 5 de julio de 2018 (en adelante "Resolución de Apertura de Investigación") a través de estudios posteriores, ya que los investigados solo tienen una oportunidad para solicitar y aportar pruebas. En efecto, de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 la oportunidad para solicitar y aportar pruebas para desvirtuar "*el dicho de la Delegatura*" es en el término de traslado de los descargos. En esa medida, no se deben tener en cuenta las explicaciones realizadas por la Delegatura en el Informe Motivado y en relación con la Resolución de Apertura de Investigación.

³ Consecutivo 2068 del Cuaderno Público Electrónico del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- Las pruebas decretadas de oficio por la Delegatura para recaudar la información contable que sirvió de fundamento para los análisis económicos en los que se fundó el Informe Motivado no fueron trasladados a los investigados para su pronunciamiento. Como los investigados comparten *“determinada comunidad de suertes”* la información contable aportada por las demás empresas investigadas les debió ser trasladada, porque *“cualquier prueba que se use para desvirtuar la defensa de una de las investigadas, es una prueba que a la vez afecta la defensa de las demás”*.
- No hizo parte de **ASOPROVAL** y, en consecuencia, ninguna de las pruebas o comportamientos atribuidos a dicha asociación pueden ser usados por esta Superintendencia en su contra. De hecho, **AERODELICIAS** y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) declinaron la invitación para ser parte de **ASOPROVAL** y de su junta directiva, respectivamente, a diferencia de lo hecho por los demás investigados.
- Existe una contradicción por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio al afirmar que existió un único cartel que inició en el 2007 y finalizó en el 2017, debido a que **AERODELICIAS** no participó en el *boicot* investigado y, por el contrario, presentó oferta en el proceso **LP-AG-130-2016**. Por otra parte, mencionó que no hizo parte de la repartición por cuanto no participó en los procesos **SED-SA-SI-DBE-002-2016** y **SED-SA-SI-DBE-042-2016**, ni tampoco participó en los procesos de raciones militares abordados por esta Superintendencia.
- El último hecho constitutivo de la presunta infracción por parte de **AERODELICIAS** habría sido en el 2016 cuando participó en el proceso de selección **LP-AG-130-2016**, en consecuencia, la facultad sancionatoria caducó en el 2021. Es más, el último proceso de selección en el que participó fue el **SED-SA-SI-DBE-017-2015** en el que recibió todos los beneficios económicos en el 2016 –al recibir el último pago en el mes de octubre de 2016–. En esa medida para el 2016 ya habrían cesado los presuntos *“beneficios obtenidos ilegalmente”*, por lo que la facultad sancionatoria habría fenecido en octubre de 2021.
- La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en un error al afirmar que se trató de un único cartel continuado que afectó varios procesos de licitación y, al mismo tiempo, indicar que el último acto constitutivo de la infracción es la liquidación de uno de los múltiples contratos afectados por el supuesto cartel.
- El supuesto cartel que estuvo vigente del 2007 al 2017 se consolidó antes de la entrada en vigor de la Ley 1340 de 2009, esto es, en vigencia del Decreto 2153 de 1992. En esa medida, debe darse aplicación de la regla más favorable en materia de caducidad de la facultad sancionatoria.
- La multa impuesta a **AERODELICIAS** debe ser reducida en el caso de no ser archivada la investigación, en tanto que la conducta fue discontinua en el tiempo y se apartó del supuesto cartel desde, por lo menos, el 2016.
- Las Unidades de Valor Tributario (en adelante *“UVT”*) aplicables para la tasación de la sanción corresponden a la fecha en que cesó la supuesta infracción, esto es, al 2015, momento en que **AERODELICIAS** decidió participar en el proceso **SED-SA-SI-DBE-017**.
- El cálculo de la multa se hizo con base en el patrimonio del 2019. Sin embargo, deben tenerse en cuenta los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2021 dadas las disminuciones de patrimonio ocasionadas por el **COVID-19**. De acuerdo con los estados financieros de 2021, y teniendo en cuenta que la multa impuesta corresponde con el ■% del patrimonio, la sanción de **AERODELICIAS** debió ser de máximo \$ 1.316'625.813.

2.2. Argumentos presentados por **SERVICIAL**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

SERVICIAL solicitó que la Resolución Sancionatoria fuera revocada y, en su lugar, se ordenara el cierre de la investigación. En caso contrario, solicitó una reducción de la sanción impuesta. Para el efecto, solicitó que: (i) fueran tenidas en cuenta las pruebas que aportó junto con el recurso de reposición; (ii) el Superintendente de Industria y Comercio realizara una audiencia en la que escuchara de manera directa los argumentos de defensa propuestos y (iii) fuera aclarada la fecha en la que fue publicada la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020 en el diario oficial, con la finalidad de determinar si existió una suspensión en el proceso. Los argumentos presentados en el recurso fueron los siguientes:

- Coadyuvó los argumentos expuestos en el recurso de reposición interpuesto por **AERODELICIAS**.
- Solicitó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del CPACA⁴, el Superintendente de Industria y Comercio adelanta una audiencia para escuchar de manera directa sus argumentos de defensa. Lo anterior, debido a que en el procedimiento contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, no se prevé una instancia en la que los investigados tengan la oportunidad de presentar su defensa directamente ante el Superintendente de Industria y Comercio.
- El rol de **SERVICIAL** en las uniones temporales no fue otro que *"ayudar a la compañía a cumplir con los indicadores financieros requeridos en los pliegos de condiciones"*, pues, tal y como lo anotó **JORGE LUIS RANGEL ZUREK** (representante legal de **SERVICIAL**), *"Servicial era más un socio estratégico minoritario que le servía a la unión temporal para poder cumplir aquellos requisitos de condiciones financieras y experiencia. Servicial no tiene ni ha tenido plantas de producción de productos para los refrigerios"*.
- **SERVICIAL** no cuenta con un área de licitaciones públicas, por lo que los elementos probatorios que se aduzcan en contra de [REDACTED] (jefe de licitaciones de **AERODELICIAS**) deben ser usados en contra de **SERVICIAL**.
- En los procesos adelantados por la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** (en adelante "**SED**") el *"protagonismo era de AERODELICIAS y no de SERVICIAL"*. **AERODELICIAS** era la protagonista en dicha unión temporal no solo por el nombre de la unión temporal, sino porque era la empresa con mayor experiencia en temas de licitaciones públicas del **PREB**.
- Se debe desligar la responsabilidad del recurrente con la correspondiente a **AERODELICIAS** para concluir que **SERVICIAL** no hizo parte de cartel alguno.
- Se configuró la caducidad de la facultad sancionatoria toda vez que, el recurrente no participó en procesos de contratación pública asociados al **PREB** desde el 2016, comoquiera que *"se tomó la decisión de dejar de participar porque AERODELICIAS podía hacerlo sola"*.
- En caso de que se insista en la imposición de una multa deberá tenerse en cuenta para su tasación que, en las uniones temporales conformadas junto con **AERODELICIAS**, **SERVICIAL** tenía una participación del 35%. Lo anterior, por cuanto que en la Resolución No. 35069 de 2022 se sancionó con la misma severidad —multa equivalente al ■% del patrimonio de la empresa— a **AERODELICIAS** y a **SERVICIAL**.
- Con base en la equidad, el recurrente indicó que la multa impuesta debió ser mucho menor de aquella impuesta a **AERODELICIAS**, esto es, aproximadamente el 53.84% de la multa impuesta a **AERODELICIAS** ($35\%/65\%=53,84\%$). De lo contrario, se le estaría dando un trato igual a

⁴ Ley 1437 de 2011. Artículo 35. "(...) Las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones (...)".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

empresas que claramente se encuentran en una situación diferente. Así, la multa de **SERVICIAL** no debería ser superior a \$ 708'871.337,72 dado que la multa de **AERODELICIAS** debió ser de máximo \$ 1.316'625.813, y dicho valor multiplicado por 53.84% equivale a \$708'871.337.

- La empresa ha sufrido cambios financieros reflejados en una disminución de su patrimonio en el █% y una disminución de sus ingresos del █%, lo que conllevó a que las utilidades disminuyeran en un █%. Por lo tanto, debe tenerse en cuenta que el *"espíritu de las multas a imponer por la SIC, no es el de acabar con el aparato productivo de Colombia", sino persuadir a los infractores, para que no reincidan en la conducta (prevención especial)*⁵.

2.3. Argumentos presentados por █ (director de productos nutritivos de AERODELICIAS)

El recurrente solicitó, por un lado, la materialización de una audiencia en la que pueda exponer sus argumentos de defensa ante el Superintendente de Industria y Comercio y, por otro lado, que se declare que no realizó conductas anticompetitivas. En caso contrario, solicitó que esta Superintendencia se abstenga de hacer cualquier pronunciamiento sobre la responsabilidad del recurrente debido a que, como fue reconocido, sobre él operó la caducidad de la facultad sancionatoria. Los argumentos fueron los siguientes:

- Coadyuvó los argumentos presentados por **AERODELICIAS** en su recurso de reposición.
- Solicitó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del CPACA, el Superintendente de Industria y Comercio adelante una audiencia para escuchar de manera directa sus argumentos de defensa, debido a que el procedimiento contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no prevé una instancia en la que los investigados tengan la oportunidad de presentar su defensa directamente ante el Superintendente.
- No hizo parte de cartel alguno ni lo facilitó. En consecuencia, los indicios contenidos en la Resolución Sancionatoria no sirven de fundamento para concluir que facilitó el acuerdo anticompetitivo.
- Si bien no recibió una sanción económica, sufrió una sanción moral al declarar que este investigado había facilitado el acuerdo, pero que había operado en su caso la caducidad de la facultad sancionatoria.
- Se le impuso una sanción moral al afirmar que se comportó de forma ilegal y al mismo tiempo concluir que frente a este caducó su facultad sancionatoria. Por lo tanto, la misma debe ser revocada, puesto que, al haber operado la caducidad, no resulta procedente hacer un análisis de responsabilidad.
- Al haber operado la caducidad se debió omitir hacer referencia a la responsabilidad de este investigado, toda vez que *"la falta de competencia temporal para ejercer a través de actos administrativos, atribuciones administrativas, es causal de nulidad"*⁶.
- A pesar de que los indicios son del año 2013, se afirmó que su participación en el esquema anticompetitivo tuvo lugar entre el año 2010 y el 2014.

2.4. Argumentos presentados por GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (controlante de AERODELICIAS y SERVICIAL)

⁵ Consecutivo 2075 del Cuaderno Público Electrónico del Expediente.

⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Cuarta. Sentencia del 12 de febrero de 2014. Rad. No. 110013337041 2012 00062 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

El recurrente solicitó que la Resolución Sancionatoria fuera revocada y, en su lugar, se ordenara el archivo de la investigación. En caso contrario, solicitó una reducción de la sanción impuesta. Adicionalmente, requirió que: (i) fueran tenidos en cuenta los argumentos y pruebas que obran en el expediente; (ii) el Superintendente de Industria y Comercio realizara una audiencia en la que escuchara de manera directa los argumentos de defensa propuestos; y (iii) fuera aclarada la fecha en la que fue publicada la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020 en el diario oficial, con la finalidad de determinar si existió una suspensión de términos en el proceso.

Los argumentos que sustentaron el recurso de reposición presentado fueron los siguientes:

- Coadyuvó los argumentos presentados por **AERODELICIAS** en su recurso de reposición.
- Solicitó que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 del CPACA, el Superintendente de Industria y Comercio adelanta una audiencia para escuchar de manera directa sus argumentos de defensa. Lo anterior, con sustento en que el procedimiento contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no prevé una instancia en la que los investigados tengan la oportunidad de presentar su defensa directamente ante el Superintendente.
- Existió una violación al debido proceso al haber sido imputado de manera principal como agente de mercado y, de manera subsidiaria, como facilitador de la conducta. Lo anterior, por cuanto el agente de mercado y quien funge como facilitador de la conducta son personas diferentes y contrapuestas. De allí que una persona no pueda ser agente de mercado y, al mismo tiempo, facilitar la conducta realizada por el agente de mercado. En esa medida debe archivar la investigación.
- La Delegatura debió haber adecuado correctamente los hechos en la apertura de investigación para determinar qué tipo de responsabilidad le era atinente.
- No participó directamente en los procesos de contratación como persona natural, sino que su participación se presentó a través de **AERODELICIAS**.
- La caducidad de la facultad sancionatoria tuvo lugar en el presente caso en 2021, debido a que el último proceso de selección en que se alude la presunta colusión es el **SED-SA-SI-DBE-017-2015**.
- Una multa del [REDACTED]% del patrimonio a 2019 es desproporcionada en tanto fue sancionado como persona natural y sus empresas **AERODELICIAS** y **SERVICIAL** fueron sancionadas como agentes del mercado.
- Cuando se calculó su patrimonio total se incluyó el de, al menos, dos compañías (**AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) que también fueron multadas. En consecuencia, la multa impuesta fue desproporcionada porque en realidad no se trató del [REDACTED]% de su patrimonio, sino de un porcentaje mayor.
- Al investigarse una conducta que inició en el 2007 y culminó en el 2017 debió aplicarse la norma más favorable en lo relativo a la caducidad y la cuantía de la multa que, para el presente caso, es el Decreto 2153 de 1992 —antes de las modificaciones introducidas por la Ley 1340 de 2009—.
- La falta de oferentes en los procesos de selección se debió a la propia estructuración de los procesos de selección, por lo que no puede endilgarse la falta de competencia a los contratistas que deciden presentarse en los procesos de selección.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- No hubo un detrimento del erario, por cuanto la entidad contratante pagó por los refrigerios el valor correspondiente al presupuesto oficial.

2.5. Argumentos presentados por [REDACTED] (jefe de licitaciones de AERODELICIAS)

La recurrente solicitó que la Resolución Sancionatoria fuera revocada y, en su lugar, se ordenara el archivo de la investigación. En caso contrario, solicitó una reducción de la sanción impuesta. Adicionalmente, requirió: (i) aclarar qué día fue publicada en el diario oficial la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020, con la finalidad de determinar si existió una suspensión de términos en el proceso y (ii) que el Superintendente de Industria y Comercio realizara una audiencia en la que escuchara de manera directa los argumentos de defensa propuestos.

Los argumentos que sustentaron el recurso de reposición presentado fueron los siguientes:

- Insistió en que no hizo parte de cartel investigado y solicitó tener de nuevo en cuenta todos los argumentos que se expusieron en las observaciones al Informe Motivado.
- Coadyuvó los argumentos expuestos en el recurso de reposición presentado por **AERODELICIAS** contra la Resolución Sancionatoria.
- La supuesta conducta imputada no se dio en la ejecución de los contratos sino durante la etapa de adjudicación de los procesos de selección, razón por la cual no comparte el mismo término de caducidad de **AERODELICIAS**. No se presentaron pruebas de que facilitó el cartel hasta cuando se liquidó el proceso **SED-SA-SI-DBE-017 de 2015**, por lo tanto, el término de caducidad debió contarse desde la adjudicación del contrato que ocurrió hace más de 7 años. Por lo que habría operado la caducidad y, en consecuencia, solicitó que se revoque la sanción.
- En la Resolución de Apertura de la Investigación se le imputó en calidad de directora jurídica de **AERODELICIAS**, pero conforme se probó en la investigación no es abogada ni jamás ha ostentado ese cargo. Por este motivo, es imposible que haya facilitado el supuesto cartel, dado que realmente fungió como jefe de licitaciones, cargo que es meramente técnico. Así, la imputación fue indebida y es forzoso concluir que no es procedente sanción alguna en su contra.
- Al estudiar las pruebas que se adujeron en su contra ninguna permite concluir que conocía el supuesto cartel ni que facilitó la supuesta repartición de las zonas y grupos, así como tampoco los supuestos *boicots*. Por el contrario, en todas ellas se ve que era una empleada y cumplía con su trabajo, el cual, no tenía nada que ver con la supuesta conducta ilegal. Es más, **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) sostuvo que no incidía en forma alguna en la determinación de las zonas en las que la **UT AERODELICIAS** debía presentarse ni en la definición del precio de la propuesta.
- No recibía comisiones por éxito, por lo que no tenía interés alguno en facilitar la supuesta práctica restrictiva de la competencia.
- La multa impuesta afectó su mínimo vital en razón a que no tenía la capacidad económica para pagarla, como consecuencia de las obligaciones dinerarias que tenía a su cargo.

2.6. Argumentos comunes presentados por LIBER, JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS (controlante de LIBER), BEATRIZ BECERRA ROJAS (representante legal suplente de LIBER), CATALINSA, WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de CATALINSA) y [REDACTED] (controlante de CATALINSA)

Los recurrentes presentaron argumentos comunes en sus recursos de reposición a través de los cuales solicitaron que se declarara la ausencia de responsabilidad administrativa y, en

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

consecuencia, se archive la investigación. Los argumentos comunes presentados por los recurrentes fueron los siguientes:

- Los aspectos relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria expuestos sobre los actos continuados en la Resolución impugnada resultaron equivocados, en la medida en que se confundió lo que es un acto continuado con actos sucesivos. Dicha situación va en contravía de lo establecido por la jurisprudencia y la misma doctrina en casos precedentes con identidad de hechos.
- Fue evidente que la contabilización de la caducidad a partir de la firma del acta de liquidación del contrato no es otra cosa que una excusa para tratar de prolongar su facultad sancionatoria hasta un límite que supere lo querido por el legislador. Hubo caducidad de la facultad sancionatoria en todos los casos, dado que, si se atiende a lo jurisprudencia, entre el momento de las adjudicaciones y el momento en el que se decidió el presente proceso transcurrieron más de los 5 años de que trata la Ley 1340 de 2009.
- No existen pruebas directas o indirectas sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo, debido a que, a lo largo de todo el expediente, no se encontró algún documento que corrobore la concertación ilegal entre los investigados. Ante la falta de pruebas se *"llena ese vacío con hechos imaginarios"*.
- Se realizaron inferencias forzadas. Dicha actuación fue especulativa y solo trató de eludir la carga de la prueba. En consecuencia, no existe material probatorio que evidencie su responsabilidad en la conducta anticompetitiva investigada.
- No se demostraron los presupuestos para que se configure una práctica conscientemente paralela, la cual, requiere de: (i) la existencia de una práctica; (ii) la conciencia de los investigados; y (iii) el paralelismo. En el caso concreto, ninguno de esos elementos resultó probado, debido a que nunca se estableció cuál era la práctica supuestamente acordada. Tampoco se presentaron pruebas de la conciencia sobre la misma por parte de los recurrentes ni tampoco se probó como dicha práctica era paralela.

2.7. Argumentos presentados por CATALINSA, WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de CATALINSA) y [REDACTED] (controlante de CATALINSA)

Los recurrentes presentaron los siguientes argumentos adicionales a los expuestos previamente en el numeral 2.6.:

- La imputación realizada a **WILLIAM FAJARDO ROJAS** solo se basó en el hecho de que era representante legal de **CATALINSA**, pero no existen elementos que prueben su participación en el acuerdo anticompetitivo.
- [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) no intercambió *"información estratégica"* con [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**). Por el contrario, se trató de información pública y de libre acceso.
- Las actuaciones desplegadas por **CATALINSA**, lejos de responder a un esquema de coordinación, en realidad fueron tomadas individualmente conforme con sus estrategias corporativas. Las cuales fueron desplegadas en procesos de selección donde fácilmente se puede deducir, contrario a lo estipulado en la Resolución Sancionatoria, que hubo competencia, ya que hubo empresas que *"fueron descalificadas a lo largo del proceso"*.
- El antecedente que sirvió como criterio de graduación de la multa no puede ser tenido en cuenta en la medida de que no fue allegado al Expediente. Por lo tanto, los recurrentes no pudieron

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

manifestar que *“dicha sanción se encuentra actualmente demandada ante la jurisdicción contencioso administrativa”*.

2.8. Argumentos presentados por ASOPROVAL y MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO (presidente ejecutiva de ASOPROVAL)

Los recurrentes presentaron recursos de reposición a través de los cuales solicitaron que se declarara la ausencia de responsabilidad administrativa y, en consecuencia, se archive la investigación. Los argumentos presentados fueron los siguientes:

- El análisis en la Resolución No. 35069 de 2022 respecto de la caducidad de la facultad sancionatoria fue errado, en la medida en que confundió lo que es un acto continuado con actos sucesivos. Dicha situación va en contravía de lo establecido por la jurisprudencia y la misma doctrina en casos precedentes con identidad de hechos.
- Se sancionó a los recurrentes sin que existan pruebas directas o indirectas sobre su responsabilidad, debido a que no se encuentra ningún documento que corrobore la violación de la cláusula general. En este sentido, si se observan los chats —que fueron obtenidos con violación de los derechos constitucionales y convencionales—, declaraciones, testimonios y demás elementos materiales de prueba, en ninguno se encuentra evidencia de que en las reuniones de **ASOPROVAL** se hayan hecho referencia a precios, zonas, cantidades o forma de presentación de las ofertas.
- En el correo electrónico remitido por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidente ejecutiva de **ASOPROVAL**) el 12 de octubre de 2015 —en el que se discutieron temas asociados con el proceso de selección **CCE-054A-AG-2015**—, se hizo mención explícita a que con dicho documento *“no se busca[ba] atacar el resultado de la adjudicación”*, sino que el mismo sería enviado a **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** (en adelante **“CCE”**) y a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para poner de presente *“la necesidad de ajustar el procedimiento”* de los procesos de selección. Lo anterior demuestra que no existió coordinación alguna para efectos de acordar las zonas que supuestamente estaban repartidas.
- Los elementos materiales probatorios existentes en el Expediente dan cuenta de que, contrario a la conclusión principal a la que llegó la Delegatura en el pliego de cargos, **ASOPROVAL** nunca ha sido utilizada como un escenario de coordinación entre sus miembros con el fin de alterar el proceso competitivo que se dio en los distintos procesos de selección del **PREB**.
- Los documentos de la agremiación evidencian que desde su conformación y hasta la última fecha del periodo investigado las comunicaciones que ha remitido a sus miembros son de carácter gremial y han tenido como finalidad procurar que en el desarrollo de cada proceso se den condiciones de transparencia necesarias para una libre competencia. Además, sus afiliados siempre han tomado sus decisiones y estrategias de participación de manera individual.
- Los gremios se reúnen para discutir temas de mercado. Para esto mismo se reunía **ASOPROVAL**. La regla de la experiencia de acuerdo con la cual las personas al hacer negocios y compartir determinados escenarios desarrollan relación de cercanía y, por ende, un cartel, no es correcta.
- La garantía del derecho de asociación está resguardada por la ley y por la Convención Interamericana de Derechos Humanos. La totalidad de las conductas atribuidas en el pliego de cargos y en la Resolución Sancionatoria a la asociación fueron ejecutadas en desarrollo de esta actividad legalmente permitida. Inclusive, la Superintendencia de Industria y Comercio, en la *“cartilla de instrucciones para los gremios”*, acepta este tipo de actividad gremial. Por lo tanto, no es válido el reproche realizado al simple hecho de que un gremio se reúna con sus afiliados. Esto contradice la normativa internacional y nacional.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Rechazó el reprochó a **ASOPROVAL** respecto a que sirvió de intermediaria para que los investigadas se coordinaran en aspectos que encontraban relevantes para sus intereses comunes. Sobre el particular, se indicó que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBASER**) y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) participaron en reuniones y promovieron acercamientos con el Concejo de Bogotá para que se investigara el contrato suscrito con Plaza Mayor.

El contrato suscrito con Plaza Mayor presentó muchas irregularidades en su ejecución y lo que buscaron era acercarse a los concejales "para impedir un nuevo descalabro". Al final resultó que la Contraloría Distrital de Bogotá encontró dos hallazgos ficales por más de \$ 4.381.151.706, lo que les dio la razón de comunicar lo que estaba sucediendo. Ante este escenario no tiene fundamento el reproche en torno a que se comparta información "absolutamente pública" y demostrativa del detrimento patrimonial del Distrito con terceros y, mucho menos, que esto se utilice como prueba de una conducta anticompetitiva.

- Se omitió tener en cuenta la declaración de **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) en que manifestó que al interior del gremio no se generaban discusiones respecto de las ofertas que presentarían o no las empresas en los distintos procesos de selección.
- Se realizaron conjeturas "con hechos imaginarios" ante la falta de pruebas. Como tal, lo que hubo fueron inferencias forzadas para eludir la carga de prueba para demostrar la responsabilidad de los recurrentes.
- La multa impuesta a **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) es un "atropello" por cuanto ascendió al [REDACTED]% de su supuesto patrimonio líquido para el 2016. Sin embargo, para dicho año su patrimonio era considerablemente menor al establecido en la Resolución Sancionatoria, tan es así que no estaba obligada a declarar renta. En esa medida, la multa impuesta resulta ser abusiva y confiscatoria puesto que supera en varias veces a su patrimonio. Adicionalmente, no es dable sancionar de esa manera a una persona que hizo parte del supuesto cartel los últimos dos (2) años, de los diez (10) años investigados.

2.9. Argumentos comunes presentados por **SPRESS**, **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**)

Los recurrentes presentaron recurso de reposición a través del cual solicitaron que sea archivada la actuación administrativa, con sustento en que no transgredieron el régimen de competencia. Los argumentos planteados fueron los siguientes:

- Reiteraron todos y cada uno de los argumentos expuestos en sus descargos y todas las manifestaciones realizadas en su representación.

Indicaron que caducó la facultad sancionatoria. Además, que la Superintendencia de Industria y Comercio "se ingenió una fecha de culminación del acuerdo anticompetitivo a partir del proceso LP-AG-153-2017". **SPRESS** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) no participaron en este proceso. Agregaron que se plantearon cuatro escenarios con base en los cuales debía calcularse la pérdida de la facultad sancionatoria como si se tratara de una lista de argumentos subsidiarios, pero no se determinó cuál era el correcto. En su consideración, la actuación fue arbitraria y se apartó de la sugerencia de la Delegatura ya que, al conocer sus falencias, la Superintendencia de Industria y Comercio expuso argumentos incoherentes en los que "con todas las posturas" perdían los investigados.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Afirmaron que para contabilizar el término de la caducidad de la facultad sancionatoria se debe aplicar el precedente establecido en la Resolución No. 59833 de 2019. Así, la fecha de adjudicación del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** correspondió al 8 de abril de 2016, por lo que los cinco (5) años establecidos en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 se cumplieron el 8 de abril de 2021.

Por otra parte, de acuerdo con la Resolución No. 22233 de 2019, el término de caducidad debe contarse desde la fecha de terminación de los contratos obtenidos como parte del acuerdo. Si se tiene en cuenta el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016** al aplicar el precedente recién citado la fecha en la cual **SPRESS** “dejó de ejecutar el contrato”, en palabras de la Superintendencia de Industria y Comercio, fue el día 7 de abril de 2017. A partir de esta fecha se deben contar los cinco (5) años establecidos en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. Por lo tanto, el 11 de abril de 2022 se materializó la pérdida de la facultad sancionatoria.

- Se vulneró el debido proceso, debido a que impidió que fueran “*juzgados por una autoridad imparcial*” al haber avalado la posición “*preconcebida*” de la Delegatura para analizar las pruebas y la conducta de los investigados. Igualmente, violó el principio de *non bis in idem*, toda vez que tuvo en cuenta la actuación administrativa No. 17-292981 como parte de las pruebas que fundamentaron la Resolución Sancionatoria.
- Se realizó una valoración arbitraria, irracional y carente de sustento de las pruebas indiciarias que establecían las relaciones de cercanía entre investigados como elemento facilitador de la conducta.
- Los hechos presentados en el recurso permitieron demostrar que los recurrentes nunca hicieron parte de **ASOPROVAL**, por lo cual hubo una valoración parcial por parte de esta Superintendencia que evidenció el desconocimiento del principio de persuasión racional o de la sana crítica. En consecuencia, solicitaron que, al igual que a **FABIO DOBLADO BARRETO**, se clasifique a **SPRESS** bajo las personas que no fueron agremiados en **ASOPROVAL** ni estuvieron vinculados de algún modo a sus gestiones. Por lo tanto, las gestiones anticompetitivas endilgadas a la asociación no vinculan a los recurrentes.

Conforme con lo anterior, señalaron que en desarrollo del principio de igualdad se debió aplicar los mismos criterios definidos como estándar de prueba de las decisiones al momento de analizar los hechos y conductas de los recurrentes, para poder alcanzar la misma conclusión a la que se llegó con **FABIO DOBLADO BARRETO**.

- No existe ningún indicio o cualquier otro medio de prueba que otorgue certeza a esta Superintendencia sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los recurrentes y cualquier otro investigado durante el periodo comprendido entre 2007 y 2017. Tampoco existen antecedentes ni indicios de colusión en mercados de alimentación en los que hayan participado.
- No se probó que existieran relaciones de cercanía con algún otro proponente, ya que **SPRESS** no tiene nada que ver con la embarcación denominada “*NAVE PATO*” y no ostentó la calidad de socio y competidor de otro investigado. En todos los procesos en los que **SPRESS** participó lo hizo de forma independiente, nunca evitó la competencia con ningún oferente investigado o no investigado, por lo que no puede decirse que existan acercamientos, alianzas, amistad o falta de cualquier tipo de rivalidad con cualquier otro oferente.
- El análisis de las pruebas indiciarias efectuado por la Delegatura se llevó a cabo bajo el enfoque de unos oferentes específicos, respondiendo a una “*ceguera selectiva*” que condujo a la “*incorrecta e infundada*” conclusión de sancionar a los recurrentes.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Los criterios de análisis utilizados por la Delegatura no superan el estándar de prueba utilizado en las Resoluciones No. 2076 del 2019, 12992 del 2019 o el Informe Motivado de la actuación administrativa No. 20-85793 "LA PALMA".

2.10. Argumentos adicionales presentados por STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de SPRESS)

Los argumentos adicionales presentados por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), a los expuestos previamente en el numeral **2.9.**, fueron los siguientes:

- No entiende cómo esta Superintendencia impuso la sanción que se recurre sin tener en cuenta que el impacto de la conducta en nada afectó al mercado relevante, que no obtuvo beneficio o ingreso, y su participación no aportó ni restó al proceso de selección.
- En caso tal de que no se reponga la decisión recurrida, solicitó subsidiariamente aplicar a la sanción que le fue impuesta un juicio de proporcionalidad lógico, razonable y coherente con la actuación y, en especial, con la sanción impuesta a **SPRESS**.

2.11. Argumentos adicionales presentados por ISMAEL BELLO PACHÓN (representante legal suplente de SPRESS)

Los argumentos adicionales presentados por **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**), a los expuestos previamente en el numeral **2.9.**, fueron los siguientes:

- Fue sancionado por cualquier conducta probada a **SPRESS** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**). Sin embargo, en el Expediente no existe ninguna prueba que permita denotar el poder controlante desde 2007 a 2017 sobre los comportamientos adoptados por **SPRESS**, argumentos ignorados o tergiversados en la Resolución Sancionatoria.
- La Delegatura realizó imputaciones mentirosas que afectaron a todos los investigados, dado que partió de pruebas que solo vinculaban a algunas personas desconociendo que debía "*analizar cada investigado por separado*". Por lo tanto, este "*yerro metodológico*" no garantizó el derecho al debido proceso. Además, clasificó las supuestas conductas que afectaron la competencia sin precisar en qué proceso de selección ni qué investigado las realizó, lo que generalizó responsabilidades.

Con fundamento en lo anterior, indicó que la imputación realizada fue contraria a la doctrina desarrollada en procedimientos con circunstancias similares, en los que, al momento de formular cargos, detalló para cada uno de los investigados los procesos en los que en realidad existían pruebas que evidenciaban violación a la libre competencia (Resolución No. 2065 de 2015, radicado 11-71590).

- No existen pruebas suficientes para sancionar al recurrente puesto que, en su consideración, ninguno de los elementos referidos en la Resolución Sancionatoria "*lo conecta con la presunta responsabilidad que se le pretende atribuir por violar las normas de protección a la competencia*". En consecuencia, se vulneró el derecho al debido proceso al realizar conjeturas sin un acervo probatorio suficiente, ya que no se evidenció que haya colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado conductas violatorias a las normas de protección.
- Con respecto al proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013** señaló que es ilógico lo realizado por la Delegatura al pretender establecer como indicio colusorio el hecho de no presentar ofertas, puesto que, con la simple consulta de las observaciones, resultaba evidente que la única razón existente para ello era la falta de planeación de la Entidad pública convocante. Así, no existe la menor posibilidad de la existencia de un acuerdo anticompetitivo en el desarrollo del referido proceso de contratación pública.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No participó en ninguna reunión convocada por [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**) ni tampoco era controlante de **SPRESS** para el periodo investigado.
- No se tuvo en cuenta que el impacto de la conducta no afectó al mercado relevante, que no obtuvo beneficio o ingreso, y su participación no aportó ni restó al proceso de selección.
- En caso de que no se reponga la decisión recurrida, solicitó subsidiariamente aplicar a la sanción impuesta un juicio de proporcionalidad lógico, razonable y coherente con la actuación y, en especial, con la sanción impuesta a **SPRESS**.

2.12. Argumentos adicionales presentados por SPRESS

Los argumentos adicionales presentados por **SPRESS**, a los expuestos previamente en el numeral 2.9., fueron los siguientes:

- No se presentó ninguna de las circunstancias clasificadas como indicios que prueben un acuerdo anticompetitivo en los procesos de selección **LP-SED-SGO-001-2007**, **LP-SED-SGO-005-2008**, **SED-LP-DBE-001-2009** y **SED-LP-DBE-020-2011**.
- No existió una conducta continuada por cuanto, para el 2011 y 2012, la investigada no participó en el mercado del **PREB**. De hecho, no participó por un lapso de cinco meses y cuatro días, por lo que no podría alegarse la existencia de una conducta continuada ininterrumpida.
- Se realizó una conclusión forzada al pretender establecer como indicio colusorio el hecho de no presentar ofertas en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013**. La razón por la que esto sucedió obedeció a que dicho proceso tuvo errores y omisiones que denotaban la falta de planeación de la Entidad contratante. Esto evidencia que la vinculación del recurrente fue el resultado de conjeturas.
- No existe indicio o prueba que indique que [REDACTED], aparte de haber sido asesora de **SPRESS**, tuviese poder de decisión dentro dicha empresa. Por esta razón, las acciones realizadas por [REDACTED] no pueden ser relacionadas con las de **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** o **ISMAEL BELLO PACHÓN**. La única relación existente es un lazo de consanguinidad entre esta investigada y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**.
- No existen fundamentos jurídicos para afirmar que en los procesos de selección adelantados a través de la **BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA** (en adelante "**BMC**") existiera una limitación para tener corredores comunes. De hecho, esto puede estar justificado en razón a que en este mercado no existen muchos oferentes ni comisionistas de bolsa que los representen.

2.13. Argumentos presentados por SURCOLOMBIANA y [REDACTED] (controlante de SURCOLOMBIANA)

Los recurrentes presentaron recurso de reposición contra la Resolución Sancionatoria. Para tal efecto, solicitaron que: (i) se reponga la mencionada Resolución y, en su lugar, sean absueltos de los cargos existentes en su contra y, por ende, de la sanción impuesta y (ii) se declare la caducidad de la facultad sancionatoria. Los argumentos expuestos fueron los siguientes:

- Existió una equivocación al calificar los hechos acontecidos como parte de una conducta continuada. Indicaron que lo sucedido correspondió con una conducta reiterada compuesta por una pluralidad de acciones de diversa naturaleza ejecutadas en distintos momentos. En esa medida, no podría entenderse como una conducta continuada el comportamiento imputado, toda

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

vez que no se trató de un único comportamiento que se prolongó en el tiempo, sino de una pluralidad de acciones de diversa naturaleza que habrían sido ejecutadas. Al considerar la conducta como reiterada, el término de caducidad de la potestad sancionatoria debe contabilizarse a partir de la finalización de cada actuación supuestamente ilícita.

- El *"instituto"* del delito continuado está expresamente consagrado en el artículo 31, inciso 3 del Código Penal, en tanto que las faltas disciplinarias bajo modalidad continuada están previstas en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002. De allí que resulte imposible extender los efectos de tales disposiciones al caso que nos ocupa.
- Se carece de competencia para pronunciarse respecto de cualquier conducta que haya tenido ocurrencia antes del 5 de julio de 2013, debido a que la facultad sancionatoria caducó.
- El término de caducidad del acuerdo colusorio que tuvo *"como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos"*, debe ser contabilizado desde la adjudicación de cada contrato cuestionado, en la medida en que es este el momento en el que se materializa la finalidad del acuerdo.
- Sostuvo que la Comisión Nacional de Disciplina Judicial concluyó que la suspensión de los términos de prescripción y caducidad a los que se refiere el Decreto Legislativo 564 de 2020 no opera frente al ejercicio de la potestad disciplinaria.
- No existen elementos probatorios que permitan considerar que los recurrentes reúnen las tres características objetivas de las personas que hicieron parte del acuerdo anticompetitivo, esto es, que: (i) hicieran parte del grupo de proponentes que participaron con mayor frecuencia en los procesos de selección; (ii) presentaran ofertas en la mayoría de las zonas y (iii) tuvieran participación en más del 60% del presupuesto ejecutado.
- **SURCOLOMBIANA** señaló que durante el periodo de 2007 y 2011 solo se presentó en un proceso de selección (**SED-LP-DBE-020-2011**), en el que participó a través de la unión temporal **PRONUTRIMOS** con una participación del 30%. Así las cosas, los recurrentes no comparten las características propuestas por la Superintendencia de Industria y Comercio para el periodo 2007-2011.
- Se presentó por primera vez como participante directo en el proceso de Bolsa I adelantado en el 2012. Por tal motivo, es impreciso decir que podía hacer parte de un acuerdo, si se considera que carecía de experiencia o de una posición de dominio que le permitiera adelantar algún tipo de acuerdo.
- No existen pruebas directas que vinculen a los recurrentes dentro del periodo *"de consolidación del acuerdo macro"* ubicado entre el 2012 y 2013. Lo anterior, en la medida en que no obran documentos, comunicaciones o declaraciones que permitan evidenciar su participación en dicho periodo.
- El hecho de que **SURCOLOMBIANA** y **LA CAMPIÑA** compartieran el mismo corredor en los procesos de selección adelantados por la **BMC**, no supuso ningún tipo de limitación de la competencia ni, menos aún, da cuenta del presunto acuerdo anticompetitivo. De hecho, las actuaciones fueron el resultado de tomar decisiones racionales determinadas por condiciones técnicas que, en vista de la diferencia de tamaño entre estas dos compañías, condujeron a que en ningún caso ambas empresas tuvieran interés en presentarse al mismo grupo.
- En el marco del proceso **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, **SURCOLOMBIANA** optó por presentar oferta al grupo 10, dado que la capacidad instalada de la planta para la fecha era de 38000 refrigerios diarios, por lo cual, era la única zona que le permitía explotar al máximo su capacidad.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En los procesos **SED-SA-SI-DBE-001-2014** y **SED-SA-SI-DBE-017-2015** se evidenció, en el acervo probatorio, que la recurrente se presentó conforme con su capacidad de planta, así como en atención a consideraciones técnicas y de conveniencia perfectamente comprobables.
- En el proceso **SED-SA-SI-DBE-002-2016** incurrió en un error de digitación en el sistema que registraba las ofertas. Así, la oferta de **SURCOLOMBIANA** no fue tomada en cuenta dentro del proceso de selección. Sin embargo, esto no obedeció a una estrategia para beneficiar a **SPRESS**, sino que se debió a una circunstancia fortuita.
- Frente al rol que desempeñaron los recurrentes en **ASOPROVAL** aclararon que se trató de una actuación pasiva. Las pruebas evidencian que nunca se presentaron a asambleas o que tuviesen algún vínculo con lo sucedido en el proceso de selección **LP-AG-130-2016**.

2.14. Argumentos presentados por LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN (representante legal de SURCOLOMBIANA)

LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) presentó recurso de reposición a través del cual solicitó que la Resolución Sancionatoria fuera revocada en razón a que habría operado la caducidad de la facultad sancionatoria. Adicionalmente, solicitó ser absuelta de los cargos formulados en su contra y, en consecuencia, que se revoque la multa impuesta. Los argumentos presentados fueron los siguientes:

- Se omitió precisar, fáctica, jurídica y probatoriamente las razones que los llevaron a atribuirle responsabilidad.
- Para la fecha de los hechos era la representante legal de **SURCOLOMBIANA**, pero no tomaba la decisión de participar en un proceso de selección. Dichas determinaciones eran adoptadas por un equipo técnico del cual no hacía parte. Además, el controlante de **SURCOLOMBIANA** era [REDACTED] y no la recurrente. Así, manifestó que no existen elementos de prueba que indiquen que la recurrente toleró o facilitó el supuesto acuerdo colusorio objeto de la presente actuación administrativa.
- Las conductas objeto de investigación no se encuadran en la categoría de faltas de ejecución continuada o de tracto sucesivo, por cuanto no se trató de un único comportamiento que se prolongó en el tiempo, sino de una pluralidad de acciones de la más diversa índole (conductas reiteradas). Lo que supuso que el término de caducidad de la potestad sancionatoria debía contabilizarse a partir de la finalización de cada actuación supuestamente ilícita, sin que sea posible considerar cada conducta como componente de un todo para efectos de la contabilización del término de caducidad.
- Cuestionó las pruebas que se tuvieron como sustento de su participación en los procesos de selección, en la medida en que a partir de los indicios existentes no se pudo derivar su responsabilidad en el acuerdo restrictivo de la competencia imputado.
- **SURCOLOMBIANA** no reúne las condiciones objetivas que caracterizan a los proponentes investigados que, presuntamente, incurrieron en las prácticas restrictivas de la competencia en el período comprendido entre 2007 y 2011, por cuanto no existe ningún fundamento para realizar esa afirmación. Como tal, la no participación de **SURCOLOMBIANA** y de la recurrente en la fase inicial del presunto acuerdo complejo imputado advierte con facilidad la ausencia de prueba directa que la relacione a ella, **SURCOLOMBIANA** o a [REDACTED] con los restantes proponentes investigados.
- El hecho de que **SURCOLOMBIANA** y **LA CAMPIÑA** tuvieran el mismo corredor de bolsa en los procesos adelantados entre 2012 y 2013 a través de la **BMC** "no supuso ningún tipo de limitación de la competencia", debido a que **SURCOLOMBIANA** decidió a qué grupos se

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

presentaría de acuerdo con aquellos que mejor se ajustaran a *"la capacidad de ensamblaje y de almacenamiento de su planta de producción"*.

- No existe ningún documento o comunicación que dé cuenta que la recurrente sostuvo acercamientos o encuentros con los representantes legales de **CATALINSA**, **DISERAL** o **IBEASER** durante el tiempo que se desarrollaron los procesos mediante la **BMC**.
- El material probatorio obrante en el Expediente permite acreditar que la elección de zonas por parte de **SURCOLOMBIANA**, en cada uno de los procesos en los que participó y que fueron objeto de investigación, obedeció a factores asociados principalmente con su capacidad de planta para producir refrigerios y no como fruto de un acuerdo con sus competidores.
- Se malinterpretó que **SURCOLOMBIANA** resultará adjudicatario de varios procesos de selección como único oferente.
- Afirmó que la decisión de **SURCOLOMBIANA** para presentarse a las zonas obedeció a consideraciones técnicas, como su capacidad instalada de planta y a la distancia de la zona respecto de su planta, entre otras.
- **SURCOLOMBIANA** no tenía conocimiento sobre su condición de oferente único para las zonas a las que se presentaban.

2.15. Argumentos comunes presentados por LA CAMPIÑA y JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO (controlante de LA CAMPIÑA)

Los recurrentes presentaron recursos de reposición a través de los cuales solicitaron que la Resolución Sancionatoria fuera revocada y, en su lugar, se declarara el archivo de las conductas endilgadas. En subsidio, solicitaron que la sanción impuesta fuera reducida de acuerdo con los principios de favorabilidad y legalidad. Los argumentos expuestos fueron los siguientes:

- El procedimiento establecido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no contiene una instancia en la que las personas investigadas tengan la oportunidad de presentar su defensa directamente ante el Superintendente de Industria y Comercio. Por lo tanto, debe darse aplicación al artículo 35 del CPACA que establece que *"las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones"*.
- No existió una conducta continuada por parte de **LA CAMPIÑA** en el periodo de tiempo investigado, esto es, de 2007 a 2017, debido a que no existió una pluralidad de acciones, unidad de intención e identidad de los elementos que configuran la conducta sancionable.
- Con relación a la continuidad de la conducta afirmaron que se trató de hechos aislados en el tiempo, toda vez que no hubo una participación constante por parte de **LA CAMPIÑA** en los procesos de selección investigados. Al respecto, señalaron que **LA CAMPIÑA** no participó en los procesos **SED-SA-PMC-DBE-071-2011**, **SED-SA-SI-DBE-005-2013**, **SED-SI-DBE-103-2013**, **Contrato Interadministrativo 1985 de 2015**, **SED-SA-SI-DBE-042-2016**, **LP-AG-130-2016**, **002-045-2017**, **LP-AG-153-2017** y **SA-SI-140-AG-2017**. De allí que no sea dable aducir que realizó alguna conducta anticompetitiva durante el 2011, 2013, 2015, 2016 y 2017.
- En el mismo sentido, **LA CAMPIÑA** no pudo ser parte de un acuerdo anticompetitivo en los procesos de selección que no le adjudicaron. Efectivamente, lo esperable de participar en un acuerdo anticompetitivo es que fuera adjudicatario de los procesos en los que participó. De allí, que no pueda aducirse que existió una conducta anticompetitiva en los procesos de selección

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

LP-SED-SGO-001-2007, SED-SI-DBE-122-2013, SED-SI-DBE-001-2014 y SED-SI-DBE-110-2014, ni tampoco afirmar que existió una conducta continuada sancionable.

- Como lo afirma la misma Superintendencia de Industria y Comercio, en los procesos de selección **SED-LP-DBE-001-2009, BOLSA I 2012 y LP-AG-153-2017** existió una dura competencia, por lo que no podría hablarse de continuidad en la conducta.
- **LA CAMPIÑA** no fue agremiado en **ASOPROVAL** por lo que no deben tenerse en cuenta las conclusiones derivadas en torno a dicha asociación. Con ello, se reitera que no existió continuidad en la conducta.
- Sobre la inexistencia en la unidad de intención e identidad de los elementos que configuran la conducta sancionable, señalaron que **LA CAMPIÑA** fue imputada por infringir el numeral 9 de artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y no la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. En esa medida, debe tenerse en cuenta que cada proceso de selección comporta un mercado relevante en sí mismo⁷ pues se trata de competencia *“por un mercado”* y no *“en el mercado”*.
- La Superintendencia de Industria y Comercio sostuvo que en unos procesos de selección investigados lo acordado era distribuirse los grupos ofertados, en otros, era no pujar en las subastas, en otros, acordar los valores de los lances en la subasta y, en otros, era no presentar propuestas. Esto es indicativo de que no se trató de un único acuerdo ni de la misma conducta sancionable. Por lo tanto, concluyeron que no existió una conducta continuada.
- No se demostró una única intención ni que las diversas conductas encajaran en un único tipo. En esa medida, mientras para algunas conductas el término de caducidad es de cinco (5) años para otros es de tres (3) años, dependiendo si sucedieron antes o después de la entrada en vigor de la Ley 1340 de 2009.
- Incluso si se entendiera que la conducta era continuada el término de caducidad sería también de tres (3) años, en la medida en que el acuerdo tuvo origen en el proceso de selección **LP-SED-SGO-2007** que se surtió con anterioridad a que empezara a regir la Ley 1340 de 2009. Por lo anterior, el término de caducidad es el previsto en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo. Esto con fundamento en: (i) el artículo 40 de la Ley 153 de 1887⁸ que establece que se debe aplicar la normativa *“vigente al momento en que un término hubiese empezado a correr”*; (ii) el artículo 41 de la Ley 153 de 1887⁹ y (iii) el principio de favorabilidad —que no puede desconocerse en materia sancionatoria—.
- El solo hecho de que el término de caducidad inicie en fechas distintas para cada investigado, es muestra de que no se trató de una conducta continuada.
- Teniendo en cuenta que el último hecho que involucra a algún empleado de **LA CAMPIÑA** es el correo electrónico del 7 de enero de 2015, el término de caducidad de la facultad sancionatoria feneció el 7 de enero de 2018, si se cuentan tres (3) años, y 7 de enero de 2020, si se cuentan cinco (5) años.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 71584 de 2019, 83037 de 2014, 53914 de 2013, 40875 de 2013, 40901 de 2012.

⁸ Ley 153 de 1887. Artículo 40. *“Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos que hubieren empezado a correr, y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas, se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”*.

⁹ Ley 153 de 1887. Artículo 41. *“La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir”*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- De acuerdo con el Tribunal Administrativo de Cundinamarca¹⁰ en los procesos administrativos sancionatorios por la comisión de una colusión en contratación pública, el término de caducidad de la facultad sancionatoria inicia desde la fecha en que se profiera el acto de adjudicación, toda vez que *"nunca podrá extenderse más allá del acto administrativo por el cual se adjudique el contrato estatal"*.
- Comoquiera que el último proceso en el que **LA CAMPIÑA** participó fue el **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, cuya adjudicación fue realizada el 8 de abril de 2016, la facultad sancionatoria caducó. Incluso, aún en el evento de considerar que el término de caducidad sea el señalado en la Ley 1340 de 2009 la facultad sancionatoria feneció.
- **LA CAMPIÑA** no presentó oferta en el proceso de selección **LP-AG-153-2017** por lo que debe concluirse que su retiro del supuesto acuerdo fue con anterioridad, lo que significó que su participación solamente se dio hasta el proceso de selección **SED-SA-SI-DEBE-002-2016**.
- Como consta en el acta de liquidación del contrato 2362 de 2016, celebrado en virtud de la adjudicación realizada en el proceso **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, el término de ejecución del contrato fue el 22 de febrero de 2017. En esa medida, y al no recibir pagos con posterioridad a la señalada fecha, la liquidación del contrato no puede tomarse como punto de referencia para contabilizar el *"término de caducidad"*.
- Para la fecha en que fue cerrado el proceso de selección **LP-AG-130-2016**, esto es, el 20 de febrero de 2017, se habría materializado el retiro de **LA CAMPIÑA** del supuesto acuerdo, por lo que el fenómeno de la caducidad se habría producido el 17 de febrero de 2022.
- Sobre la suspensión de términos, con ocasión de la pandemia ocasionada por el **COVID-19**, indicaron que *"no existe ninguna justificación concreta para que el proceso se suspendiera como consecuencia de la emergencia sanitaria y que ese término simplemente se utiliza para justificar la demora de la SIC en tomar una decisión"*.
- La administración tiene la carga de demostrar con un grado de certeza superior a la duda razonable que la persona investigada realizó la conducta con culpa.
- Las pruebas existentes son insuficientes para aseverar la cercanía entre **LA CAMPIÑA** y los otros investigados. En un periodo de diez (10) años, solamente se mencionaron en dos (2) correos electrónicos, uno 2009 y otro de 2015, que no hacen referencia a repartición de zonas o grupos, definir términos de las propuestas o a boicotear los procesos de selección. Los dos (2) correos electrónicos relacionados no son prueba del actuar anticompetitivo. Por el contrario, se criminaliza el uso de diminutivos y se concluyó un acuerdo a partir de un correo electrónico que no se respondió en el que no se relaciona en qué forma deberían presentarse al proceso referenciado. De hecho, lo que se sugiere en el mensaje es que los intervinientes participen en una eventual queja que sería presentada a las autoridades de control.
- De acuerdo con la doctrina *Noerr Penington* y la Resolución No. 16457 de 2014, la asociación de personas para tramitar normas o procesos —que inclusive resulten restrictivos de la competencia— no es ilegal. Como tal, si se entendiera de otra manera sería una coacción a libertad de participación ciudadana.
- **LA CAMPIÑA** no participó en la mayoría de los procesos analizados, catorce (14) de veintiuno (21), por lo que no se puede relacionar con el acuerdo. Así mismo, no resultó adjudicatario en la mayoría de los casos, diez (10) de veintiuno (21) y, finalmente, no fue el único proponente en

¹⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 9 de julio de 2015. Rad. No. 250002341000 2013 02040 00; y Sentencia del 27 de octubre de 2016. Rad. No. 250002341000 2013 02171 00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

veintiuno (21) procesos que fueron analizados. En ese sentido, no podría afirmarse que existió un acuerdo restrictivo de la competencia ni tampoco que se trató de una conducta continuada.

- No compitió con proponentes investigados y con proponentes no investigados haciendo competencia efectiva. Por ejemplo, en los procesos de **BOLSA I** bajó su precio en 10,31% y en 11,64%, en **BOLSA II** redujo su precio 9,54% y en **BOLSA III** lo bajó en 2,41%.
- Compitió de manera efectiva y no existe prueba alguna de la compensación en aquellos casos en los que no resultó adjudicatario.
- La razón por la cual participó en los grupos del proceso de **BOLSA I** se debió a que eligió los mismos grupos del proceso inmediatamente anterior (**SED-LP-DBE-020-2011**) que venía atendiendo.
- En el proceso de **BOLSA II** redujo su participación a un solo grupo teniendo en cuenta la baja rentabilidad y la falta de garantía en los procesos adelantados por la **BMC**. Para este proceso, el porcentaje de ahorro no fue el 2,13% sino del 9,54%, como consecuencia de la negociación directa entre el comisionista de **LA CAMPIÑA** y el de la **SED**.
- Que **LA CAMPIÑA** tuviera el mismo comisionista de bolsa en común con otro de los investigados no es responsabilidad suya. Por el contrario, de existir un conflicto de interés era responsabilidad de la **BMC** y del comisionista de bolsa ponerlo de presente. En todo caso, debe terse presente que el comisionista que los representó no fungió como representante de otro investigado para la misma operación.
- Está demostrado que el corredor que representó a **LA CAMPIÑA** no realizó ningún intercambio de información con otros proponentes ni coordinó su actuación con ellos. Incluso, los correos relacionados en la Resolución Sancionatoria son de otro corredor que representó a otros de los investigados, lo que indicaría que **LA CAMPIÑA** no hace parte del actuar anticompetitivo.
- Existen solo diez (10) sociedades comisionistas activas en Bogotá D.C., por lo cual no sería posible que en los procesos de selección en los que la adjudicación se dividió en veintidós (22) grupos cada proponente esté representado por una sociedad comisionista distinta.
- No hizo parte de los operadores subcontratados en el contrato de Plaza Mayor.
- Que hubiese sido único oferente en algunas de las zonas ofertadas no se debió a su participación en el cartel, sino al comportamiento propio del proceso. A manera de ejemplo, esto ocurrió en el proceso **LP-SED-SGO-005-2008**, en el que había veinte (20) zonas a adjudicar y solamente hubo doce (12) proponentes habilitados, o en el proceso **SED-LP-DBE3-020-2011** en el que hubo veintidós (22) zonas y nueve (9) proponentes habilitados.
- El hecho de que en diez (10) años de investigación solo fuera encontrada una comunicación del 2009, sin trascendencia alguna y con una sola persona de todos los investigados, no es prueba de cercanía de **LA CAMPIÑA** con otras empresas. Mucho menos que hubiese tenido acuerdos de ninguna especie con ellos.
- **LA CAMPIÑA** no participó en el proceso de provisión de raciones militares que fue utilizado como antecedente anticompetitivo de otros investigados.
- La razón por la cual **LA CAMPIÑA** no participó en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013** y sí en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-019-2013-2013** obedeció a razones económicas "y fue tomada de forma independiente". Además, comunicó la decisión de no participar a la entidad contratante con anterioridad a la fecha en la que se cerró el proceso.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El correo electrónico remitido por [REDACTED] carece de autenticidad por lo que no puede ser valorado. De acuerdo con el artículo 244 de la Ley 1564 de 2012 "[e]s auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento".
- Sobre su participación en los procesos **LP-AG-130-2016** y **SASIP No. 002-045-2017** advirtieron que **LA CAMPIÑA** decidió dejar de participar en los procesos de selección en el **PAE** desde el año 2016. Su decisión de no participar en el proceso de selección **LP-AG-130-2016** fue absolutamente unilateral, independiente y fundamentada en las pérdidas que le venían generando los contratos celebrados con la **SED**.
- Las capacidades de planta que utilizó la Delegatura respecto de **LA CAMPIÑA** no corresponden a las que efectivamente tenía. De allí que haya concluido que tenía alternativas absolutamente inexistentes.
- Por las limitaciones de capital de trabajo **LA CAMPIÑA** nunca tuvo la capacidad para contratar como lo supone la Superintendencia de Industria y Comercio.
- **LA CAMPIÑA** indicó que el costo del transporte no era insignificante. Por el contrario, era uno de los pocos rubros de la relación de costos en que la eficiencia de la empresa se podía capitalizar. Además, tenía razones válidas para escoger grupos cercanos a su planta y con instituciones que conocía.
- Es una conducta razonable tener como criterios de elección de zona la ubicación de la planta, el volumen de refrigerios y la capacidad de planta instalada, al igual que otros aspectos como el precio de venta del refrigerio, su composición y la capacidad de trabajo.
- La sanción de **LA CAMPIÑA** fue dosificada de manera indebida, puesto que no se tuvieron en cuenta los principios de legalidad y favorabilidad. Por un lado, se impuso una sanción con fundamento en una legislación que no estaba vigente al inicio de la conducta reprochada (que es menos favorable para el investigado, en tanto varió el valor de 2.000 a 100.000 **SMLMV**). Por otro lado, la multa se calculó con fundamento en el salario mínimo legal mensual vigente al momento de la imposición de la sanción y no la del momento de la comisión de la infracción.

Adicionalmente, el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 no menciona que los valores de las sanciones a imponer deben calcularse en salarios mínimos vigentes al momento de la imposición de la sanción. En línea con esto, el artículo 49 de la Ley 1955 de 2019 estableció que las sanciones en salarios mínimos legales deben ser calculadas en **UVT** (Unidades de Valor Tributario). Así, la sanción impuesta a **LA CAMPIÑA** debe calcularse con fundamento en el valor de la **UVT** vigente al momento de la comisión de la infracción. Además, debido a que la presunta infracción finalizó en 2016, la sanción impuesta a **LA CAMPIÑA** de 11.761 **UVT**, correspondería a \$ 349.925.033 y no a los \$ 446.965.044.

- La sanción impuesta a **LA CAMPIÑA** no tuvo en cuenta la realidad de los hechos en tanto: (i) fue sancionada con un porcentaje alto sin haber participado en todos los procesos de selección investigados; (ii) no resultó adjudicatario en todos los procesos de selección en los que participó; (iii) no existen pruebas sobre su participación en el acuerdo anticompetitivo y (iv) no hizo parte de **ASOPROVAL** ni de las conductas relacionadas con el boicot endilgadas.
- La multa impuesta a **LA CAMPIÑA** es confiscatoria de cara al 2022, con sustento en que se tuvo en cuenta para la tasación la declaración de renta del año 2019 sin tener en cuenta la situación actual de la empresa que se resume en la declaración de renta del año 2021. De acuerdo con esto, el patrimonio de **LA CAMPIÑA** era de [REDACTED] y el patrimonio líquido

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de [REDACTED] —sin incluir el pasivo para el pago de pensiones—. En tal sentido, la multa impuesta oscila entre el [REDACTED]% de su patrimonio y el [REDACTED]% de su patrimonio líquido, no del [REDACTED]%.

- Se vulneró el principio de igualdad. **LIBER** fue sancionada con un porcentaje del [REDACTED]% de su patrimonio líquido, mientras que **LA CAMPIÑA** fue sancionada con el [REDACTED]% de su patrimonio líquido, cuando su participación fue menor. De manera similar, por lo menos, siete (7) miembros de **ASOPROVAL** recibieron una multa igual o inferior a la que se impuso a **LA CAMPIÑA**.
- La multa de **LA CAMPIÑA** debió ser atenuada puesto que: (i) es la primera vez que se ve involucrada en una investigación; (ii) colaboró con la investigación; (iii) no utilizó medios fraudulentos para ocultar la infracción; (iv) atendió con prudencia y diligencia los deberes legales; y (v) acató todas las órdenes impartidas; (vi) no tuvo una activa participación y/o protagónica y (vii) se encuentra en causal de liquidación voluntaria desde el año 2018.
- La utilidad de todos estos años propuesta por la **SED** en los diferentes pliegos de condiciones, que fue presentada y detallada por la firma **MURANO** y aceptada por la misma Superintendencia, estuvo en promedio en algo más del 2%. Estos márgenes hacen que su posibilidad de bajar precios sea pequeña y los ahorros en algunos costos, por pequeños que parezcan, le resultarían significativos.

2.16. Argumentos adicionales presentados por JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO (controlante de LA CAMPIÑA)

Los argumentos adicionales presentados por **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) a los expuestos previamente en el numeral **2.13**. fueron los siguientes:

- De los diez (10) años que fueron objeto de investigación el recurrente fue representante legal de **LA CAMPIÑA** en tres (3) de ellos.
- No existe prueba directa de una activa participación en la presunta actuación anticompetitiva.
- No hay pruebas que demuestren que mantuviera contacto con otros oferentes con el fin de coordinar las actuaciones dentro de los procesos de selección investigados.
- Durante la investigación, solo se encontraron dos correos que darían cuenta del supuesto acuerdo restrictivo de la competencia. El primero fue intercambiado con [REDACTED] [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) en el que no se discutieron asuntos relacionados con la forma de presentar las ofertas en algún proceso de selección. El segundo correo electrónico fue remitido por una persona externa que no fue identificada, y **LA CAMPIÑA** actuó en contravía de lo que señalaba en el documento.
- No tuvo contacto alguno con **ASOPROVAL**.
- Como gerente de operaciones no tenía facultades para definir en qué procesos de selección participaría **LA CAMPIÑA**.
- Las decisiones de no participar dentro de los procesos de selección fueron tomadas en su momento por la junta directiva en cabeza de [REDACTED]. De acuerdo con ello, no existe un comportamiento doloso o culposo por su parte.
- Para poder haber "facilitado, autorizado, ejecutado" un acuerdo restrictivo debe probarse que realizó acciones para coordinar con terceros: (i) a qué grupos presentar las ofertas; (ii) abstenerse de presentar ofertas; o (iii) hasta qué precio pujaría **LA CAMPIÑA** en los procesos

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de selección. Sin embargo, no existe prueba directa que demuestre que realizó alguna de estas conductas.

- La sanción impuesta desconoció los principios de legalidad y favorabilidad. Esto, con sustento en que, de haber sido graduada bajo dichos preceptos, la multa impuesta debería haber sido de 1,35 **SMLMV** que correspondía con el 0,45% de la multa máxima a imponer.
- La sanción impuesta al recurrente fue de \$ 102.382.776 equivalente al 0,45% de la multa de 2000 salarios mínimos legales mensuales vigentes y al ■% de su patrimonio en 2019. No obstante, para el momento de la presentación del recurso (2022) esa multa resulta confiscatoria, dado que en su declaración de renta de 2020 consta que su renta líquida fue de \$ ■■■■■. En consecuencia, la multa correspondería a tres veces la renta anual del recurrente.
- La sanción impuesta es desproporcional si se compara con la impuesta a **LA CAMPIÑA** en la medida en que la multa equivale a la cuarta parte de la impuesta a la referida compañía.

2.17. Argumentos presentados por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**)

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de **IBEASER**) presentó recurso de reposición a través del cual solicitó que se declare que no colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró el acuerdo contrario a la libre competencia y, en consecuencia, sea archivada la investigación a su favor. Los argumentos presentados fueron los siguientes:

- Se vulneró el debido proceso debido a que no se suministró una explicación razonada de su acción, estableciendo una conexión entre los hechos probados en el proceso y la decisión a la que llegan.
- Es improcedente que se hubiese pronunciado sobre la responsabilidad de los investigados sin haber escuchado sus argumentos, puesto que estos eran indispensables para contradecir los hechos objeto de investigación.
- Alegó que se indujo a un "*sesgo de emociones*" en la Resolución Sancionatoria, al mencionar dentro de la investigación: (i) las sanciones que le impuso al recurrente en relación con los procesos de selección adelantados a través de la **BMC** por la **AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES** (en adelante "**ALFM**"); (ii) que los niños a los que va dirigido el programa de refrigerios sufrieron una afectación por la cartelización en los contratos del **PREB** (sin presentar evidencia alguna de que el servicio de alimentación escolar no hubiera sido presentado por las autoridades encargadas).
- No es posible afirmar la existencia del acuerdo anticompetitivo imputado en razón a que no existían las condiciones para que la colusión fuera una estrategia viable.
- No se sustentó en pruebas la Resolución Sancionatoria, ya que existen afirmaciones que carecen de sustento probatorio. Así las cosas, al existir ausencia de pruebas que fundamenten la acusación debe abstenerse de sancionar.
- Indicó que el término para contabilizar la caducidad de la facultad sancionatoria es la fecha en la que cesó la conducta o el último acto de ejecución. Por lo tanto, esta no se debe extender hasta la fecha de la liquidación del contrato.
- El análisis realizado en la Resolución Sancionatoria resultó insuficiente para catalogar la conducta como continuada, puesto que no hubo unidad de mercado ni de participantes en los procesos contractuales objeto de investigación. Se basaron en una serie de eventos que no son prueba del presunto acuerdo anticompetitivo que duró más de una década.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- La facultad sancionatoria caducó el 18 de octubre de 2021, debido a que el proceso de selección **LP-AG-153-2017** no debió ser tenido en cuenta para el cálculo de caducidad, por cuanto fue este el proceso en el que presuntamente se habría reanudado la competencia.
- El proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016** debió relacionarse para calcular la caducidad, debido a que fue adjudicado el 5 de agosto de 2016. En esa medida, la facultad sancionatoria feneció el 5 de agosto del 2021. Incluso, si se tiene en cuenta la suspensión de términos que tuvo lugar como consecuencia de la pandemia ocasionada por el **COVID-19** la caducidad habría operado el 18 de octubre de 2021.
- La prueba de la presunta colusión no se puede encontrar en la no participación por parte de los investigados en unos procesos de selección. Dicha decisión puede tener otras causas asociadas con las oportunidades disponibles y las tasas de retorno de los proyectos.
- No es cierto que el recurrente tuviera con el control directo de **IBEASER**.

2.18. Argumentos presentados por IBEASER

IBEASER presentó recurso de reposición a través del cual solicitó que la Resolución Sancionatoria fuera revocada y, en su lugar, se declarara la caducidad de la facultad sancionatoria. Subsidiariamente, solicitó una reducción de la sanción impuesta en consideración al dictamen pericial aportado. Los argumentos presentados fueron los siguientes:

- Alegó que la facultad sancionatoria caducó, en esa medida y no se contaría con la facultad para imponer la sanción.
- Se debe tener la fecha de adjudicación de cada uno de los procesos investigados como referencia para iniciar el conteo del término para determinar la ocurrencia de la caducidad de la facultad sancionatoria. Para tal efecto, señaló que deben ser definidos los hechos constitutivos de la conducta anticompetitiva, identificando la fecha de ocurrencia y, a partir de allí, iniciar el conteo del término de caducidad.
- A su juicio los cuatro escenarios de caducidad propuestos en la Resolución Sancionatoria fueron tomados erróneamente al relacionar de manera imprecisa la ejecución y la actividad de los investigados.
- Al aducirse la existencia de una repartición de zonas, la concertación para la no presentación de ofertas y un *boicot* en los procesos de selección no puede hablarse de una continuidad en la conducta, por cuanto no existiría unidad de propósito.
- La facultad sancionatoria caducó por lo que no solo se debió proferir la Resolución Sancionatoria en el término, sino también la resolución que resuelve los recursos de reposición. Para el efecto, señaló que la figura consignada en el artículo 52 del CPACA —según la cual el acto que decide los recursos puede ser proferido en un término de un año contado a partir de su debida interposición— es una figura especial que no es aplicable al procedimiento administrativo sancionatorio.
- No existen pruebas directas ni indirectas que den cuenta del acuerdo anticompetitivo. Efectivamente, no existe un documento o testimonio que acredite los supuestos acuerdos de voluntades entre los investigados con el fin de restringir la competencia en los procesos de selección.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No se probó el acuerdo anticompetitivo, debido a que se centró en analizar la ausencia de "pluralidad de oferentes por zona". A pesar de esto, no existen indicios que se consideren graves y necesarios para demostrar un acuerdo entre nueve (9) empresarios para establecer los términos de reparto de zonas en diecisiete (17) procesos de selección contractual.
- El papel que se le da **ASOPROVAL** es exagerado y se pierde de vista que tan solo ejerció funciones durante una quinta parte de la extensión de la supuesta colusión. Ello permite concluir que no existen pruebas suficientes para enjuiciar ocho (8) años de supuestos acuerdos colusorios.
- Se tasó de manera errada la multa que se impuso y que equivale al ■% de su patrimonio. Esto, debido a que para su tasación se tuvo en cuenta el patrimonio de 2016 y no el de la fecha de imposición de la sanción. Sobre el particular, indicó que su patrimonio se redujo entre el 2016 y 2019 de forma significativa y, prueba de ello, es el informe pericial que se anexó con el recurso. Agregó, que la sanción impuesta llevara a **IBEASER** "a un estado de insolvencia y a su liquidación".
- La sociedad cumplió sin ningún contratiempo con todo lo solicitado en la visita administrativa que fue realizada, de allí que resulta injusto que se le haya imputado una conducta irregular.
- El vínculo laboral de ■ como gerente administrativo y financiero de **IBEASER** es insuficiente para atribuir la conducta desplegada por este al recurrente. Efectivamente, no existen pruebas que permitan demostrar que su conducta le sea atribuible.

2.19. Argumentos presentados por ■ (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**)

■ (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) presentó recurso de reposición a través del cual solicitó que la Resolución Sancionatoria fuera revocada. Los argumentos presentados fueron los siguientes:

- La facultad sancionatoria caducó y los cuatro escenarios que tuvo en cuenta para su estudio presentan errores. Primero, señaló que el escenario No. 1, en torno al análisis de la caducidad, presenta una contradicción. Esto, debido a que el proceso **LP-AG-153-2017**, que sirvió de sustento de la Resolución Sancionatoria, fue descartado para ser analizado en el Informe Motivado. Segundo, las pruebas usadas en el escenario No. 2 de la caducidad carecen de "sustento fáctico o jurídico" para tenerlas como punto de partido para "el conteo de la caducidad". Tercero, en relación con los escenarios No. 3 y 4, la adjudicación del contrato es el momento desde el que se "cuenta la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia". Así, para **IBEASER**, el término de caducidad "empezó a contarse" desde la adjudicación del proceso **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, esto es, desde el 13 de abril de 2016.
- Existe una multiplicidad de proponentes únicos adjudicados a zonas que no se encuentran vinculados a la investigación. En esa medida, no es dable endilgarles responsabilidad por una presunta concertación para la no presentación de ofertas en los procesos de selección.
- La investigación debió haberse archivado por las mismas razones por las cuales se archivó la actuación contra **FABIO DOBLADO BARRETO**. Lo anterior, en la medida en que, al igual que para el proponente mencionado, el material probatorio analizado "demuestra los mismos elementos de hecho" que para el recurrente. En esa medida, una decisión fundada sobre los mismos hechos no puede resultar en consecuencias contrarias en función del agente que se esté sancionando.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- En línea con lo expuesto, añadió que no existen pruebas a través de las cuales se concluya que el recurrente ejecutó, facilitó y autorizó la conducta anticompetitiva. Adicionalmente, no se indicó el verbo rector infringido del artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Solicitó anular los medios de prueba que obran en su contra al haber sido recolectados de manera ilegal, dado que dicho material probatorio contiene información personal.
- No tenía relación alguna con **ASOPROVAL**.

2.20. Argumentos presentados por DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (controlante de DISERAL)

Los recurrentes solicitaron que la Resolución Sancionatoria fuera revocada y en su lugar se archivara la investigación, debido a que habría operado la caducidad de la facultad sancionatoria. Los argumentos presentados fueron los siguientes:

- La facultad sancionatoria caducó, en esa medida la Resolución Sancionatoria está viciada de nulidad por falta de competencia. Por lo tanto, debe decretarse el archivo del trámite administrativo que nos ocupa.
- Existió una equivocación al establecer que el término para contabilizar la caducidad del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** parte del "*acta de liquidación del contrato*". Al respecto, aclararon que **DISERAL** no percibió ningún beneficio cuando se liquidó el contrato mencionado. Por el contrario, "*debió devolver dineros a la SED y no recibió en consecuencia pago alguno*". Así, concluyeron que la fecha que debe tenerse en cuenta para el cálculo de la caducidad es la adjudicación del último proceso de selección que les fue adjudicado –**SED-SA-SI-DBE-002-2016**–, esto es, el 14 de abril de 2016.
- Para el juzgamiento del último contrato en que participó **DISERAL** no puede aplicarse la regla de continuidad de la conducta, donde de manera generalizada, se refirió a comportamientos respecto de los cuales ya operó la caducidad para su investigación y posible sanción.
- La participación de **DISERAL** en **ASOPROVAL** se dio en ejercicio del derecho fundamental de asociación, consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política.
- La tasación de la multa impuesta a los recurrentes, por separado, se hizo tomando en cuenta los contratos investigados en los que participó **DISERAL** como persona jurídica. En esa medida, al depender obligatoriamente de la participación en el mercado de su representante legal, **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO**, no debieron haber sido sancionados por separado. De allí que se haya incurrido en una doble penalización que transgrede el principio de *non bis in idem*.

2.21. Argumentos comunes presentados por JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de IBEASER), IBEASER, DISERAL, JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (controlante de DISERAL), LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN (representante legal de SURCOLOMBIANA) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER)

Los recurrentes presentaron argumentos comunes para sustentar el recurso de reposición a través del cual solicitaron que se declarara su ausencia de responsabilidad administrativa y, en consecuencia, se archivará la investigación. Los argumentos en los cuales coincidieron los referidos investigados fueron los siguientes:

- El término de caducidad aplicable al presente caso es el contemplado en el artículo 38 del Código Contencioso Administrativo (en adelante "**CCA**") y no el plazo previsto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Para la contabilización del término de caducidad debe tenerse en consideración lo señalado por el Consejo de Estado, quien indicó que *"el término de caducidad de la facultad sancionatoria de la Administración empieza a contarse desde la fecha en la cual se produzca la conducta reprochable"*.
- De acuerdo con el máximo tribunal administrativo, el término de caducidad de la facultad sancionatoria *"opera en forma independiente y autónoma en relación con cada una de las conductas y la contabilización del término debe realizarse a partir del momento en que cada fecho se produce"*².
- Para determinar la caducidad de la facultad sancionatoria debió tenerse en cuenta que cada proceso de selección investigado constituye un mercado relevante en sí mismo.
- Existe una contradicción en la Resolución Sancionatoria al evaluar la existencia de una conducta colusoria sancionable en cada proceso de selección individualmente considerado y, posteriormente, afirmar que se trata de una conducta permanente en el tiempo.
- En la Resolución Sancionatoria se afirmó que existió una conducta continuada a pesar de que existen múltiples procesos de selección y, con ello, mercados relevantes distintos e independientes.
- Se hizo un análisis insuficiente para catalogar la conducta investigada como una conducta continuada, ya que no hubo unidad de mercado ni de participantes en los procesos de selección objeto de investigación.
- No se probó el supuesto acuerdo anticompetitivo en la medida que no existen indicios que se consideren graves y necesarios para demostrar un acuerdo entre nueve (9) empresarios.

2.22. Argumentos presentados por [REDACTED] (asesora de SPRESS)

En su recurso de reposición, [REDACTED] (asesora de SPRESS) solicitó que se: (i) le notifiquen las actuaciones adelantadas; (ii) restablezcan los términos a los que hubiere lugar y (iii) expida las constancias del medio de notificación utilizado indicando la fecha, lugar y ubicación de estas en el Expediente.

TERCERO: Que mediante documentos radicados con los consecutivos No. 2051, 2052 y 2053, **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de IBEASER) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) solicitaron *"la terminación y archivo de la investigación adelantada bajo el radicado 17-048794, teniendo en cuenta que actualmente la misma se encuentra concluida en sede administrativa bajo la Resolución No. 42543 del 29 de julio de 2020"*. Al respecto, indicaron que al haber sido realizado el pago de la obligación total que derivó de la Resolución No. 42543 de 2020 el presente trámite debía ser archivado.

Para este Despacho la solicitud interpuesta parte de un presupuesto incorrecto, esto es, que el pago de la multa por una sanción por prácticas restrictivas de la competencia en otro expediente puede poner fin al presente trámite. Al respecto, es importante aclarar que el pago de la multa a la que hacen referencia **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de IBEASER) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) se dio dentro del Expediente 16-075586 y no en el 17-048794, que es en el que actualmente se tramita esta actuación. En efecto, la Resolución No. 42543 del 29 de julio de 2020 corresponde a un acto administrativo sancionatorio proferido en el Expediente No. 16-075586, que por lo tanto resulta diferente de la Resolución Sancionatoria del trámite 17-048794.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Por lo anterior, la solicitud no será acogida ya que: (i) la Resolución No. 42543 del 29 de julio de 2020 impuso sanciones relacionadas con el Expediente 16-075586 más no con el Expediente 17-048794 y (ii) el pago de una sanción por la vulneración del régimen de la libre competencia en un trámite distinto no sirve de fundamento para ponerle fin y que se ordene, por esa vía, el archivo de la presente actuación. Por el contrario, de acuerdo con el parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se considera como una circunstancia de agravación de la sanción *“la existencia de antecedentes en relación con las infracciones al régimen de protección de la competencia”*. En conclusión, la solicitud será rechazada.

CUARTO: Que mediante documentos radicados con los consecutivos No. 2060, 2065 y 2066 del 30 de julio de 2022, **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**), **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**) y **LIBER** presentaron solicitudes de declaratoria de impedimento y recusación en contra del entonces Superintendente de Industria y Comercio, **ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ**. Para los investigados, se habría configurado la causal de impedimento contenida en el numeral 11 del artículo 11 del **CPACA**, debido a que el Superintendente de Industria y Comercio para la época habría rendido un concepto sobre la Resolución Sancionatoria, fuera de la actuación administrativa, durante la rueda de prensa del 9 de junio de 2022.

Al respecto, el **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** mediante Resolución No. 1072 del 21 de julio de 2022 declaró improcedente la recusación formulada por **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**), **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**) y **LIBER**. Lo anterior, con sustento en que la intervención realizada por el entonces Superintendente de Industria y Comercio no entraría en conflicto con el interés general que debe garantizar la función pública.

Sobre el particular, se consideró que el pronunciamiento realizado por el entonces Superintendente de Industria y Comercio, en la rueda de prensa llevada a cabo el 9 de junio de 2022, obedeció al cumplimiento de la obligación contenida en el numeral 9 del artículo 3 del **CPACA**, de acuerdo con la cual es deber de las Entidades del Estado divulgar sus actuaciones. Por lo anterior, las explicaciones hechas respecto del contenido de la Resolución Sancionatoria no constituyan un concepto. En efecto, de acuerdo con el numeral 11 del artículo 11 del **CPACA** *“no tendrán carácter de concepto las referencias o explicaciones que el servidor público haga sobre el contenido de una decisión tomada por la administración”*.

Por lo anterior, se concluyó que la intervención del Superintendente de Industria y Comercio que fue cuestionada no ponía en riesgo o afectaba su imparcialidad dentro del trámite. Esto, con fundamento en el cuerpo normativo mencionado y en que, además: (i) la decisión sobre la cual giró la intervención se encontraba proferida; (ii) se habían remitido las comunicaciones de notificación a los investigados; (iii) varios de ellos ya habían surtido el trámite de notificación del acto y (iv) se puntualizó, en la intervención cuestionada, que el acto administrativo no se encontraba en firme por cuanto contra dicha resolución —la Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022— procedían los recursos establecidos en la ley. De acuerdo con lo anterior, las recusaciones formuladas resultaron improcedentes.

Ahora bien, cabe anotar que **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) y [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) también presentaron recusaciones contra el entonces Superintendente de Industria y Comercio mediante los consecutivos No. 2046 y 2047, con fundamento en la rueda de prensa que habría tenido lugar el 9 de junio de 2022. No obstante, al no reunir los requisitos formales mínimos de este tipo de solicitudes no era procedente darle trámite. De hecho, el correo electrónico enviado por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** no contenía el documento adjunto que anunciaba como recusación, misma situación que le ocurrió con el correo que remitió directamente la investigada al **MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO** y del que corrieron

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

traslado a esta Entidad. Sobre el particular, el referido Ministerio identificó el mismo problema que correspondía con que el correo se encontraba vacío, circunstancia que no fue subsanada.

Por otro lado, en lo que respecta a [REDACTED] (controlante de CATALINSA) cabe anotar que, en el escrito de recusación presentado, se abstuvo de señalar la causal taxativa de recusación que sería la aplicable en los términos del artículo 11 del CPACA. De allí que no se hayan reunido los requisitos formales para su trámite. Por el contrario, el investigado se limitó a señalar normas que no son aplicables al procedimiento que nos ocupa, esto es, el numeral 4 del artículo 56 del Código Penal (Ley 906 de 2004) y el numeral 12 del artículo 141 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante "CGP") que tampoco resulta aplicable. En efecto, la remisión contenida del CPACA al CGP solo resulta admisible en aquellos aspectos que no se encuentran regulados en el CPACA. En este sentido, como el artículo 11 del CPACA dispone el trámite que debe surtir para resolver una recusación no es procedente aplicar otra norma.

Sobre este punto resulta pertinente recordar lo señalado por el Consejo de Estado sobre el requisito de señalar y sustentar expresamente la causal o causales taxativas establecidas en la ley al momento de proponer una recusación:

*"El impedimento y la recusación han sido concebidos como instrumentos idóneos establecidos por el legislador para hacer efectiva la condición de imparcialidad del juez o del funcionario judicial en la toma de decisiones. Uno y otra son figuras legales que permiten observar la transparencia dentro del proceso judicial y que autorizan a los funcionarios judiciales a alejarse del conocimiento del mismo. **Las causales de impedimento son taxativas y de aplicación restrictiva, comportan una excepción al cumplimiento de la función jurisdiccional que le corresponde al Juez, y como tal, están debidamente delimitadas por el legislador y no pueden extenderse o ampliarse a criterio del juez o de las partes, por cuanto, la escogencia de quien decide no es discrecional. (...); sin embargo, se debe impedir que en forma temeraria y de mala fe, se utilice el incidente de recusación como estrategia para separar al Juez de los asuntos de su conocimiento. Para ello, resulta indispensable que el recusante no se limite a efectuar afirmaciones de carácter subjetivo, sino que se requiere de la identificación precisa de la causal que se invoque y de la prueba de la ocurrencia de los hechos denunciados (...)**"¹¹ (subrayado y negrita fuera del texto).*

Es importante advertir que los hechos esgrimidos por [REDACTED] (controlante de CATALINSA), en el escrito de recusación, se basan en los mismos hechos planteados por BEATRIZ BECERRA ROJAS (representante legal suplente de LIBER), JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS (controlante de LIBER) y LIBER, que fueron trasladados al MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y TURISMO —al cumplir con los requisitos formales para su trámite, y que fueron declarados como no procedentes—. En efecto, tal y como fue explicado por previamente el divulgar un acto administrativo adoptado por esta Superintendencia no puede ser entendido como un prejuzgamiento, sino que, por el contrario, responde a la obligación contenida en el numeral 9 del artículo 3 del CPACA. En tal sentido, como lo establece el numeral 11 del artículo 11 del CPACA el dar referencias o explicaciones sobre el contenido de una decisión tomada por la administración "no tendrán carácter de concepto", por lo que las recusaciones realizadas no resultaban procedentes.

QUINTO: Que mediante la Resolución No. 55448 del 18 de agosto de 2022 se decretaron como prueba los documentos aportados en los recursos de reposición interpuestos por AERODELICIAS, SERVICIAL, GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRAZOLA (controlante de AERODELICIAS y SERVICIAL), [REDACTED] (jefe de licitaciones de AERODELICIAS) y JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO (controlante de LA CAMPIÑA), por considerarlos pertinentes para fundamentar sus argumentos. Así mismo, mediante dicho acto administrativo se admitió como

¹¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 21 de abril de 2009. Rad. No.: 110010325 000 2005 00012 01 (IMP) IJ.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

prueba el dictamen pericial aportado por **IBEASER** que tenía por finalidad la revisión de la multa impuesta a dicha sociedad.

Teniendo en cuenta lo establecido en el artículo 79 del **CPACA**, de las pruebas documentales decretadas en el **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Resolución No. 55448 del 18 de agosto de 2022 se ordenó correr traslado a los investigados por un término de cinco (5) días a partir de la comunicación o notificación de la Resolución No. 7145 de 2021, según fuera el caso.

Por otro lado, en el **ARTÍCULO TERCERO, QUINTO y SEXTO** del acto administrativo en comento, se rechazaron algunas pruebas documentales y testimoniales solicitadas por **LA CAMPIÑA** y **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**), por no encontrarse satisfechos los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad.

SEXTO: Que mediante escritos radicados con los consecutivos No. 2153 y 2155, **LA CAMPIÑA** y **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) presentaron recurso de reposición contra el **ARTÍCULO TERCERO, QUINTO y SEXTO** de la Resolución No. 55448 del 18 de agosto de 2022, por medio de los cuales fueron rechazadas algunas de las pruebas solicitadas en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución Sancionatoria.

SÉPTIMO: Que mediante la Resolución No. 74659 del 25 de octubre 2022, se confirmó el **ARTÍCULO QUINTO y SEXTO** de la Resolución No. 55448 del 18 de agosto de 2022, y resolvió reponer el **ARTÍCULO TERCERO** de dicho acto administrativo que decretó como prueba los documentos aportados en los recursos de reposición interpuestos por **LA CAMPIÑA** y **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) mediante los consecutivos No. 2153 y 2155. De conformidad con lo anterior, y de acuerdo con lo establecido en el artículo 79 del **CPACA**, de dichas pruebas documentales se ordenó correr traslado a los investigados por un término de cinco (5) días hábiles contados a partir del día siguiente al recibo de la comunicación de la Resolución No. 74659 del 25 de octubre 2022.

OCTAVO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 del **CPACA**, los recursos de reposición deben resolverse de plano salvo que al interponerlos se hubiera solicitado el decreto y la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

En tal medida, al haberse adoptado en el presente trámite las decisiones pertinentes en relación con las solicitudes probatorias presentadas y efectuado su respectivo traslado, este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022 en los términos que se exponen a continuación.

8.1. Consideraciones previas

Previo al análisis de los argumentos específicos presentados en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria, es importante recordar que la economía social de mercado es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política, en el cual la libre competencia económica y, por ende, la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos en el mercado, constituyen su columna vertebral. En este sentido, 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 que:

*"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".*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"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" (subrayado y negrita fuera de texto).

A partir de lo expuesto, se infiere de las normas constitucionales citadas que la libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficios tanto para los consumidores como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores o productores en los distintos eslabones de la cadena productiva. Sumado a ello, estas imponen a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos y/o actos de naturaleza unilateral como los abusos de posición de dominio, entre otros. De allí que el Estado deba evitar que la libre competencia económica y la libre participación de las empresas en el mercado se obstruya o se restrinja en detrimento de la eficiencia de los mercados, de los consumidores y de los competidores.

Al respecto, 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 social de mercado que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos. Sobre el particular el Alto Tribunal señaló:

*"La libre competencia, desde el punto de vista subjetivo, se consagra como derecho individual que entraña tanto facultades como obligaciones. En una perspectiva objetiva, **la libre competencia adquiere el carácter de pauta o regla de juego superior con arreglo a la cual deben actuar los sujetos económicos y que, en todo momento, ha de ser celosamente preservada por los poderes públicos, cuya primera misión institucional es la de mantener y propiciar la existencia de mercados libres.** La Constitución asume que la libre competencia económica promueve de la mejor manera los intereses de los consumidores y el funcionamiento eficiente de los diferentes mercados.*

*La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, **y gozar de mejores precios** y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores"¹² (subrayado y negrita fuera de texto).*

Es así como, protegiendo la competencia y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para el conjunto de la sociedad. Aunado a ello, debe

¹² Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

reconocerse que la libre competencia económica es la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que los consumidores gocen de precios más bajos y bienes de mayor calidad; que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente; que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. De hecho, la evidencia empírica demuestra que las economías de mercado con importantes niveles de competencia tienen los niveles y las tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia¹³.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, innovación, funcionalidad, servicio al cliente, entre otros aspectos. Así mismo, resulta relevante mencionar que el poder de mercado tiene implicaciones negativas sobre la eficiente asignación de recursos y, por ende, sobre el bienestar económico.

Al respecto, el economista francés Thomas Piketty (2014) destaca que el poder de mercado se constituye en una de las principales causas de desigualdad en una economía¹⁴. En paralelo, estudios sobre el impacto de las prácticas restrictivas de la competencia indican que, en promedio, los productos sometidos a estas conductas experimentan aumentos del 20% de su valor real, por lo que se hace necesario aumentar la capacidad investigativa de las autoridades de competencia, así como el monto de las sanciones a imponer a efectos de prevenir que se sigan cometiendo estas prácticas ilegales¹⁵. Otros documentos académicos hablan de incrementos de hasta el 60% en los precios de los productos o servicios afectados por los carteles o conductas anticompetitivas, e igualmente muestran cómo los Estados deben contar con normas y capacidad sancionatoria suficientes que les permitan reprimir las prácticas anticompetitivas, de tal forma que los agentes del mercado no tengan incentivos para incurrir en ellas.

Teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, no debe entonces perderse de vista que los beneficios de la libre competencia se ven a menudo amenazados por las prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas prácticas empresariales que pretenden dejar de lado los beneficios derivados de la libre competencia y de la economía social de mercado. Estas prácticas se refieren fundamentalmente a los carteles empresariales y a los actos de abuso de posición de dominio en el mercado.

Al respecto, según la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (en adelante "OCDE") los carteles empresariales se constituyen en la violación más escandalosa a las normas de competencia, debido a que perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta. Esto hace que los bienes y servicios sean completamente inaccesibles para algunos consumidores, por lo general los más pobres, e innecesariamente costosos para otros¹⁶.

Lo anterior, no deja de lado la función de las autoridades de competencia relativa la protección de la libre competencia en procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales. En efecto, una eficiente y efectiva ejecución de las compras públicas depende de la existencia de pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección del Estado en calidad de consumidor. Ello no solo tiene por objetivo garantizar una asignación eficiente de los recursos públicos, sino también la transparencia en los procesos contractuales, la selección objetiva y la libre concurrencia en los mercados.

¹³ Consejo Privado de Competitividad. (2008). *"Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia"*. Citando a Center For Competition, Investment, and Economic Regulation. *"Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor?"* No. 4.

¹⁴ Citado por COFECE. (2018). *"Poder de mercado y bienestar social"*. Cuadernos de Promoción de la Competencia.

¹⁵ Connor, J.M. y Lande, R.H. (2012). *"Cartels as Rational Business Strategy: Crime Pays"*. *Cardozo Law Review* 427.

¹⁶ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). (1998). *Council Recommendation Concerning Effective Action against Hard Core Cartels*. Disponible en: <https://bit.ly/2AEOgfG>.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

De hecho, a propósito de la importancia de los principios que rigen la contratación pública, la Corte Constitucional ha señalado que:

*“El primero, directamente relacionado con el mandato de igualdad de oportunidades contemplado en el artículo 13 constitucional, con **el derecho a la libre competencia reconocido en el artículo 333 ibídem** y con los principios de la función administrativa, **garantiza la posibilidad de que todos aquellos que reúnan los requisitos para celebrar un contrato estatal, puedan concurrir ante la respectiva entidad a presentar sus ofertas y puedan formularlas sobre bases idénticas**, sin perjuicio de limitaciones razonables que persigan asegurar la adecuada ejecución del contrato y el cumplimiento de los cometidos estatales. **Desde el punto de vista de la entidad estatal, este principio asegura pluralidad de competidores, lo que a su turno redundará en mejores ofertas en beneficio de la eficiencia**”¹⁷ (subrayado y negrita fuera de texto).*

En ese contexto, resulta reprochable desde la perspectiva de las normas de protección de la libre competencia que dos (2) o más personas, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, realicen un acuerdo que tenga como propósito modificar artificialmente los resultados de una 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 competencia por ese mercado. Este tipo de conductas se reconoce internacionalmente como colusión en procesos de contratación pública (*bid rigging* o *collusive tendering* en inglés) y es considerada 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 los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión en contratación estatal y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia en otras oportunidades ha señalado que¹⁸:

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

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

En esa medida, es dable entender que la naturaleza de las normas sobre protección de la competencia tenga como finalidad la protección de bienes jurídicamente tutelados de gran relevancia, debiéndose reiterar, tal y como lo ha expuesto esta Entidad en diferentes oportunidades¹⁹, que la colusión en los procesos de selección con el Estado representa diversos efectos negativos para diferentes actores del mercado, entre los que cabe resaltar los siguientes: (i) otros proponentes, al limitarles la competencia y la participación en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad de oportunidades y de transparencia; (ii) el Estado, por los costos monetarios y de transacción que representa la presencia de proponentes no idóneos en sus procesos de selección; (iii) el mercado, porque se reduce la competencia, se generan asimetrías de

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-300 de 2012.

¹⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

¹⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011; y Resolución No. 3008 de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

información entre los proponentes e incluso se pueden elevar los precios de los bienes y servicios ofrecidos o reducirse su calidad; y (iv) la comunidad en general, por cuanto se afecta negativamente el bienestar social al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado por el aumento injustificado de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

En línea con lo anterior, la OCDE ha señalado que las prácticas colusorias pueden desalentar la participación de compañías competidoras, disminuyendo la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavando los beneficios de un mercado competitivo²⁰. Por ello, asegurar y restablecer el funcionamiento de los mercados en condiciones de libre competencia, redundará en beneficio de todos los empresarios que actúan en el mercado, de los consumidores, de la eficiencia económica en general y del Estado como comprador o adquirente de bienes y servicios para la satisfacción de necesidades públicas.

Teniendo en cuenta que los recursos con los cuales se financian los contratos adjudicados por el Estado son de carácter público, las consecuencias de una restricción indebida de la competencia en el marco de estos procesos de selección son particularmente graves (mucho más graves), pues se presentan sobrecostos y pérdidas irrecuperables de recursos públicos que terminan por desfinanciar otras inversiones que el Estado debe realizar, lo cual a su vez representa lesiones importantes en términos de bienestar social, desarrollo y eficiencia económica.

Al respecto, la OCDE ha señalado que la colusión es un mecanismo utilizado por las empresas para intentar escapar de la presión competitiva propia de los procesos de selección en contratación pública. Puntualmente señaló que:

"La envergadura de las licitaciones públicas puede generar una fuerte competencia, pero las empresas pueden intentar escapar a la presión competitiva mediante la colusión y el cohecho.

- ***La colusión es una relación horizontal entre licitadores que restringe la competencia y, en la contratación pública, perjudica al adquirente público. En la colusión en un procedimiento de licitación, el precio pagado por la administración pública por los bienes o servicios se incrementa de forma artificial. En situaciones normales, en un proceso de contratación, los licitadores independientes compiten unos contra otros para alzarse con el contrato, y es precisamente ese mecanismo el que permite obtener la mejor rentabilidad"***²¹ (subrayado y negrita fuera de texto).

Así las cosas, la OCDE²² ha indicado que la distorsión del proceso de contratación mediante la colusión suele tener un efecto particularmente perjudicial en el contexto del sector público. Una contratación pública eficaz determina la calidad de la infraestructura y los servicios públicos e incide en la variedad y la penetración de la infraestructura y los servicios que un Estado puede proporcionar a sus ciudadanos.

La contratación pública es una cuestión de máxima importancia para el desarrollo económico de un país: (i) los bienes y servicios objeto de contratación pública suelen afectar a una gran parte de la población; (ii) la contratación pública atañe a menudo a la infraestructura física o a la salud pública, lo que respalda otras formas de actividad económica; (iii) repercute en la competitividad internacional; (iv) puede tener consecuencias en el clima de inversión; (v) la distorsión de la contratación pública suele hacer pesar los efectos más perjudiciales sobre las personas más desaventajadas de la sociedad, que dependen en mayor medida de los servicios y la infraestructura públicos; y (vi) la contratación pública suele tener por objeto "*bienes públicos*", por lo que los

²⁰ OCDE. (2014) Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. *Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia*. Recuperado de https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf.

²¹ OCDE. (2012). Foro Latinoamericano de Competencia. *Mejorando la eficacia en las licitaciones públicas: combatiendo la colusión y la corrupción*.

²² *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

mecanismos del mercado privado no pueden responder a las insuficiencias generadas por la colusión²³.

Además, se disminuye la confianza en el gobierno y el mercado, inhibiendo la inversión y, en última instancia, el desarrollo económico de un país. El dinero perdido por la distorsión del proceso de contratación pública representa un despilfarro de fondos públicos. Las pérdidas resultantes en términos de infraestructura y servicios públicos, ya sea en calidad o variedad, suelen pesar más directamente sobre las personas más necesitadas de la sociedad, que dependen en mucha mayor medida de los servicios públicos. La existencia de la colusión en la contratación pública puede disminuir la confianza en el proceso competitivo y debilitar los beneficios que reporta un mercado competitivo²⁴.

Así las cosas, 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, aumentando ilegítimamente las probabilidades de resultar adjudicados en detrimento de los participantes, de la igualdad de oportunidades y de la materialización del principio de selección objetiva, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de protección de la competencia y las que regulan la contratación estatal, lo que incluso puede derivar en consecuencias penales dada la tipificación de la conducta punible prevista en el artículo 410-A del Código Penal²⁵.

Marcado el derrotero anterior, previo al análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad de los recurrentes, estima este Despacho pertinente precisar los hechos reprochados en la presente investigación y consecuente sanción, con el fin de facilitar el entendimiento del análisis que se abordará a continuación.

Las sanciones impuestas se derivaron de la contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que resultó luego de que se acreditará la existencia de un acuerdo colusorio que se desarrolló entre los años 2007 y 2017. El acuerdo colusorio tuvo como escenario los procesos de selección adelantados por la **SED** que tenían por objeto contratar el suministro de refrigerios diarios con destino a estudiantes matriculados en colegios oficiales del Distrito Capital - **PREB**, dentro del **PROGRAMA DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR EN BOGOTÁ** (en adelante "**PAE**"). Este programa está dirigido a la población vulnerable, de bajos ingresos, ubicada en áreas rurales y urbanas y conformada por menores de edad, niños y adolescentes, matriculados en planteles educativos distritales²⁶.

La investigación se centró en estos procesos de selección que eran segmentados por la **SED** de manera geográfica, esto es, en distintas "**ZONAS**" a adjudicar que correspondían con localidades de la ciudad de Bogotá D.C., para lograr la prestación del suministro de los refrigerios escolares en el conjunto de sedes educativas que se ubicaran en dicha segmentación geográfica. Los procesos de selección investigados se adelantaron a través de distintas modalidades de selección: licitación pública, selección abreviada de menor cuantía, selección abreviada por bolsa de productos en la **BMC**, selección abreviada por subasta inversa electrónica, licitación pública para constituir un instrumento de agregación de demanda y selección abreviada por subasta inversa presencial. A

²³ *Ibidem.*

²⁴ *Ibidem.*

²⁵ Ley 599 de 2000. Artículo 410A. *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 anticompetitivos 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".

²⁶ Secretaría Distrital de Educación de Bogotá. Estudio de mercado del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

pesar del cambio de modalidades de contratación por parte de la **SED**, como Entidad contratante, para lograr dinamizar la competencia en los procesos segmentados por **ZONAS** que redundara en una verdadera selección objetiva, la forma de participación de quienes fungen como investigados dentro del trámite no reflejó presiones competitivas. Por el contrario, reflejó un comportamiento propio de un acuerdo restrictivo de la competencia ausente de presiones competitivas reales para lograr su adjudicación.

Fue así como el material probatorio recaudado en la presente actuación demostró que los ahora recurrentes, en relación con los procesos de selección del **PREB** durante el periodo objeto de investigación, celebraron y ejecutaron, de manera permanente e ininterrumpida, un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica que les permitió resultar adjudicatarios —y a la vez que suprimir las presiones competitivas inherentes— en los procesos de selección objeto de análisis. Estas actuaciones y decisiones anticompetitivas de los recurrentes se presentaron de manera constante y con una unidad de propósito, la cual era evitar la competencia entre ellos para resultar adjudicatarios de las **ZONAS** sin tener que competir.

Este acuerdo colusorio sistemático fue consolidado de tal manera que, a pesar de que la **SED** cambiara los métodos de selección, las reglas de adjudicación e incluso el orden y configuración de las **ZONAS** que conformaban el **PREB**, los recurrentes lograban una y otra vez que sus ofertas no se dirigieran a las mismas donde se encontrara otro investigado, evitando con ello la presión de tener que competir entre ellos, además de obtener el beneficio económico que implicaba ser adjudicatario de las **ZONAS** bajo la modalidad de proponente único.

Asimismo, el material probatorio obrante en el Expediente demostró que entre los recurrentes no solo existieron relaciones comerciales, sino que su trato y cortesía iba más allá, pues se evidenció una relación de amistad y camaradería entre ellos que facilitó la concertación de reuniones, algunas incluso en las oficinas de **ASOPROVAL**, con el objetivo de discutir y acordar lo relacionado con las etapas de los procesos de selección que nos ocupan. Esto, desde la participación en cada proceso del **PREB**, pasando por la negociación de las adiciones, hasta las conductas de boicotear aquellos procesos que fuesen contrarios a sus intereses colusorios y anticompetitivos.

Lo anterior, tal como fue señalado en la Resolución Sancionatoria, permitió demostrar a su vez que **ASOPROVAL** fue el escenario predilecto de los investigados para pactar toda clase de estrategias que les facilitasen mantener los procesos de selección del **PREB** libres de competencia, pues, a través de esta asociación, se coordinaron esfuerzos tanto para mantener la estructura ilícita del acuerdo como para presionar a la **SED** trasgrediendo los límites constitucionales y legales del derecho de asociación.

Algunos hechos que confirman la existencia de este acuerdo colusorio entre los investigados, consistente en la repartición de las **ZONAS**, son:

- A pesar de que la **SED** modificó los métodos de selección y las reglas de adjudicación para incentivar la competencia, se evidenció que no cambió la tendencia en dichos procesos de selección por la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia por parte de los investigados.
- Los investigados resultaban ser adjudicatarios de las **ZONAS** en las que participaban sin tener que soportar una presión competitiva real, debido a que procuraban ser proponentes únicos en los segmentos ofertados y, en aquellos casos en los que coincidían, no presentaban una competencia efectiva que llevara a ahorros significativos para la Entidad contratante.
- Fue tan evidente el bajo nivel de competencia entre los sancionados que un 45.49% de las **ZONAS** a adjudicar en los procesos de selección fueron adjudicadas a estos en calidad de proponentes únicos.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- El 61.6% de las ZONAS fue adjudicada sin competencia directa entre los investigados.
- Únicamente el 6.15% de las ZONAS, esto es, 15 de las 244 ZONAS, entre el período comprendido entre 2007 y 2016, fueron disputadas entre los investigados o entre investigados y terceros ajenos al acuerdo.

Esta Superintendencia encontró que los investigados contaron con una serie de facilidades que les permitieron estructurar el acuerdo anticompetitivo, esto es, (i) que eran interesados en ofertar propuestas en el PAE; (ii) que eran unos de los agentes más representativos en la prestación del servicio requerido por la SED; (iii) que buscaron lograr adjudicaciones con valores cercanos al presupuesto oficial o sin ahorros significativos para la entidad contratante a través de la adjudicación de las ZONAS ofertadas como únicos oferentes o sin presentar competencia efectiva en aquellos casos en los que competían; (iv) que las razones que adujeron como sustento para la selección de las ZONAS en las cuales participarían en los procesos —que les habría permitido comportarse en los procesos de selección como se ha identificado—, esto es, a su capacidad de planta y a lo que denominaron ZONAS PREFERENTES, no responden a las decisiones óptimas que hubiesen podido tomar, en la medida en que podían presentarse de manera distinta al momento de presentar oferta en los procesos de selección; (v) se encontró que justamente entre ellos existían elementos facilitadores de la conducta al sostener relaciones estrechas y/o de amistad; (vi) habrían conformado uniones temporales y/o consorcios para participar conjuntamente en otros procesos de selección de alimentos distintos al PREB y (vii) además, tendrían cercanía al ser competidores del PREB y al mismo tiempo proveedores entre ellos de insumos con destino a los refrigerios del programa.

Adicionalmente, se indicó que también existían elementos estructurales en los procesos de selección que facilitarían la conducta anticompetitiva por cuanto (i) la demanda era constante y predecible por tratarse de procesos de selección que adelantaba la SED anualmente y (ii) la oferta era limitada y predecible, pues el rango de competidores oscilaba entre ocho (8) y dieciséis (16) participantes, de los cuales trece (13) agentes concentraron el 90.21% de participación —quienes a su vez eran unos de los proponentes más antiguos y/o relevantes en estos procesos de selección—, lo que resultaron ser elementos que permitían facilitar la coordinación y tener incentivos para evitar la competencia entre los investigados.

A continuación, se presenta una relación del total adjudicado y el porcentaje de participación de los oferentes investigados que resultaron adjudicatarios en los procesos de selección que tenían por objeto el PREB, adelantados por la SED entre 2007 a 2016:

Tabla No. 2. Total adjudicado y el porcentaje de participación por contratista del PREB de 2007 a 2016

No.	CONTRATISTA	TOTAL ADJUDICADO POR CONTRATISTA	% PARTICIPACIÓN TOTAL
Agentes del mercado investigados			
1	IBEASER - JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE	\$ 148.956.866.319	11,08%
2	SPRESS - STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ	\$ 137.559.804.790	10,23%
3	LIBER - JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS	\$ 137.354.488.271	10,22%
4	DISERAL - JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO	\$ 116.246.684.688	8,65%
5	AERODELICIAS y SERVICIAL - GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA	\$ 113.547.638.910	8,45%
6	LA CAMPIÑA - JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO	\$ 95.167.486.463	7,08%
7	CATALINSA - [REDACTED]	\$ 81.491.978.951	6,06%

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

No.	CONTRATISTA	TOTAL ADJUDICADO POR CONTRATISTA	% PARTICIPACIÓN TOTAL
8	SURCOLOMBIANA - [REDACTED]	\$ 57.884.347.484	4,31%
Agentes del mercado no investigados y/o no sancionados			
9	FABIO DOBLADO BARRETO	\$ 109.868.460.137	8,17%
10	COMERCIALIZADORA NUTRIMOS S.A. - LUIS ANTONIO COY VILLAVECES	\$ 68.265.547.929	5,08%
11	INDUSTRIA PANIFICADORA EL COUNTRY LTDA. - LUIS ARMANDO SIERRA RAMÍREZ	\$ 67.744.077.358	5,04%
12	ECOALIMENTOS S.A.S.	\$ 45.748.950.476	3,40%
13	LE & VE ALIMENTOS MACSOL SAS - MARISOL VELA GÓMEZ	\$ 32.577.502.264	2,42%
14	OTROS	\$ 131.634.015.647	9,79%
TOTAL MONTO ADJUDICADO		\$ 1.344.047.849.688	100%

Fuente: Elaboración SIC con base en el SISTEMA ELECTRÓNICO PARA LA CONTRATACIÓN PÚBLICA (en adelante "SECOF"²⁷) y en la información recolectada durante las visitas administrativas²⁸.

De tal modo, es relevante referirse a algunos ejemplos que evidencian la ausencia de competencia en los procesos de selección del PREB.

A manera de ejemplo, en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** la mayoría de las **ZONAS** fueron adjudicadas a los investigados como únicos oferentes en las **ZONAS** —como era la tendencia en la mayoría de los procesos en los que se presentaban conjuntamente—. Incluso, al observar la competencia presentada en nueve (9) de las **ZONAS** ofertadas en las que coincidió más de un oferente se encontró que no existían presiones competitivas reales entre los investigados. En efecto, al observar los valores ofrecidos entre los oferentes se encontró que: (i) en las **ZONAS 9, 27 y 30** en las que concurre un agente investigado con terceros ajenos al acuerdo, los porcentajes de ahorro alcanzados fueron desde el 0,5% hasta el 5,15% y el 11,48% respectivamente, así como en las **ZONAS 11 y 24** en las que concurren dos agentes ajenos al acuerdo en los que los porcentajes de ahorro fueron desde el 1,0% hasta el 4,97%; (ii) mientras que cuando la competencia se presentaba entre oferentes investigados el porcentaje de ahorro era significativamente distinto. De hecho, se evidenció que en las **ZONAS 5 y 17** en las que compitieron **SPRESS** y **DISERAL** —al igual que en el proceso inmediatamente anterior **SED-SA-SI-DBE-017-2015**— resultó adjudicatario **DISERAL** con un porcentaje de ahorro de tan solo el 0,5%, así como en la **ZONA 28** en la que compitieron **SURCOLOMBIANA** e **IBEASER** en la que el porcentaje de ahorro alcanzado también fue del 0,5%.

Lo anterior es solo un ejemplo de los múltiples escenarios de coordinación que existieron en los procesos del PREB entre los proponentes investigados, en donde además se evidenció que resultaron adjudicatarios en la mayoría de los procesos como únicos oferentes y sin presión competitiva alguna.

Otro ejemplo que confirma la dinámica de concertación entre los investigados se presentó al interior del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-122-2013**, que tenía por objeto la adjudicación de 3 **ZONAS** en las que participaron seis (6) oferentes. En las **ZONAS** mencionadas resultó adjudicatario **IBEASER** junto con **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), **DISERAL**, **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) y **AERODELICIAS**. Posterior a la adjudicación de este contrato, se encontró una conversación que evidencia la estrategia tendiente a acordar un descuento que sería ofrecido a la entidad contratante, con el fin de que fuera aplicado solamente a los refrigerios "tipo a". En el correo el remitente, [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), señaló que el descuento debía darse sobre ese

²⁷ Folio 4998 del Cuaderno Público 26 del Expediente.

²⁸ Folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; folio 5600 del Cuaderno Público 29; y folio 5661 del Cuaderno Público 30 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

tipo de refrigerios con sustento en que era el "que menos cantidades a suministrar exige", ya que frente a ese tipo de refrigerios perderían, pero con los otros se recuperarían. Situación sobre la cual ya se había puesto de acuerdo con [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**) y **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO**. El contenido del correo electrónico referido es el siguiente:

Imagen No. 1. Correo electrónico del 27 de diciembre de 2013 entre [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER), y JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (representante legal de IBEASER)

From: [REDACTED]
Sent: 12/27/2013 3:33:35 PM +0000
To: Juan Carlos Almansa Latorre [REDACTED]
Subject: Simulación ajuste precio sed
Attachments: image.jpeg; Datos adjuntos sin título 93590.txt

Don juan

Anexo envié el cuadro que origina la distribución de cantidades x tipo de refrigerio

Sugiero y ya lo he hablado tanto con Lukas como con pulido q dicho ajuste lo hagamos al valor ofertado del refrigerio tipo a, ya que es el que menos cantidades a suministrar exige

Perderemos con ese pero con los otros recuperamos

Quedo atento a sus comentarios

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo²⁹.

Es importante resaltar la facilidad que tenían los proponentes de comunicarse, a través de correos electrónicos, conversaciones de WhatsApp, reuniones, etc., para coordinar su actuar en los procesos de selección del **PREB**.

Así mismo, se evidenció que en el año 2015 cuando la **SED** tomó la decisión de adelantar los procesos del **PREB** a través de los **INSTRUMENTOS DE AGREGACIÓN DE DEMANDA** (en adelante "IAD") intermediados por **CCE**. La decisión fue objeto de múltiples ataques por parte de los investigados a través de correos electrónicos y documentos enviados a **CCE** y a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**. Estas actuaciones buscaron que la adjudicación del primer proceso de selección adelantado a través de esta modalidad, esto es, el **CCE-054A-AG-2015**, fuera invalidada y la **SED** implementara nuevamente el procedimiento de adjudicación anterior que tanto les había resultado beneficioso.

De manera concomitante en el 2015 se creó **ASOPROVAL**, asociación que estaba conformada por algunos de los investigados³⁰ y que tuvo como fin, según establecieron sus participantes, intervenir con observaciones en los procesos de selección en los que tenían interés. Eso sí, solo en temas generales que no se sometían a consideración de sus asociados, sino que las observaciones o actuaciones en las que intervenía era con plena independencia y autonomía. Sin embargo, se demostró a lo largo de la investigación administrativa que **ASOPROVAL** fue el vehículo usado por los investigados para coludirse y a su vez entorpecer los procesos de selección adelantados por la **SED**. Prueba de ello son las reuniones que tuvieron para intercambiar información relevante de los procesos de selección adelantados por la **SED**, los correos electrónicos, llamadas y chats que se recolectaron a lo largo de esta investigación, que dan cuenta de la cercanía entre los recurrentes,

²⁹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: 06_WEB_DESCARGA_CORREOS_NUBE.ad1/F:\15-294203_2 [NTFS]/[root]/RAO_JCA_IBEASER_IBEMP/WEB06DESCARGASCORREOSUBE/CORREOS/[REDACTED].ost/[root]/Rai-zBuzón/IPM_SUBTREE/Sent/Simulaciónajuste precio sed. Object ID 2205430 de USPEC.

³⁰ **SURCOLOMBIANA**, representada por [REDACTED]; **CATALINSA**, representada por **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**, directora jurídica de dicha empresa, y por [REDACTED], controlante de **CATALINSA**; **LIBER**, representada por **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS**, quien fue designado como miembro principal de la junta directiva de **ASOPROVAL**; **IBEASER**, representada por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**, nombrado también como miembro principal de junta directiva; **DISERAL**, representada por **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO**, designado a su vez como miembro principal de la junta directiva; **AERODELICIAS**, representada por **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA**, nombrado también como miembro principal de junta directiva; y, **SPRESS** quien posteriormente se convirtió en asociado de **ASOPROVAL**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

además de confirmar que **ASOPROVAL** fue un escenario de reunión, comunicación y coordinación entre los investigados.

Justamente para el proceso de selección **CCE-054A-AG-2015** se encontró que, a través de la asociación, los investigados que se opusieron a la implementación de dicho modelo efectuando un escenario de sabotaje al proceso adelantado por la **SED**. Oposición que se realizó mediante ataques concertados que comprendieron denuncias ante entes de control, acciones de tutela, entre otros medios, como se evidencia en el siguiente correo electrónico:

Imagen No. 2. Correo electrónico entre JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (controlante de DISERAL) y MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMETO (presidenta ejecutiva de ASOPROVAL)

From: monica barrera [REDACTED]
Sent: 10/13/2015 7:32:46 PM +0000
To: CATALINSA [REDACTED]; COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA [REDACTED]; DISERAL [REDACTED]; DISERAL [REDACTED]; IBEARSEG [REDACTED]; IBEARSEG [REDACTED]; JUAN ANDRES CARREÑO [REDACTED]; PROALIMENTOS LIBER [REDACTED]
Subject: Proyecto documento
Attachments: Ultima version licitacion alimentos.docx
 Estimados asociados

Adjunto estoy remitiendo los principales argumentos que pretendemos esgrimir ante Colombia Compra Eficiente, en los que se relacionan los errores de procedimiento de la Licitación Pública CC 054 A AG de 2.015.

Buscamos con este documento que remitiré tanto a Colombia Compra Eficiente como a la Procuraduría General de la Nación alertar sobre la necesidad de ajustar el procedimiento a la ley en las próximas licitaciones y resaltamos la violación a los principios de contratación estatal.

Este documento no busca atacar el resultado de la adjudicación.

Les agradecería a todos, especialmente quienes participaron en la licitación revisarlo junto a sus asesores legales con el fin de que nos puedan enviar sus comentarios y observaciones que esperamos hasta el próximo jueves, para remitir los documentos el viernes 16 de octubre.

Cordial saludo

MONICA BARRERA ROMERO

Directora Ejecutiva

ASOCIACION COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE ALIMENTOS

"ASOPROVAL"

Conmutador: [REDACTED]

Celular [REDACTED]

Bogotá Colombia

Fuente: Información obrante en el Expediente administrativo³¹.

Este tipo de comunicaciones evidenció que **ASOPROVAL** constituyó un escenario de coordinación para los investigados en relación con los procesos de selección del **PREB**. De hecho, la estrategia implementada por los investigados a través de **ASOPROVAL** fue buscar que la **SED** cambiara el

³¹ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2. Path: WEB-01-GERENCIA-GENERAL.ad1/WEB-01:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB01/[REDACTED].ost/[root]/Raiz -- Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Proyecto documento. Object ID 2092842 de PAE 2.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

método de selección de los **IAD**, debido a que eran contrarios a los intereses de los investigados. Con los **IAD**, por un lado, se privilegiaba la competencia por precio y, por el otro, se separaba la operación en dos: (i) suministro de alimentos y (ii) operación logística de entrega. Esta circunstancia implicaba la existencia de una mayor competencia y aumento en la cantidad de oferentes.

Cabe advertir que, a pesar de los sabotajes y maniobras desplegadas por los investigados en cabeza de **ASOPROVAL**, la **SED** decidió continuar con los **IAD** para adelantar la contratación del **PREB** y salieron (2) dos procesos de selección que fueron divididos de la siguiente manera: (i) el primero correspondiente al proceso **LP-AMP-129-2016**, por medio del cual se debía elegir a los proveedores de alimentos con destino a los refrigerios del **PREB**; y (ii) el segundo relativo al proceso **LP-AG-130-2016** para elegir a los operadores logísticos responsables de ensamblar y entregar los refrigerios en las 30 **ZONAS** en las que se dividió la ciudad de Bogotá D.C. Frente a los procesos de selección adelantados mediante los **IAD**, se evidenció que los investigados implementaron una estrategia de boicot para que los procesos abiertos se declararan desiertos y, de esa forma, se presionara a la **SED** para cambiar la modalidad de selección a la que fuera conveniente para los investigados —que correspondía con la que se venía empleando antes de la implementación de los **IAD**—. Como consecuencia de lo anterior, las estrategias desplegadas por los recurrentes comprendieron la coordinación en la no presentación de ofertas en los procesos de contratación pública antes mencionados.

En el Expediente obran pruebas que acreditan que los miembros de **ASOPROVAL** se pusieron de acuerdo para boicotear el proceso de selección **LP-AG-130-2016**, a través de la implementación de una estrategia basada en la utilización abusiva de distintos medios legales, como acciones de tutela presentadas por varios de los investigados y algunos de sus empleados, con el fin de atacar el proceso en mención e impedir que fuera adjudicado. De igual forma, se acreditó que los miembros de **ASOPROVAL** tenían gran interés en oponerse a la adjudicación del proceso de selección **LP-AG-130-2016** al punto de que ninguno de los miembros de la asociación se presentó en el proceso.

Quedó demostrado que **ASOPROVAL** y sus asociados tuvieron la intención de boicotear de forma coordinada los procesos de selección mencionados, los cuales, finalmente, fueron declarados desiertos producto de una genuina toma de decisiones conjunta entre los investigados, quienes se abstuvieron de presentar ofertas en el proceso de selección **LP-AG-130-2016**. Esta actuación tuvo como fin único forzar a la **SED** a la apertura de un nuevo proceso de contratación, con una modalidad diferente a los **IAD**, que no resultaba ser beneficiosa para ellos y, en cambio, implementar el sistema de adquisición anterior que resultaba ser de mayor beneficio. Lo anterior, por cuanto con las licitaciones públicas, selecciones abreviadas y selecciones abreviadas por subasta inversa, modalidades que la **SED** utilizó en los procesos del **PREB** de 2007 a 2016, los investigados siempre resultaban ser los mayores adjudicatarios gracias al acuerdo anticompetitivo que mantenían.

Posteriormente, en 2017 se encontró que la estrategia de oposición y boicot coordinado por parte de varios de los investigados, a través de su asociación **ASOPROVAL**, continuó ejerciéndose durante el desarrollo del proceso No. **SASIP No.002-045 DE 2017**, así como durante la ejecución del contrato adjudicado a **MULTIMODAL EXPRESS S.A.S.** (en adelante **MULTIMODAL**). En efecto, se demostró, a través de diferentes elementos probatorios (cadenas de correos electrónicos y conversaciones del grupo de WhatsApp “**ASOPROVAL**”), que los investigados integrantes de la asociación coordinaron sus esfuerzos en desacreditar por varios medios (comunicados de prensa de la asociación, presión en medios de comunicación, presión jurídica coordinada, etc.) a **CCE**, a la **ALFM** y a **MULTIMODAL** para atacar la adjudicación de la operación logística del **PREB**. El mismo año, la **SED** por medio de **CCE** convocó el proceso **LP-AG-153-2017** con el objetivo de contratar a los proveedores que brindaran el servicio de almacenamiento, ensamble y distribución de los alimentos que conforman los refrigerios del **PREB**. En este proceso, algunos de los investigados decidieron presentarse sin que obren en el Expediente pruebas que den cuenta de la repartición de **ZONAS** que se venía presentando.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Lo expuesto anteriormente permite concluir que en los casos en los que los recurrentes no estuvieron de acuerdo con las condiciones de la **SED** realizaron maniobras encaminadas a generar una presión conjunta a la Entidad contratante a través de la no presentación de ofertas, con el único propósito de que cediera a sus exigencias e intereses conjuntos (consistentes en volver al modelo anterior de contratación). Lo aquí señalado cobra particular sentido al comprobarse que los investigados habrían empezado a competir tras la posible amenaza de quedar por fuera del **PREB** en el proceso de selección **LP-AG-153-2017**.

Finalmente, desde la perspectiva económica y financiera se concluyó que en aquellos escenarios en los cuales los sancionados utilizaron el criterio de selección denominado **ZONAS PREFERENTES**, no lograron demostrar que pujar por alguna **ZONA** de su preferencia implicara o redundara en algún beneficio económico. Por el contrario, esta Superintendencia demostró que percibieron un mayor beneficio cuando fueron adjudicatarios de **ZONAS NO PREFERENTES**, que fueron aquellas que los investigados no señalaron como convenientes por estar lejos de su planta de producción y, supuestamente, implicaba un mayor costo frente al transporte de los refrigerios. Asimismo, aun cuando los sancionados adujeron que el rubro de costo de transporte y el criterio de capacidad de planta fuesen decisivos para la selección de las **ZONAS** —en lo cual sustentaron parte de su defensa—, esta Superintendencia demostró que estas variables no resultaron ser relevantes para los efectos, toda vez que, de haberse usado, las dinámicas de competencia hubiesen sido diametralmente distintas a las efectivamente observadas.

La situación probada por la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las **ZONAS PREFERENTES** y **NO PREFERENTES** demostró que la defensa planteada por los investigados no fue sólida para desacreditar las conductas restrictivas de la libre competencia imputadas. Esto, con sustento en que los investigados se presentaban en **ZONAS** que, según su defensa, no resultaban convenientes (por razones de transporte y capacidad de planta) sin tener explicación coherente sobre su participación en estas, situación que sí se enmarca y encaja en el comportamiento anticompetitivo reprochado. El cual, como se explicó a lo largo de la Resolución Sancionatoria, se sustentó en un material probatorio extenso y bien soportado que dio cuenta de la conducta colusoria entre los investigados en los procesos de selección que adelantó la **SED** (bajo distintas modalidades) entre 2007 y 2017.

Sobre la forma como se presentaron las **ZONAS** en los procesos de selección, se destaca que los investigados plantearon parte de su defensa argumentando que había un problema estructural en la elaboración de los pliegos de condiciones que llevó a que se presentaran de la forma como lo hicieron. Dicha explicación también fue controvertida por esta Superintendencia al indicar que: **(i)** había un acuerdo anticompetitivo que fue probado y que da sustento a las actuaciones de lo investigados; **(ii)** los investigados hicieron una interpretación errónea de lo desarrollado por la **SED** en los pliegos de condiciones, puesto que estos no incentivaban que proponentes en particular — sea por su mayor o menor fuerza comercial— se presentaran a determinados **ZONAS** de los procesos de contratación pública; **(iii)** si existía la posibilidad de competir dentro de las **ZONAS** de los procesos, puesto que, como ocurrió en algunos de ellos, donde les tocó a los investigados competir contra terceros, hubo un descuento sobre el valor inicial propuesto por la **SED**; y **(iv)** los investigados, en caso de existir una indebida estructuración de los pliegos que estipulaban las **ZONAS** donde se debían presentar los oferentes, no debían responder a esos estímulos y debían competir, puesto que es lo estipulado por la norma y la naturaleza de las empresas.

Así las cosas, tal y como señaló esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria, los investigados habrían celebrado y ejecutado, al menos desde el 2007, de manera continuada, y hasta por lo menos 2017, un acuerdo restrictivo encaminado a suprimir la competencia en los procesos de selección contractual del **PREB** (alrededor de diecinueve (19) procesos en el periodo comprendido entre 2007 y 2017). Así, se concluyó que los investigados: **(i)** se coordinaron para asignarse los diferentes grupos en los procesos por **ZONAS** y, por tanto, resultar adjudicatarios en los procesos de selección cercanos al presupuesto oficial; **(ii)** se coordinaron para evitar la competencia en los diferentes procesos; **(iii)** se coordinaron para mantenerse en el mercado y ser

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

asignatarios de los contratos más grandes dentro de los diferentes procesos; y, (iv) se coordinaron para mantener la estructura ilícita del acuerdo frente a los cambios de la Entidad contratante, con el fin de evitar que la estructura de los procesos se modificara en perjuicio de sus intereses.

Por su parte, respecto de **ASOPROVAL** este Despacho concluyó que esta asociación: (i) sirvió como escenario de concertación; (ii) fue instrumentalizada con fines anticompetitivos por parte de quienes intervenían en ella; y (iii) actuó por fuera de los límites constitucionales y legales del derecho de asociación.

Precisado lo anterior, y teniendo claridad sobre las razones por las que los investigados resultaron sancionados por implementar un acuerdo restrictivo de la libre competencia, a continuación, se resolverán los argumentos propuestos en los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución Sancionatoria. A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición, así:

8.2. Consideraciones del Despacho sobre la caducidad de la facultad sancionatoria

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de **IBEASER**), **IBEASER**, **DISERAL**, **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**), **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**), [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **AERODELICIAS**, **SERVICIAL**, [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**), **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**), **LIBER**, **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**), **CATALINSA**, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **ASOPROVAL**, **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**), **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**), **SURCOLOMBIANA**, [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**), **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) y **LA CAMPIÑA**, señalaron que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia habría caducado, por lo que la Resolución Sancionatoria estaría viciada de nulidad por falta de competencia.

En primer lugar, manifestaron que esta Superintendencia se equivocó al considerar que la norma aplicable para la contabilización el término de caducidad era el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, pues, en su concepto, corresponde aplicar el artículo 39 del **CCA**. Precisaron que el cartel imputado se consolidó en vigencia del **CCA**, por lo tanto, la facultad sancionatoria caducaría a los tres (3) años de producido el último acto y no a los cinco (5) años. Lo anterior cobra mayor sentido si se tiene en cuenta que para el momento en el que inició en acuerdo restrictivo se encontraba vigente el artículo 40 de la Ley 153 de 1887, de acuerdo con el cual son las normas vigentes al momento en que un término hubiese empezado a correr las que rigen dicho término.

LA CAMPIÑA añadió que de acuerdo con la habilitación legal contenida en el artículo 41 de la Ley 153 de 1887³² –vigente para el momento en el que surgió el acuerdo– y el principio de favorabilidad, se debería aplicar lo dispuesto en el artículo 38 del **CCA**.

En segundo lugar, reprocharon que la conducta imputada y sancionada se hubiera catalogado como continuada. En su concepto, no se trató de un único comportamiento que se prolongó en el tiempo, sino de una pluralidad de acciones de la más diversa índole –la existencia de una repartición de **ZONAS**, la concertación para la no presentación de ofertas y boicotear el proceso–. Al respecto,

³² Ley 153 de 1887. Artículo 41. "La prescripción iniciada bajo el imperio de una ley, y que no se hubiere completado aún al tiempo de promulgarse otra que la modifique, podrá ser regida por la primera o la segunda, a voluntad del prescribiente; pero eligiéndose la última, la prescripción no empezará a contarse sino desde la fecha en que la ley nueva hubiere empezado a regir".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

indicaron que mientras un acto continuado está constituido de actuaciones uniformes que se prolongan en el tiempo, los actos sucesivos o reiterados son actos independientes que son desplegados de forma reiterada por un mismo autor. En esa medida, el término de caducidad de la facultad sancionatoria debe operar de forma independiente y autónoma en relación con cada "acuerdo" y "frente a cada proceso contractual".

SURCOLOMBIANA y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) agregaron que el "instituto" del delito continuado está expresamente consagrado en el artículo 31 inciso 3 del Código Penal y para las faltas disciplinarias en el artículo 30 de la Ley 734 de 2002. De allí que no pueda aplicarse a este presente proceso administrativo sancionador.

Adicionalmente, expusieron que no es posible predicar la existencia de una conducta continuada debido a que no hubo unidad de mercado ni de participantes en los procesos objeto de investigación. De hecho, indicaron que varios de los investigados no participaron en la totalidad de los procesos de selección durante todo el periodo investigado. Un ejemplo de ello sería **SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) o **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) quienes no participaron en procesos de selección del 2011 y 2012, al igual que **LA CAMPIÑA** quien indicó que no participó en los procesos **SED-SA-PMC-DBE-071-2011, SED-SA-SI-DBE-005-2013, SED-SI-DBE-103-2013, SED-SA-SI-DBE-042-2016, LP-AG-130-2016, SASIP No. 002-045-2017, LP-AG-153-2017 y SA-SI-140-AG-2017.**

En el mismo sentido, apoyaron su teoría señalando que al ser cada proceso de selección un mercado relevante en sí mismo, la caducidad debe contarse a partir de la ocurrencia de cada hecho de manera independiente. Así las cosas, al existir múltiples conductas diferenciadas y distintos procesos de selección que comportan un mercado relevante en sí mismo, no podría sostenerse la existencia de una conducta continuada.

LA CAMPIÑA, [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **IBEASER** y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) indicaron que el término de caducidad debe contabilizarse desde el 8 de abril de 2016, debido a que esta sería la fecha en la que les fue adjudicado el último proceso de selección en el que participaron. En esa medida, la facultad sancionatoria habría fenecido el 8 de abril de 2021.

DISERAL y **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) señalaron que esta Superintendencia se equivocó al considerar que el inicio del término para contabilizar la caducidad de la facultad sancionatoria debería iniciar desde la fecha de liquidación del contrato derivado del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**. Lo anterior, puesto que hasta esa fecha no se extendieron los efectos de la conducta, pues, para dicho momento, la Entidad contratante no habría realizado pagos por la ejecución del contrato. En ese sentido, **LIBER, JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), **BEATRIZ BECERRA ROJAS CATALINSA** (representante legal suplente de **LIBER**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**), **LA CAMPIÑA, ASOPROVAL** y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) indicaron que el término de la caducidad de la facultad sancionatoria debe ser contabilizado desde la adjudicación de cada contrato cuestionado, que corresponde con el momento en el que se materializa la finalidad del acuerdo.

Sobre el particular, indicaron que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca³³ en procesos administrativos sancionatorios por la comisión de una colusión en contratación pública estableció que el término de caducidad de la facultad sancionatoria empieza a contabilizarse desde la fecha en la que se profiera el acto de adjudicación. Además, agregaron que dicho Tribunal aclaró que este

³³ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 9 de julio de 2015. Rad. No. 250002341000201302040-00; y Sentencia del 27 de octubre de 2016. Rad. No. 25000-23-41-000-2013-02171-00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

término "nunca podrá extenderse más allá del acto administrativo por el cual se adjudique el contrato estatal".

AERODELICIAS indicó que como el último proceso de selección en el que participó fue el **LP-AG-130-2016** la facultad sancionatoria caducó en el 2021. Ahora bien, en lo que respecta al proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-017-2015** afirmó que recibió el último pago en octubre de 2016. Esto implica que en el 2016 habrían cesado los presuntos "beneficios obtenidos ilegalmente". En tal sentido reiteran que la facultad sancionatoria ya feneció.

AERODELICIAS, SERVICIAL y [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**), indicaron que existe una contradicción por parte de esta Superintendencia al afirmar que existió un único cartel que inició en el 2007 y finalizó en el 2017, si se tiene en cuenta que (i) **AERODELICIAS** presentó oferta en el proceso de selección **LP-AG-130-2016**, es decir, que no hizo parte del boicot aludido; (ii) no participó de ninguna repartición de **ZONAS** en los procesos **SED-SA-SI-DBE-002-2016** y **SED-SA-SI-DBE-042-2016**; y (iii) no participó en los procesos de raciones militares. Además, **SERVICIAL** aclaró que su comportamiento no puede estar ligado al de **AERODELICIAS**, debido a que no participó en los procesos de selección asociados al **PREB** desde el año 2016.

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de **IBEASER**) consideró que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia caducó el 18 de octubre de 2021, en la medida en que el proceso de selección **LP-AG-153-2017** no debió ser tenido en cuenta puesto que fue el proceso en el que se reanudó la competencia. Así, debió relacionarse la fecha asociada con el proceso de selección anterior correspondiente con el **SED-SA-SI-DBE-042-2016**. Por lo anterior, dado que el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016** fue adjudicado el 5 de agosto de 2016 la facultad sancionatoria feneció el 5 de agosto del 2021. Incluso, si se tuviera en cuenta la suspensión de términos dada en el presente trámite, con ocasión de la pandemia ocasionada por el **COVID-19**, la facultad sancionatoria habría caducado el 18 de octubre de 2021.

LA CAMPIÑA, SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) indicaron que la Superintendencia no debería tener como fecha de culminación del acuerdo anticompetitivo el proceso de selección **LP-AG-153-2017**, con sustento en que no participaron en este. Así, la supuesta competencia que se presentó en torno a dicho proceso en nada vincula a los recurrentes, lo que significó que su participación solamente se dio hasta el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**.

LA CAMPIÑA manifestó que la facultad sancionatoria de esta Superintendencia caducó, toda vez que la ejecución del proceso **SED-SA-SI-DBE-002-2016** finalizó el 22 de febrero de 2017 y no recibió pagos con posterioridad a esta fecha. Añadió, que se retiró del supuesto acuerdo con anterioridad al proceso **LP-AG-130-2016** y, en ese sentido, el fenómeno de la caducidad habría ocurrido el 17 de febrero de 2022. También agregó que como el último correo electrónico que lo involucra en la conducta es del 7 de enero de 2015, el término de caducidad feneció el 7 de enero de 2018 (si son 3 años) y 7 de enero de 2020 (si son 5 años). En cualquier caso, concluyó que esta Superintendencia habría perdido la facultad para pronunciarse sobre la investigación.

Finalmente, algunos de los investigados manifestaron que el término de caducidad para proferir una decisión no se limita a la expedición de la Resolución a través de la cual se imponen sanciones, sino también debe incluir la Resolución por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos. Por esta razón, la facultad sancionatoria habría caducado.

Los anteriores argumentos, que en esencia se dirigen a alegar que existe una falta de competencia temporal como consecuencia de que operó la caducidad de la facultad sancionatoria, no tienen mérito de prosperidad y deberán ser rechazados por las razones que se exponen a continuación. Para el efecto, se abordarán los argumentos propuestos por la defensa agrupados de la siguiente manera: (i) argumentos dirigidos a indicar que la norma aplicable no es el artículo 27 de la Ley 1340

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de 2009, sino el artículo 52 del CCA y el artículo 40 de la Ley 153 de 1887; (ii) argumentos dirigidos a cuestionar que la conducta investigada no comportó una conducta continuada; y (iii) la contabilización de los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 a partir de los cuales se concluye que no ha operado en el presente caso la caducidad de la facultad sancionatoria en cabeza de esta Superintendencia.

(i) Argumentos dirigidos a indicar que la norma aplicable no es el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, sino el artículo 52 del CCA y el artículo 40 de la Ley 153 de 1887

En primer lugar, los investigados señalaron que la norma aplicable a efectos de contabilizar el término de caducidad no era el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, sino lo contenido en el artículo 52 del CCA. Como justificación de lo anterior, indicaron, por un lado, que el cartel imputado se habría consolidado o iniciado en vigencia del CCA; por otro lado, señalaron que de acuerdo con el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 –en vigor para el momento de los hechos– las normas vigentes al momento en que un término hubiese empezado a correr son las que resultan aplicables; y, finalmente, solicitaron su aplicación en garantía del principio de favorabilidad.

Este Despacho reitera que en materia de protección de la competencia existe una **norma especial** para la contabilización de la caducidad de la facultad sancionatoria de la autoridad única de competencia en Colombia, esto es, el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. De entrada, debe advertirse que las normas contenidas en el CPACA –así como su norma anterior el CCA–, son aplicables exclusivamente "*en lo no previsto*"³⁴ en el procedimiento contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

Teniendo cuenta que el régimen especial que rige el régimen de protección de la libre competencia –contenido entre otras en "*la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992, la presente ley y las demás disposiciones que las modifiquen o adicionen*"³⁵– prevé una disposición relativa a la caducidad de la facultad sancionatoria, resulta procedente aplicar dicha norma y no otra³⁶³⁷. De acuerdo con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, la facultad sancionatoria que tiene esta autoridad de competencia "**caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado**" (subrayado y negrita fuera de texto).

De esta forma, es claro que el término de caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia, cuando investiga conductas violatorias de las leyes de libre competencia, es de cinco (5) años –contados a partir de la ejecución de la conducta anticompetitiva, o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas continuadas– y hasta que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado –lo que no incluye por supuesto la expedición de la resolución por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición contra la resolución que impone la sanción–.

Si bien los investigados acotan que debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el CCA, en la medida en que el cártel inició en su vigencia, esto es, en el 2007 y cuyo contenido es más favorable al contemplar que la facultad sancionatoria caducaría a los tres (3) años, es de anotar que no se configuran de manera alguna los elementos estructurales del principio de favorabilidad, por cuanto las conductas de carácter permanente, continuado o de tracto sucesivo, si bien pudieron iniciar su gestación en vigencia de la ley anterior, lo cierto es que **se ejecutaron plenamente y terminaron en vigencia de la Ley 1340 de 2009**. Como fue explicado en la Resolución Sancionatoria las

³⁴ Decreto 2153 de 1992. Artículo 52.

³⁵ Ley 1340 de 2009. Artículo 4.

³⁶ Ley 57 de 1887. Numeral 1 del artículo 5. "*La disposición relativa a un asunto especial prefiere a la que tenga carácter general*".

³⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-576 de 2004. "*Conforme al criterio unánime de la doctrina jurídica, las normas especiales prevalecen sobre las normas generales*".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

conductas anticompetitivas sancionadas se desarrollaron en el periodo comprendido entre el 2007 y 2017.

La jurisprudencia desarrollada por la Corte Suprema de Justicia ha determinado los presupuestos de inaplicabilidad del principio de favorabilidad respecto de hechos, conductas o circunstancias realizadas continuamente que fueron objeto de sanción a través del ejercicio punitivo-sancionatorio del Estado. Lo anterior, ha sido establecido por la referida Corporación de la siguiente manera:

*"La no existencia de los presupuestos legales para la aplicación del principio: **no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad** por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento [en conductas continuadas], pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.*

*'**Por la autodeterminación del sujeto: ninguna afrenta se proyecta ni sobre la legalidad ni sobre la favorabilidad, pues la severidad del nuevo castigo, que ya para entonces surgió como preexistente a los comportamientos que se siguieron realizando, no fue obstáculo para llevarlos a cabo**'³⁸ (subrayado y negrita fuera de texto).*

Como puede apreciarse, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, considera que, si el sujeto que realizó la conducta sancionable no se intimidó con la ley más gravosa y, por ende, decidió continuar lesionando y/o poniendo en peligro el bien jurídico tutelado por el legislador, no hay razón para aplicarle la ley anterior más favorable y desconocer la nueva ley que también fue trasgredida por el infractor. Al respecto, el artículo 6 de la Constitución Política de Colombia indica que las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como prohibido, por ello, no hay lugar a dudas que quien de manera libre y voluntaria decide efectuar acciones y hechos contrarios al ordenamiento jurídico, la consecuencia ineludible es hacerse acreedor a la sanción, pena o condena dispuesta para la respectiva afrenta contra la ley y sus consecuencias jurídicas establecidas.

En este sentido, la aplicación de la Ley 1340 de 2009 es acertada por parte de esta Superintendencia, debido a que no es admisible jurídicamente considerar que los investigados no conocieran del cambio legislativo en materia de caducidad de la facultad sancionatoria contemplado en la Ley 1340 de 2009. Además, aun cuando los investigados iniciaron sus comportamientos con anterioridad a dicha norma, continuaron, posteriormente, efectuando conductas contrarias a la libre competencia económica sin que tal circunstancia fuese óbice para cesar la realización de tales acciones.

En ese orden de ideas, no hay duda de que la normatividad aplicable al caso en particular corresponde a aquella prevista en la Ley 1340 de 2009, atendiendo al principio de legalidad que debe regir todas las actuaciones administrativas, por cuanto la conducta perpetrada por los investigados no ocurrió instantáneamente, sino de manera continuada. Lo que en consecuencia implica que se aplique la legislación vigente al momento de cesación de la conducta, acciones o hechos infractores del ordenamiento jurídico. Para que no quede duda al respecto, el Consejo de Estado se refirió a un caso en el que analizó el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria en consideración al tránsito de legislación entre el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009. En el caso mencionado la Corporación estudió hechos desarrollados de manera continua o permanente en vigencia de las dos legislaciones, e indicó lo siguiente al respecto:

"(...) Se observa que para el momento en que se inició la investigación, esto es, el año 2007, se encontraba en vigencia el otrora Decreto 2153 de 1992, que en su artículo 52 establecía el procedimiento para determinar si existía una infracción a las normas de

³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 24 de junio de 2009. Rad. No. 31401.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

promoción de competencia y prácticas comerciales restrictivas a la libre competencia reglando en su último inciso que 'en lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo...'; lo que significaba, por antonomasia, que la facultad sancionatoria del Estado en esta materia caduca en el término de tres (3) años previsto en el artículo 38 de dicha Codificación.

*Sin embargo, **observa la Sala que para la fecha en que entró en vigencia la Ley 1340 ('Por medio de la cual se dictan normas en materia de protección de la competencia'), esto es, el 24 de julio de 2009, los distribuidores de combustibles relacionados en las Resoluciones demandadas continuaban desarrollando las conductas constitutivas como infractoras a las normas de promoción de competencia y práctica comercial restrictiva, extendiéndolas hasta el mes de diciembre de ese mismo año, sometiéndose, en consecuencia, a la legislación vigente por esa fecha, esto es, la Ley 1340 de 2009, que en su artículo 27 reza:***

'Artículo 27. Caducidad de la Facultad Sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado' (Resalta la Sala)³⁹ (subrayado y negrita fuera de texto).

Como puede observarse en el texto transcrito, resulta indiscutible que la facultad sancionatoria "caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado el último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo". En consecuencia, no cabe duda de que el término inicia con la cesación o con la realización del último acto constitutivo de la conducta sancionable, que será desde donde debe empezar a contar la caducidad de la facultad sancionatoria.

En el mismo sentido, tampoco son de recibo los argumentos que establecen que debe darse aplicación al término de caducidad contenido en el CCA, con sustento en que la conducta imputada inició en vigencia del artículo 40 de la Ley 153 de 1887⁴⁰. Se aclara, que para que esta Superintendencia dé aplicación de la ley anterior, en el presente caso, la conducta anticompetitiva debió iniciar y finalizar en vigencia de dicha norma, situación que no ocurrió. Como se ha explicado en esta Resolución y en la Resolución Sancionatoria, la conducta restrictiva de la libre competencia inició en el 2007, pero continuó hasta el 2017 cuando ya estaba en vigencia la Ley 1340 de 2009.

La jurisprudencia del máximo órgano de la jurisdicción contencioso administrativo ha decantado su posición en relación con el momento en que inicia el cómputo de la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado cuando se está frente a comportamientos o hechos sancionables ejecutados de manera continuada o permanente. Al respecto, el Consejo de Estado, en constante y uniforme jurisprudencia, ha sostenido:

*"(...) En cuanto al punto de la caducidad de la acción sancionatoria, **es menester poner de presente que la conducta aludida constituye una falta continuada**, en la cual se está incurriendo hasta tanto cese el uso fraudulento del servicio, de allí que el término de caducidad deba contarse desde cuando cesa la conducta.*

³⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre de 2014. Rad. No. 15001-23-33-000-2013-00254-01.

⁴⁰ Ley 153 de 2009. Artículo 40. "Las leyes concernientes a la sustanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Sin embargo, los recursos interpuestos, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones. La competencia para tramitar el proceso se regirá por la legislación vigente en el momento de formulación de la demanda con que se promueva, salvo que la ley elimine dicha autoridad".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C. C. A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación (...).

*En cuanto a la conducta investigada, **lo que cuenta es el momento en que ella cesa y no cuando comienza a realizarse**, y, como consta en el plenario, el tercer piso lo había culminado, según dice el querellado, un año antes de la fecha en que rindió sus descargos, amén de que las obras se habían continuado para construir un cuarto piso, lo cual indica que la infracción se había prorrogado en el tiempo, de manera que el término de caducidad de la acción debía empezarse a contar el 9 de octubre de 1998, cuando se rindió el informe del acta de visita (ver folio 12, cuaderno principal).*

*En ese orden de ideas, **conviene aclarar que cuando la obra compromete o afecta elementos constitutivos del espacio público, el término en comento no empieza a correr, es decir, que la acción sancionadora en esta materia no caduca, mientras no cese la conducta o desaparezca el hecho respectivo***⁴¹ (subrayado y negrita fuera de texto original).

En relación con el contexto jurídico objeto de estudio, debe precisarse que el análisis de esa Corporación ha sido uniforme en indicar que la caducidad de la facultad sancionatoria del Estado no se cuenta o computa desde el inicio del comportamiento dañino o contrario a la ley, puesto que tal regla es aplicable a acciones o conductas ejecutadas de manera instantánea. Situación jurídica que cambia cuando se está frente a hechos o circunstancias constitutivas de sanción, ejecutadas de manera continuada, en razón a que el término de que trata la ley se cuenta desde el momento en que cese o desaparezca el comportamiento o hecho contrario al ordenamiento jurídico. Así lo ha entendido el Consejo de Estado en la misma providencia:

*"El aspecto a dilucidar en esta instancia es el de la pretendida caducidad de la acción sancionatoria prevista en el artículo 38 del C.C.A., sobre lo cual la Sala observa que en el presente caso no tuvo ocurrencia, pues se trata de una conducta continuada, de donde **se debe tener en cuenta la fecha en que cesa la conducta y no la de su iniciación** (...)"*⁴² (subrayado y negrita fuera de texto original).

En consecuencia, para este Despacho no son de recibo los argumentos de los recurrentes tendientes a indicar que operó la caducidad de la facultad sancionatoria. Compartir tales aseveraciones implicaría desconocer el ordenamiento jurídico y la interpretación acertada que ha realizado el Consejo de Estado, como máxima autoridad de la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

(ii) Argumentos dirigidos a cuestionar que la conducta investigada no comportó una conducta continuada

En segundo lugar, los investigados reprocharon el haber catalogado la conducta imputada como continuada por lo que no se trató de un único comportamiento que se prolongara en el tiempo, sino de una pluralidad de acciones de la más diversa índole. De allí que el comportamiento no pueda ser catalogado como acto continuado debido a que corresponde a un acto reiterado, al tratarse de actos independientes que fueron desplegados de forma reiterada por los mismos actores. Para el efecto, sustentaron su argumento en tres factores. Primero, en que al ser los procesos de selección investigados mercados relevantes en sí mismos no podría sostenerse la existencia de una conducta continuada. Segundo, expusieron que no es dable predicar la existencia de una conducta continuada puesto que no hubo unidad de mercado ni de participantes en los procesos objeto de investigación, en la medida en que no todos los investigados participaron en la totalidad de los procesos de

⁴¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 20 de marzo de 2003. Rad. No. 25000-23-24-000-2001-0431-01(8340).

⁴² Ibidem.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

selección durante el periodo investigado. Tercero, que al estar el "instituto del delito continuado" circunscrito a materias penales y a faltas disciplinarias no podría tenerse en consideración dentro del procedimiento que rige las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

Los argumentos de los recurrentes a partir de los cuales pretenden desconocer el carácter continuado de la conducta sancionada no tienen ningún mérito para prosperar. Para este Despacho el sistema anticompetitivo reprochado es una conducta de carácter continuado, entre otras razones porque, en general, son esquemas complejos que no necesariamente se agotan en un solo momento, sino que se prolongan en el tiempo⁴³. En el presente caso, su funcionamiento incluyó la celebración de un acuerdo anticompetitivo de diferentes dinámicas y estrategias que se ejecutaron de manera prolongada, materializándose antes, durante y con posterioridad a la adjudicación de los procesos de selección investigados.

En concepto de los investigados, no podría predicarse la existencia de una conducta continuada en la medida en que los procesos de contratación pública investigados comportan mercados relevantes en sí mismos. En esa medida, consideraron que cada comportamiento nace y muere dentro de cada proceso de selección, sin que sea dable atribuir responsabilidad por una serie de procesos. Al respecto, este Despacho advierte que si bien es cierto que los procesos de selección comportan mercados relevantes en sí mismos –en tanto el proceso competitivo se realiza en cada proceso en el que concurre la oferta con la demanda–, no por este hecho, es decir, por comportar mercados relevantes en sí mismos, debe derivarse la conclusión de que los comportamientos restrictivos de la competencia no puedan suponer la defraudación de más de un proceso de selección.

En ese sentido, contrario a lo afirmado por los recurrentes, las conductas restrictivas de la competencia, como en este caso se refieren, no solamente pueden ser continuadas, sino que también pueden afectar con su actuar distintos procesos de selección. Si otro fuera el entendimiento, no hubiesen sido sancionados por parte de esta Superintendencia carteles que implicaron la defraudación en más de un proceso de selección a través de conductas continuadas. Tal es el caso, entre otros, de (i) la Resolución de Sanción No. 42216 de 2019 a través de la cual se sancionó un acuerdo anticompetitivo entre dos agentes de mercado cuyo esquema de coordinación y colaboración era sus probabilidades de éxito, y que se materializó en **8 procesos de selección** adelantados por distintas entidades entre 2013 y 2015; y (ii) la Resolución de Sanción No. 26266 de 2019 a través de la cual fue sancionado un acuerdo restrictivo de la competencia conocido como el Carrusel de Contratación de Bogotá que se materializó en **9 procesos de selección** adelantados por el Instituto de Desarrollo Urbano (IDU) entre el 2008 al 2012.

De acuerdo con lo anterior, a pesar de que los procesos de selección sean considerados como mercados relevantes en sí mismos a fin de analizar las conductas en ellos desplegadas y su afectación, no por este hecho deja de ser cierto que la conducta reprochada es el comportamiento anticompetitivo que, de hecho, puede involucrar su desenvolvimiento en varios procesos de selección. En efecto, tal como fue explicado en la Resolución de Sanción No. 26266 de 2019 que dispuso lo siguiente:

"[L]as conductas desplegadas en los nueve (9) procesos de selección contractual objeto de investigación, no se dieron como consecuencia de un acuerdo anticompetitivo independiente para cada proceso de selección contractual investigado, como convenientemente lo pretenden los recurrentes para predicar de uno o algunos hechos la caducidad de la facultad sancionatoria, sino que existió un acuerdo general, inicialmente llevado a cabo entre servidores públicos y contratistas con el fin de adjudicar los procesos de selección que llevara a cabo el IDU en el periodo 2008-2012, específicamente los procesos de selección que tenían por objeto la reparación de la malla vial y las obras de

⁴³ Levenstein, Margaret C., and Valerie Y. Suslow. (2006). "What Determines Cartel Success?". Journal of Economic Literature, Vol. 44, No. 1. Páginas 43-95. Consultado el 21 de enero de 2020. www.jstor.org/stable/30032296. La duración de los carteles es variada y según los estudios, depende de la muestra que se haya tomado. En este estudio se recuerda que Levenstein y Suslow estimaron una duración promedio de 5.4 años, pero se encontraron carteles muy longevos. Por ejemplo, el "cartel de los sorbatos" tuvo una duración de 18 años.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

valorización, que posteriormente tuvo su materialización a través de la coordinación de varios contratistas, quienes acordaron presentar más de una propuesta en cada proceso contractual con el fin de aumentar la probabilidad de ser adjudicatarios y así asegurar la ejecución del acuerdo realizado con los servidores públicos en los nueve (9) procesos de selección contractual”.

En esa medida, los argumentos tendientes a excluir la conducta continuada en razón a que cada proceso de selección es un mercado en sí mismo no están llamados a prosperar. Lo anterior, en la medida en que los comportamientos restrictivos de la competencia pueden suponer la defraudación en más de un proceso de selección –durante un periodo de tiempo corto o extenso– que comporte una conducta continuada.

Por otra parte, los investigados también señalaron que no era posible predicar la existencia de una conducta continuada, debido a que no hubo unidad de mercado ni de participantes en los procesos objeto de investigación, en la medida en que no todos los investigados participaron en la totalidad de los procesos. Al respecto, lo primero que se debe decir –tal y como fue abordado en la respuesta del argumento recién anotado– es que el hecho de que existan diferentes procesos de selección imputados no es óbice para desdibujar el acuerdo continuado. De hecho, el acuerdo se encontraba destinado a disminuir las presiones competitivas en los diferentes procesos de selección que eran adelantados por la **SED** para contratar el suministro de refrigerios de los niños y adolescentes que eran cubiertos por el **PREB**, por lo que su intención no se agotó con la participación en un proceso de selección, sino que se prolongó en el tiempo materializándose su actuar en varios de ellos.

Contrario a lo afirmado por los recurrentes, el hecho de que existieran investigados que se presentaran a unos procesos de selección y no a otros también hacía parte de la conducta anticompetitiva que es desarrollada a través de acciones y omisiones. No por este hecho se desdibuja la conducta anticompetitiva, sino que simplemente indica que en determinados procesos de selección no se presentaron como proponentes, pero sí participaron en uno posterior y/o anterior. Esta situación incluso ha sido reconocida en el ámbito internacional, así:

“Varios carteles son complejos y de larga duración. Durante un periodo de tiempo, algunas firmas pueden ser más activas que otras en el desarrollo del cartel; algunas pueden ‘retirarse’ temporalmente pero posteriormente regresar; otras pueden asistir solo a algunas reuniones; puede haber muy pocas ocasiones en donde todos los miembros del cartel se reúnen realmente o se comportan coordinadamente con los demás (...)”⁴⁴.

Así las cosas, el hecho de que un participante en un acuerdo anticompetitivo lleve a cabo únicamente ciertos elementos de la conducta reprochada o tenga una participación menor en la misma, en nada desdibuja su responsabilidad por la participación en la conducta colusoria ni pone en duda la existencia de esta. Esta situación ha sido desarrollada por esta Superintendencia en la Resolución No. 64389 del 19 de septiembre de 2022, de la siguiente manera:

“El hecho de que una empresa no haya participado en todos los elementos constitutivos de una práctica colusoria o que haya desempeñado un papel menor en los aspectos en los que haya participado debe tomarse en consideración cuando se valore la gravedad de la infracción y, en su caso, cuando se determine la multa”⁴⁵.

Por lo anterior, el hecho consistente en que un cartelista haya participado menor tiempo en un cartel y no en todos los eventos que hubiesen tenido lugar, ha de ser tenido en cuenta solamente para determinar el valor de la multa, no para poner en duda la existencia de este. En efecto, los carteles empresariales no son estáticos en el tiempo, sino que pueden variar los comportamientos que ejecutan con la finalidad de lograr su propósito. Por lo que pueden existir agentes en el mercado que se unan a un cartel ya existente en el mercado u otros que decidan apartarse del cartel ya

⁴⁴ D. Bailey, W. Wish. (2015). *Competition Law*. Pág. 107. 8 Edición. Oxford University Press. Traducción libre.

⁴⁵ Tribunal de Justicia de Europa. *Anic Partecipazioni Vs Comisión de la Comunidad Europea*. Caso C-49/92. Sentencia del 8 de julio de 1999.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

establecido, y, no por este hecho, el cartel empresarial deja de existir, por el contrario, este puede mantenerse en el tiempo.

Los argumentos expuestos por los investigados relacionados con la caducidad de la facultad sancionatoria no resultan válidos, debido a que está acreditado en la actuación administrativa que la conducta investigada se realizó en distintos momentos en el tiempo de manera continua. De hecho, analizadas todas las pruebas que fueron presentadas en la Resolución Sancionatoria, así como en los actos administrativos expedidos dentro del trámite, este Despacho encontró la existencia de un patrón de comportamiento que se dio en 19 procesos de selección contractual del PREB adelantados por la SED entre 2007 y 2017.

Sobre este particular, los investigados añadieron que el “*instituto del delito continuado*” se encuentra circunscrito a materias penales y a faltas disciplinarias. Por lo anterior, no podría darse aplicación de este en el procedimiento que rige las investigaciones por prácticas restrictivas de la competencia.

Al respecto, este Despacho advierte que incluso el órgano de cierre de la jurisdicción de lo contencioso administrativo se ha pronunciado sobre conductas continuadas. Sobre este particular, el Consejo de Estado señaló que:

“Corresponde a la Sala, en primer término, determinar si la conducta desarrollada por los demandantes, que dio lugar al inicio de la actuación administrativa desarrollada por la Superintendencia y que culminó con la expedición de las Resoluciones enjuiciadas, se cataloga como ‘Instantánea’, es decir, cuya ejecución se establece en un solo momento, o si, por el contrario, es de carácter ‘Continuada o Permanente’, lo que significa que el comportamiento dañino o contrario a derecho se prolonga en el tiempo y en el espacio, extendiendo por el mismo periodo la comisión de la falta respectiva.

De conformidad con las pruebas obrantes en el expediente, el acuerdo de precios se produjo y se conservó por las distribuidoras de combustibles relacionadas en las Resoluciones acusadas hasta el mes de diciembre de 2009, tal y como se corrobora en los cuadros comparativos de las Tablas núms. 6, 7, 8, 9 y 10, así como en la Gráfica núm. 5, visibles en el anverso y reverso de los folios 146 y 147 del cuaderno de Anexos de la demanda, lo que le permite concluir a la Sala que la conducta cometida por los demandantes catalogada como práctica comercial restrictiva de la libre competencia, se prolongó en el tiempo y en el espacio, lo que significa que la comisión de su falta fue permanente y continuada (...)⁴⁶ (subrayado y negrita fuera de texto).

Como se evidencia en el texto transcrito, en el caso analizado la referida Corporación determinó que las conductas ejecutadas por los investigados –y que comportaban una infracción a las normas que protegen la libre competencia económica– son de carácter continuado, permanente o de tracto sucesivo, al no haberse consumado en un único momento o de forma instantánea, sino que se desarrollaron a través de varios comportamientos sucesivos en el tiempo.

En el presente caso, las actuaciones producto del acuerdo anticompetitivo entre nueve (9) agentes de mercado en diferentes procesos de selección adelantados por la SED, entre 2007 y 2017, fueron puestas en práctica en distintos momentos, en unos casos fueron ejecutados por todos los investigados y, en otros casos, fueron ejecutados por algunos de ellos, dependiendo de las características de los procesos, pero todos comprendidos dentro de una estrategia general, coordinada, continuada que configuró la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En particular, los investigados aducen que la conducta sancionada no comporta un acto continuado, sino un acto reiterado en el tiempo –esto es, actos independientes que fueron desplegados de forma reiterada por un mismo actor–, lo cierto es que el comportamiento investigado reúne los elementos

⁴⁶ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 13 de noviembre 2014. Rad. No. 15001-23-33-000-2013-00254-01.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

descritos por el Consejo de Estado⁴⁷ para catalogar una conducta como continuada, los cuales corresponde con: (i) pluralidad de acciones u omisiones; (ii) unidad de intención; y (iii) identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable.

A continuación, se reiteran los argumentos abordados sobre la continuidad de la conducta en la Resolución Sancionatoria, los cuales, corresponden con:

En relación con el **primer elemento referente a la pluralidad de acciones y omisiones**, a lo largo de la actuación se evidenció que los investigados realizaron diversas actuaciones y omisiones, todas ellas conectadas, continuadas e implementadas en el tiempo para evadir ilegítimamente la competencia y mantenerse en el **PREB** como los mayores adjudicatarios durante, al menos, el periodo objeto de investigación. Entre ellas, (i) se coordinaron para asignarse los diferentes grupos en los procesos por **ZONAS** para adjudicarse los contratos; (ii) se coordinaron para evitar la competencia en los diferentes procesos; (iii) se coordinaron para mantenerse en el mercado y ser asignatarios de los contratos más grandes dentro de los diferentes procesos; y (iv) se coordinaron para mantener la estructura ilícita del acuerdo frente a los cambios de la entidad contratante, con el fin de evitar que la estructura de los procesos se modificara en perjuicio de sus intereses. Por su parte, (v) **ASOPROVAL** sirvió de escenario común de concertación; (vi) fue instrumentalizada con fines anticompetitivos por parte de sus miembros y allegados con la finalidad de boicotear los procesos de selección adelantados por la **SED**; y (vii) actuó por fuera de los límites constitucionales y legales del derecho de asociación.

En ese orden de ideas, se demostró la existencia de una variedad de conductas que evidenciaron la estrategia de coordinación de los investigados respecto de los procesos de contratación. No obstante, como se explicó anteriormente, dentro de la investigación existieron además de una serie de actividades previas, otras acciones concomitantes y posteriores a la adjudicación de los procesos de adjudicación que permitieron perpetuar en el tiempo los efectos lesivos del acuerdo anticompetitivo. En efecto, solo hasta el proceso **LP-AG-153-2017** –cuyas propuestas debían ser entregadas hasta el 27 de octubre de 2017–, se evidenció una ruptura del acuerdo anticompetitivo, debido a que, contrario a lo evidenciado en el periodo comprendido entre 2007 y 2017, en este proceso contractual los investigados decidieron competir.

Sobre lo ocurrido en el proceso de selección **LP-AG-153-2017**, se observó, por un lado, que los investigados presentaron oferta a distintas **ZONAS** sin existir preferencia por alguna de ellas –con sus respectivas localidades–. En efecto, **IBEASER**, **CATALINSA**, **DISERAL** y **LIBER** se presentaron a todas las **ZONAS** del proceso de selección sin utilizar el criterio de **ZONAS PREFERENTES**. En el caso particular de **FABIO DOBLADO BARRETO** y **SURCOLOMBIANA** presentaron ofertas tanto a **ZONAS PREFERENTES** como **ZONAS** no preferentes. Por otro lado, tampoco se evidenció el uso del criterio denominado **CAPACIDAD DE PLANTA** para la elección de **ZONAS**, fundado en la circunstancia de que dichos participantes se presentaron a todas las **ZONAS** dispuestas por la **SED** y **CCE** para el almacenamiento, ensamble y distribución de los refrigerios escolares en el marco del **PREB**.

Al respecto, debe mencionarse que solo **SURCOLOMBIANA** y **AERODELICIAS** se habrían presentado a las **ZONAS** que podían atender según el uso óptimo de sus capacidades de planta operativas disponibles (**ZONA 5** y **ZONAS 3** y **7**, respectivamente). Esto evidenció de manera clara que la competencia al interior de estos procesos de selección contractual era posible, ya que podían participar en las **ZONAS** que quisieran sin que fuera un impedimento el valor del transporte o la capacidad de planta. Con base en lo anterior se demuestra que el comportamiento que se venía presentando de manera sistemática se ajusta a la teoría del caso, por lo que se encuentra acreditado el primero de los requisitos expuestos.

⁴⁷ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Cuarta. Sentencia del 2 de julio de 1999. Rad. No. 25000-23-27-000-11935-01 (9384); y Sentencia del 4 de octubre de 2008. Rad. No. 25000-23-24-000 2003-00228-01 (15106).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En relación con el **segundo elemento que corresponde a la unidad de intención**, se encuentra demostrado al interior del proceso administrativo que los objetivos principales del acuerdo tuvieron como propósito conseguir la adjudicación de los procesos de selección y lograr obtener, preservar y encubrir los beneficios derivados de resultar adjudicatarios. De hecho, se demostró que los investigados lograron ejecutar un esquema para obtener ventajas anticompetitivas antes, durante y después de la adjudicación de los diferentes procesos de selección.

Por último, en cuanto al **tercer elemento referido a la identidad de los elementos de la conducta**, todas las actuaciones fueron constitutivas del acuerdo y compartían rasgos adecuados para garantizar su continuidad y maximizar así los beneficios ilícitos que motivaron la participación de los investigados. Resulta claro para esta Superintendencia que todas las acciones desplegadas se encaminaron a conseguir beneficios ilegales producto de la ejecución de los contratos obtenidos a través de la conducta anticompetitiva sistemática, acciones que se encuadran, a su vez, en los elementos configurativos de las conductas descritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, lo que corresponde con un acuerdo colusorio en el marco de procesos de contratación pública. En efecto, se logró demostrar la existencia de un comportamiento compuesto de elementos orientados, interconectados y dispuestos para el éxito de la conducta anticompetitiva.

En consecuencia, y en línea con los elementos antes descritos, debe precisarse que la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio no ha caducado. Lo anterior, en consideración a que se trató de un acuerdo anticompetitivo comprendido por un comportamiento complejo, compuesto de diversas actuaciones y participantes y ejecutado a través del tiempo —que inició en el 2007 y culminó en el año 2017— en el que concurrieron **(i)** una pluralidad de acciones u omisiones; **(ii)** una unidad de intención; y **(iii)** la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable.

De tal manera, las conductas ejecutadas por los investigados, que comportaban una infracción a las normas que protegen la libre competencia económica, son de carácter continuado al no haberse consumado de forma instantánea, sino que se desarrollaron a través de varios comportamientos sucesivos en el tiempo. En el presente caso las actuaciones fueron puestas en práctica en distintos momentos, en unos casos fueron ejecutados por todos los investigados y, en otros casos, fueron ejecutados por algunos de ellos, pero todos comprendidos dentro de una estrategia general, coordinada y continuada que configuró la infracción al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

(iii) Contabilización de los términos establecidos en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009

Con el fin de contabilizar el término de caducidad de la facultad sancionatoria, esta Superintendencia tuvo en consideración las circunstancias complejas que caracterizan este caso. En consecuencia, el análisis se realizó desde el punto de vista del acuerdo continuado en el tiempo, que incluyó una diversidad de conductas desplegadas por varios agentes a lo largo del tiempo mediante acciones y omisiones, que fue implementado para evadir ilegítimamente las presiones competitivas de los procesos de selección y mantenerse en el **PREB** como los mayores adjudicatarios durante el período objeto investigado.

En la Resolución Sancionatoria se acreditó que en el presente caso las pruebas obrantes en el Expediente dan cuenta de que no operó la caducidad de la facultad sancionatoria establecida en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009. De hecho, este Despacho analizó en la Resolución referida el término de caducidad bajo cuatro escenarios distintos y la conclusión se mantuvo incólume, tal como se explicará a continuación.

En el primer escenario expuesto **(i)** el término de caducidad iniciaría a partir del 27 de octubre de 2017, debido a que, como esta Superintendencia señaló, la culminación y/o ruptura del acuerdo anticompetitivo en los procesos de selección adelantados por la **SED**, para la contratación del suministro de refrigerios escolares en el **PREB**, debe tenerse en cuenta para la contabilización de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los cinco (5) años correspondientes a la caducidad de la facultad sancionatoria. Para el efecto, se tomó como fecha de la ruptura del acuerdo anticompetitivo la fecha de presentación de las propuestas en el proceso de selección **LP-AG-153-2017**, que fue cuando que se evidenció –a diferencia de los procesos de selección investigados en el periodo comprendido entre 2007 y 2017– una real competencia. Lo anterior, en la medida en que las propuestas presentadas contenían un patrón de presentación a las **ZONAS** ofertadas que permitió observar que hubo una real competencia entre los investigados.

Sobre este particular, debe mencionarse que esta Superintendencia demostró que en el proceso de selección **LP-AG-153-2017** adelantado por la **SED** ocurrieron dos circunstancias que ponen en evidencia la ruptura del acuerdo colusorio. La primera, tiene que ver con la participación en el proceso de selección por parte de los investigados, quienes, dejando de lado la concertación del boicot en la abstención de presentación de ofertas en los procesos de selección inmediatamente anteriores, el **LP-AG-130-2016** y el **SASIP No. 002-045-2017**, decidieron presentar ofertas en el proceso **LP-AG-153-2017**. Y, la segunda, corresponde con que se verificó que, a diferencia de los anteriores procesos, en el proceso de selección **LP-AG-153-2017** los investigados rivalizaron entre ellos por la adjudicación de las **ZONAS** ofertadas. En efecto, sus propuestas coincidieron en las **ZONAS** con independencia de si se trataba de **ZONAS PREFERENTES** o no, situación que, posterior a la adjudicación, redundó en la eficiencia del gasto público al propender por el ahorro obtenido propio de un escenario de competencia.

De acuerdo con lo anterior, el último hecho constitutivo del acuerdo anticompetitivo por acción o por omisión que se tiene en cuenta es la fecha en la cual venció el término para presentar propuestas en el proceso de selección **LP-AG-153-2017**. En particular porque fue a partir de ese momento que se observó que los investigados presentaron ofertas competitivas, donde la mayoría no aplicaron el criterio de **ZONAS PREFERENTES**, por lo tanto, fue a partir de ese momento donde los investigados decidieron participar y competir en apego a la ley para no quedarse por fuera del contrato **PREB** del año 2017. En consecuencia, la fecha en la cual venció el término para presentar propuestas dentro del proceso de selección **LP-AG-153-2017** tuvo lugar el 27 de octubre de 2017, fecha en la que se pudo verificar el rompimiento del esquema anticompetitivo y la efectiva competencia por **ZONAS** que finalizó con la adjudicación el 30 de noviembre de 2017.

Teniendo en cuenta lo anterior, en los términos de la Ley 1340 de 2009, la facultad sancionatoria de esta Superintendencia caducaría el 27 de octubre de 2022. No obstante, se debe tener en cuenta la suspensión de términos ordenada por esta Superintendencia, la cual, fue decretada mediante la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020⁴⁸ con ocasión de la pandemia del **COVID-19**. Términos que, posteriormente, fueron reanudados el 12 de junio de 2020 mediante la Resolución No. 28182 de 2020⁴⁹. En consecuencia, la caducidad de la facultad sancionatoria para el presente caso, teniendo en cuenta los hechos anteriormente descritos, fenecía el 11 de enero de 2023, situación que no ocurrió puesto que la Resolución Sancionatoria y fue notificada a los investigados entre el 6 y el 17 de junio de 2022⁵⁰.

Sobre la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia tomada a partir de lo ocurrido en el proceso de selección **LP-AG-153-2017**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (representante legal de **IBEASER**) consideró en el recurso de reposición presentado que la facultad caducó el 18 de octubre de 2021, en la medida que el proceso de selección **LP-AG-153-2017** no debió ser tenido en cuenta al haber sido el proceso en el que se reanudó la competencia. Por su parte, **LA CAMPIÑA**, **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) indicaron que mal hacía esta Superintendencia en tomar como fecha de culminación del acuerdo anticompetitivo el proceso de

⁴⁸ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 12169 de 2020.

⁴⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28182 de 2020.

⁵⁰ Consecutivo 2050 del Cuaderno Público Electrónico del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

selección **LP-AG-153-2017**, en razón a que estos investigados no participaron en el proceso de selección.

Al respecto, cabe resaltar que, como quedó demostrado en la Resolución de Sanción, los investigados –dentro de los que se encuentran los recurrentes arriba mencionados– hicieron parte del esquema anticompetitivo que incluyó la disminución de presiones competitivas en los procesos de selección, así como su participación en la concertación para boicotear los procesos de selección que fueron adelantados a través de los **IAD**. En particular, aunque **LA CAMPIÑA** y **SPRESS** –y su controlante y representante legal suplente– afirmaron que no se presentaron en el proceso de selección **LP-AG-153-2017**, se evidenció que fue en este proceso en el que los investigados participantes reanudaron la competencia por **ZONAS** en los procesos adelantados por la **SED**. De allí, que esta Superintendencia concluyera que por lo menos, desde ese momento, y en lo que se refiere a estos hechos materia de investigación, tuvo su culminación el acuerdo anticompetitivo.

En el segundo escenario expuesto en la Resolución Sancionatoria (ii) se consideró que, si dado el caso, no se tuviera en cuenta la entrega de las propuestas en el proceso de selección **LP-AG-153-2017** –como prueba de la reanudación de la competencia y culminación del acuerdo anticompetitivo–, sino la fecha de la última prueba que da cuenta del acuerdo a través del boicot dirigido a los procesos de selección adelantados por la **SED** a través de **IAD**, la caducidad de la facultad sancionatoria tampoco habría operado. En efecto, de acuerdo con el material probatorio recaudado por esta Superintendencia, como se explicó en detalle en la Resolución Sancionatoria, se concluyó que hubo intercambio de información entre los investigados, se coordinaron para la redacción y publicación de distintos comunicados en medios de comunicación, presentaron tutelas en contra de la entidad contratante, entre otras actuaciones, con el fin de ejecutar una estrategia de presión a la **SED** para que el nuevo modelo de contratación del **PREB** fuera un fracaso. Como se dijo en su momento, esto resultó en la declaratoria de desierto del proceso de selección **LP-AG-130-2016** de donde derivó el proceso de selección **002-045 de 2017**.

Con el fin de verificar si ha operado la caducidad respecto de la conducta continuada en la que incurrieron los investigados bajo el segundo parámetro, esta Superintendencia analizó los mensajes de datos contenidos en (a) el chat de WhatsApp que tuvo lugar el 20 de abril de 2017; y (b) el correo electrónico con fecha de 29 de mayo de 2017 que fue circulado entre **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) y algunos de los investigados, mediante el grupo de chat con nombre “**ASOPROVAL**”⁵¹. Estos mensajes de datos dieron cuenta del actuar anticompetitivo destinado a sabotear el nuevo modelo de contratación del **PREB** a través de los **IAD**, actuación que provocó, al no participar los investigados y entorpecer su funcionamiento, que se declarara desierto el proceso de selección **LP-AG-130-2016**. Al ser declarado desierto el proceso inicial, la **SED** tuvo que, posteriormente, adelantar otra convocatoria para tratar de adjudicar la prestación del servicio en las **ZONAS** que se habrían ofrecido en un primer momento, en consecuencia, se abrió el proceso de selección **002-045 de 2017**.

En efecto, para este Despacho resulta claro que el actuar de los investigados afectó la contratación del **PREB** en los mercados analizados y, como tal, los intereses colectivos –en este caso los correspondientes a los niños de escasos recursos y menos favorecidos– que protege la libre competencia económica en las fechas anotadas.

Así pues, en este escenario, que daría cuenta del último hecho probado del comportamiento anticompetitivo del acuerdo imputado, la caducidad de la facultad sancionatoria para los facilitadores y los agentes del mercado investigados que estuvieron inmersos en la **repartición del mercado y en el boicot de los procesos de selección por IAD adelantados por la SED** sería, primero, el 20 de abril de 2022 en lo que concierne al chat de WhatsApp y, segundo, el 29 de mayo de 2022 en lo que al correo electrónico circulado por **ASOPROVAL**. No obstante, se debe tener cuenta de la

⁵¹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: EL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

suspensión de términos decretada por esta Superintendencia mediante la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020⁵² con ocasión de la pandemia del **COVID-19**. Términos que, posteriormente, fueron reanudados el 12 de junio de 2020 mediante la Resolución No. 28182 de 2020⁵³. Situación que permitiría determinar que, en este segundo escenario, el término de caducidad fenecería el **5 de julio de 2022**, si se tiene en cuenta la conversación encontrada, y el **13 de agosto de 2022**, en lo que tiene que ver con el correo entre los integrantes de **ASOPROVAL**.

Ahora, en el tercer escenario analizado (iii) se dispuso que, se revisarían los procesos de selección en los cuales **todos los investigados habían participado**. Los cuales, corresponden con aquellos en que los investigados se repartieron las distintas zonas geográficas ofrecidas por la **SED**.

Para el efecto, esta Superintendencia analizó los últimos 2 procesos de selección que fueron objeto de repartición por parte de los investigados —esto es, antes de iniciar la concertación para boicotear los procesos de **IAD**—, los cuales corresponden con el **SED-SA-SI-DBE-002-2016** y el **SED-SA-SI-DBE-042-2016**. En estos procesos los investigados participaron a través del acostumbrado reparto de mercado para resultar adjudicatarios del mayor número de **ZONAS** posibles sin la necesidad de competir por cada una de ellas. Como resultado se observó que los investigados quedaron como oferentes únicos en las distintas **ZONAS** o, cuando participó más de un investigado por **ZONA**, simulaban competencia, lo que permitía que el ganador resultara adjudicatario sin que hubiera una contra oferta o puja y, por lo tanto, que la entidad contratante le adjudicara el contrato sin el descuento automático (correspondiente al 1,5% para oferentes únicos, que era superior al 0,5% indicado como mínimo cuando participaba más de un oferente por **ZONA**).

Debe recordarse, por ejemplo, que el proceso **SED-SA-SI-DBE-002-2016** —del cual derivó posteriormente el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016**— se encontró que hubo una ausencia de competencia por parte de los investigados, toda vez que el 40% de las **ZONAS** ofertadas fueron adjudicadas a los investigados en su calidad de proponentes únicos. Cabe anotar, que en este proceso de selección se evidenció que sí era posible competir por precio cuando coincidía más un oferente en cada **ZONA** y, que además, contrario a lo aducido por los investigados, sí era posible resultar adjudicatario por un margen de mejora superior al margen mínimo exigido por la Entidad (0,5%). Se debe recordar que en el proceso objeto de análisis del total de las ofertas presentadas solamente en 9 **ZONAS** coincidió más de un oferente, ya que se encontró que: (i) en las **ZONAS 9, 27 y 30** donde concurrió un agente investigado con terceros ajenos al acuerdo los porcentajes de ahorro alcanzados fueron desde el 0,5% hasta el 11,48%, así como también ocurrió en las **ZONAS 11 y 24** en la que concurrieron dos agentes ajenos al acuerdo y los porcentajes de ahorro fueron desde el 1,0% hasta el 4,97%; y (ii) en las **ZONAS 5 y 17** en las que compitieron **SPRESS** y **DISERAL** resultó adjudicatario **DISERAL** con un porcentaje de ahorro de tan solo el 0,5%, al igual que lo que sucedió en la **ZONA 28** en la que compitieron **SURCOLOMBIANA** e **IBEASER** donde el porcentaje de ahorro alcanzado también fue del 0,5%.

Lo explicado anteriormente le permite a este Despacho inferir que en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** se presentó la misma dinámica del acuerdo de repartición de **ZONAS** que se venía implementando por los investigados en los procesos del **PREB** que adelantaba la **SED** en el periodo comprendido entre 2007 y 2016 (momento en el que se desarrolló el proceso analizado), y que, como tal, no existían razones, por fuera del acuerdo anticompetitivo, que llevaran a los investigados a no competir por precio cuando coincidían en una misma **ZONA**.

Este Despacho reitera que la forma en la que se presentaban los investigados en los procesos de selección, la forma en que competían en el **PREB** y los beneficios obtenidos con el mantenimiento del reparto del mercado a través del tiempo da cuenta de la ejecución de la conducta anticompetitiva

⁵² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 12169 de 2020. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042020/res%2012169.pdf>.

⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28182 de 2020. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/062020/RES.%20LEVANTAMIENTO%20SUSPENSI%C3%93N%20T%C3%89RMINOS%20%282%29%20%281%29.pdf>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que les permitía resultar adjudicatarios del mayor número de **ZONAS** posibles sin la necesidad de competir por el mercado. Con esta forma de actuar evitaron la competencia entre ellos y, en algunos casos, simulaban competencia cuando coincidían en alguna de las **ZONAS** ofertadas. Por lo anterior, durante el tiempo que estuvo repartido el mercado, que se mantuvo hasta por lo menos el final del término de ejecución del último contrato ejecutado de los procesos producto de la dinámica anticompetitiva, esto es, los procesos de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** y **SED-SA-SI-DBE-042-2016**, la distribución ilícita del mercado entre los investigados permaneció vigente y se encontraba en plena ejecución⁵⁴.

Así las cosas, esta Superintendencia indicó que en el tercer escenario el cálculo de la facultad sancionatoria se tomaría desde la fecha final de ejecución del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016** que fue el 7 de abril de 2017, por lo tanto, los cinco (5) años deberían empezarse a contar a partir de esa fecha. No obstante, se debe tener en cuenta que el plazo establecido con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 fue suspendido mediante la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020⁵⁵ con ocasión de la pandemia del **COVID-19**, los cuales fueron reanudados el 12 de junio de 2020 mediante la Resolución No. 28182 de 2020⁵⁶, en consecuencia, la facultad sancionatoria fenecería el **22 de junio de 2022**.

Finalmente, en la Resolución Sancionatoria se desarrolló un cuarto escenario (iv) que trató el análisis de la caducidad de la facultad sancionatoria a partir de la fecha de liquidación de los últimos contratos que fueron suscritos por investigados producto del acuerdo anticompetitivo. Hipótesis que ha sido utilizada y desarrollada por esta Superintendencia en diferentes pronunciamientos. Así las cosas, se encontró que incluso bajo este escenario la caducidad de la facultad sancionatoria tampoco habría tenido lugar.

En este último escenario se parte de la identificación de cómo los colusores reciben los eventuales beneficios que podría generar el comportamiento ilegal, los cuales dependen de la clase de procesos de selección en los que se configure el acuerdo colusorio. Entre otras, si la colusión se presenta en el marco de procesos de selección segmentados en **ZONAS** o grupos, como los aquí investigados, los beneficios son recibidos por cada uno de los colusores de manera directa.

La experiencia a nivel mundial ha demostrado que, debido a la naturaleza del comportamiento sancionado y a los mecanismos procesales de selección en los que se desenvuelve, normalmente la colusión se configura por un conjunto de actividades que incluye, entre otras, la concertación sobre las condiciones en que los proponentes coludidos participarán en el proceso de selección correspondiente. Los actos que normalmente constituyen la colusión se extienden a lo largo de todas las etapas del proceso de selección e incluso se proyectan con posterioridad a la adjudicación y la celebración del contrato correspondiente, cuando esta ocurre en cabeza de alguno de los colusores. Precisamente, la jurisprudencia ha considerado que "(...) *la conducta contraria a la libre competencia, producto del acuerdo colusorio, se tipifica en (...) el efecto producido, tanto para el mercado como para el proceso contractual, situaciones que afectan la adjudicación final del contrato, efectos lesivos que incluso se extienden en su ejecución*"⁵⁷ (negrita fuera de texto).

Teniendo en cuenta lo anterior, en los procesos en los cuales las empresas que hicieron parte del cartel consiguieron la adjudicación del contrato, el término para contabilizar la caducidad empezará a correr desde la liquidación de este porque solo a partir de ese momento cesan las conductas pasivas por parte de los investigados y los demás miembros del cartel.

⁵⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 57600 del 28 de octubre de 2019.

⁵⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 12169 de 2020. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/042020/res%2012169.pdf>.

⁵⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28182 de 2020. Disponible en: <https://www.sic.gov.co/sites/default/files/normatividad/062020/RES.%20LEVANTAMIENTO%20SUSPENSIONI%20C3%93N%20T%20C3%89RMINOS%20%282%29%20%281%29.pdf>.

⁵⁷ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia del 23 de abril de 2015. Rad. No. 25000-23-41-000-2014-00680-00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Cabe destacar que será también hasta la liquidación del contrato cuando se mantenga la afectación a los principios de la libre competencia económica y de la contratación pública, debido a que el presupuesto destinado para adquirir los bienes y servicios contratados (el mercado) continúa agotándose en cabeza de un ganador ilegítimo e ilegal, excluyendo de dicho mercado a otros competidores. Los efectos adversos para la entidad estatal se mantienen hasta que se produce la terminación definitiva del contrato, y es también con la liquidación de este que cesan los beneficios económicos obtenidos ilegalmente.

De acuerdo con el anterior razonamiento, que fue expuesto en la Resolución Sancionatoria en el numeral 15.6.1., a continuación, se relacionan las fechas que dan cuenta de la contabilización del término de caducidad desde la fecha de liquidación del último contrato adjudicado por cada uno de los investigados. Lo anterior se presenta en la siguiente tabla:

Tabla No. 3. Último contrato ejecutado por los investigados

Contratista investigado	Último acto constitutivo de la colusión	Vencimiento del término de caducidad (sin tener en cuenta la suspensión de términos)	Vencimiento del término de caducidad (teniendo en cuenta suspensión de términos) ⁵⁸
AERODELICIAS	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI-DBE- 017-2015: 26 de mayo de 2017.	26 de mayo de 2022.	11 de agosto de 2022.
SERVICIAL	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI-DBE- 017-2015: 26 de mayo de 2017.	26 de mayo de 2022.	11 de agosto de 2022.
LA CAMPIÑA	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI- DBE-002-2016: 02 de agosto de 2017.	02 de agosto de 2022.	17 de octubre de 2022.
SURCOLOMBIANA	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI- DBE-042-2016: 02 de agosto de 2017.	02 de agosto de 2022.	17 de octubre de 2022.
DISERAL	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI- DBE-002-2016: 28 de agosto de 2017.	28 de agosto de 2022.	13 de noviembre de 2022.
IBEASER	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI- DBE-002-2016: 01 de septiembre de 2017.	01 de septiembre de 2022.	16 de noviembre de 2022.
SPRESS	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI- DBE-042-2016: 25 de enero de 2018. ⁵⁹	25 de enero de 2023.	10 de abril de 2023.
CATALINSA	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI- DBE-002-2016: 05 de febrero de 2018.	05 de febrero de 2023.	20 de abril de 2023.
LIBER	Liquidación del contrato derivado del proceso SED-SA-SI- DBE-002-2016: 27 de diciembre de 2018.	27 de diciembre de 2023.	12 de marzo de 2024.

Fuente: Elaboración Superintendencia de conformidad con la información que integra el Expediente.

⁵⁸ Para el cálculo de esta fecha, se tuvo en cuenta la suspensión del término de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración para los procesos sancionatorios por prácticas restrictivas de la libre competencia soportadas en las Resoluciones No. 12169 del 31 de marzo de 2020 y 28182 de 2020.

⁵⁹ **SPRESS** firmó 3 contratos derivado de este proceso de selección. Con el fin de verificar si ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de la conducta continuada en la que incurrió **SPRESS** durante el período investigado, la Delegatura tomó la fecha que más le favorece a la empresa para calcular el término de la caducidad, esto es, la fecha del acta de liquidación más próxima al vencimiento de tal término.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Con fundamento en lo anterior, se evidencia que no ha operado la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia puesto que, una vez analizada la conducta para cada uno de los investigados, se encuentra que la Resolución Sancionatoria fue proferida el 6 de junio de 2022 y notificada entre el 6 de junio de 2022 y el 17 de junio del mismo año⁶⁰. Por lo tanto, en los términos del artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 la facultad sancionatoria no había caducado para los investigados que fueron sancionados.

Sobre este último escenario, algunos recurrentes señalaron que no debería tenerse en cuenta la fecha de liquidación del contrato sino la fecha de adjudicación del contrato. Para el efecto, indicaron que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁶¹, en procesos administrativos sancionatorios por la comisión de una conducta de colusión en contratación pública, sostuvo que el término de caducidad de la facultad sancionatoria empezaba a contabilizarse desde la fecha en la que se profiera el acto de adjudicación, por cuanto *“nunca podrá extenderse más allá del acto administrativo por el cual se adjudique el contrato estatal”*. Al respecto, agregaron que no podría tomarse la fecha de liquidación de los contratos como referente para la contabilización de la caducidad debido a que para esa fecha la Entidad contratante no habría realizado pago alguno por la ejecución del contrato, por el contrario, el pago se habría consumado con anterioridad a la liquidación del contrato. De acuerdo con lo anterior, los presuntos *“beneficios obtenidos ilegalmente”* habrían tenido lugar con anterioridad a la liquidación del contrato.

Al respecto, este Despacho evidencia que se trata de una sentencia proferida en primera instancia por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En particular, se debe llamar la atención en que las consideraciones expuestas en la referida providencia judicial obedecen a las particularidades fácticas del caso sometido a control judicial y, particularmente, a los asuntos que se pretendían dilucidar en esa oportunidad. En consecuencia, al realizar una lectura aislada e inconsulta del contexto fáctico en que se suscitaron los pronunciamientos judiciales para pretender su aplicación o extensión al presente caso, puede generar una interpretación errada sobre el correcto entendimiento de la configuración de la conducta y, como tal, sobre caducidad de la facultad sancionatoria.

A modo de ejemplo, a partir de una revisión de la sentencia de primera instancia del 9 de julio de 2015 se advirtió que la referencia jurisprudencial citada por los recurrentes para fundamentar la supuesta configuración de la caducidad es un caso con particularidades fácticas distintas al presente caso. En efecto, en dicha oportunidad el Tribunal Administrativo de Cundinamarca señaló que:

“En el asunto bajo estudio la conducta reprochable se inició desde el mismo momento en que se realizaron las llamadas entre los diferentes representantes de las empresas con el fin de buscar la forma de descalificar las propuestas (...) teniendo como momento de concreción la expedición del acto de adjudicación, pues con el mismo se consumó la lesión de la libre competencia (...)” (subrayado y negrita fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, el citado Tribunal con el fin de determinar cuándo se configuraba la caducidad de la facultad sancionatoria obedeció al momento de inicio y concreción de la *“conducta reprochable”*, que, en particular, fue objeto de análisis en los actos administrativos enjuiciados en esa ocasión. Lo anterior, debido a que el componente fáctico estudiado era completamente diferente al desarrollado por la Resolución Sancionatoria en el presente caso, esto es, que los hechos que motivaron la sanción no se concretaron de forma previa, concomitante y posterior a la adjudicación de los contratos derivados de los procesos de contratación pública adelantados. A lo anterior debe sumarse que, tan solo algunos meses antes, el mismo Tribunal Administrativo de Cundinamarca consideró en un caso de colusión en contratación pública mediante sentencia del 23 de abril de 2015, que:

⁶⁰ Consecutivo 2050 del Cuaderno Público Electrónico del Expediente.

⁶¹ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sentencia del 9 de julio de 2015. Rad. No 25000-23-41-000-2013-02040-00; y Sentencia del 27 de octubre de 2016. Rad. No. 25000-23-41-000-2013-02171-00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"(...) claramente el ordenamiento jurídico colombiano dispone herramientas tanto para su promoción, como para la prevención y sanción de prácticas que restrinjan este derecho para quienes tengan interés legítimo en la adjudicación de un negocio jurídico con una entidad pública. En efecto, el Decreto 2153 de 1992 en su artículo 47 consigna como conducta reprochable los acuerdos contrarios a la libre competencia.

*De lo anterior se desprende que **la conducta contraria a la libre competencia, producto del acuerdo colusorio, se tipifica en i) la fijación del acuerdo colusorio, ii) el propósito de alterar el proceso de selección contractual, manifestado a través de acciones de los concordantes tendientes a obtener el fin deseado, y iii) el efecto producido, tanto para el mercado como para el proceso contractual, situaciones que afectan la adjudicación final del contrato, efectos lesivos que incluso se extienden en su ejecución**" (subrayado y negrita fuera de texto original).*

Como puede observarse, es evidente que en ciertos casos la conducta contraria a la libre competencia producto del acuerdo colusorio se tipifica en el efecto producido, tanto para el mercado como para el proceso contractual, situaciones que afectan la adjudicación final del contrato y, por obvias razones, tienen "*efectos lesivos que se extienden en su ejecución*", como en este caso.

De tal modo que los motivos que llevaron al Tribunal Administrativo de Cundinamarca a concluir en la providencia judicial referida por los recurrentes que la liquidación del contrato no haría parte del acuerdo, es cuando la conducta reprochable se agota en el acto de adjudicación, por las particularidades propias del caso analizado en esa oportunidad. Siendo esto así, no es posible acceder a las postulaciones de los recurrentes de extender las consideraciones de las providencias judiciales referidas, a efectos de declarar la caducidad de la facultad sancionatoria en el presente caso por el hecho incontrovertible de que no resultan aplicables.

Por lo tanto, los argumentos de los recurrentes a partir de los cuales pretenden desconocer el carácter continuado de la conducta sancionada no tienen ningún mérito de prosperidad, por cuanto en el presente caso la conducta está configurada por esquemas complejos que no necesariamente se agotan en un solo momento, sino que se prolongan en el tiempo, ya que su funcionamiento incluyó la celebración de un acuerdo anticompetitivo que contuvo diferentes dinámicas y estrategias. Este actuar anticompetitivo se ejecutó de manera prolongada puesto que se materializó antes, durante y con posterioridad a la adjudicación de los procesos de selección, tanto en los que se dividían por **ZONAS** como aquellos que fueron adelantados a través de los **IAD**.

En conclusión, tal como se advirtió en la Resolución Sancionatoria, los elementos de prueba expuestos permiten corroborar que existió un acuerdo anticompetitivo con vocación de permanencia que se prolongó en el tiempo —conducta que tuvo un carácter continuado o de tracto sucesivo—. Lo anterior, con sustento en que el acuerdo no se consumó en un único momento o de forma instantánea, sino que se desarrolló sin solución de continuidad a través de diferentes comportamientos sucesivos que involucraron distintos actores con la finalidad de desplegar varias estrategias, las cuales, estuvieron dirigidas a la consecución de un propósito específico. En este caso, tenía como fin limitar la libre competencia económica en procesos de contratación pública adelantados por la **SED** entre 2007 y 2017.

Así las cosas, se rechazan por completo los argumentos presentados por los recurrentes respecto de la supuesta falta de competencia temporal debido a que operó la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia de Industria y Comercio.

8.2.1. Consideraciones del Despacho sobre la suspensión de términos ordenada mediante la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020 que afectaría la caducidad de la facultad sancionatoria

AERODELICIAS coadyuvado por **SERVICIAL**, [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**) y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

AERODELICIAS y SERVICIAL) cuestionaron el análisis de la caducidad contenido en la Resolución Sancionatoria, pues, en su concepto, no existía claridad de la existencia de una suspensión de términos con ocasión de la emergencia sanitaria causada por el **COVID-19**. En concepto de los investigados, por un lado, hasta que no se hubiese efectuado la publicación del acto administrativo en el diario oficial no podía iniciarse el conteo de la suspensión de términos de las actuaciones administrativas sancionatorias en curso y, por otro lado, que en la medida en que la Resolución No. 12169 de 2020⁶² fue modificada por la Resolución No. 16978 de 2020⁶³, el término de suspensión no iniciaría desde el 1 de abril de 2020, sino a partir del 17 de abril de 2020.

SURCOLOMBIANA y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) manifestaron que la suspensión de los términos –de prescripción y caducidad– a la que habilitó el Decreto Legislativo 564 de 2020 no opera en el ejercicio de la potestad disciplinaria de acuerdo con lo afirmado por la Comisión Nacional de Disciplina Judicial el 4 de agosto de 2021.

LA CAMPIÑA señaló que la suspensión de términos realizada sería indicativa de que *"no existe ninguna justificación concreta para que el proceso se suspendiera como consecuencia de la emergencia sanitaria y que ese término simplemente se utiliza para justificar la demora de la SIC en tomar una decisión"*.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En primer lugar, la Resolución No. 12169 de 2020 fue proferida con ocasión del Decreto 491 del 28 de marzo de 2020 expedido por el Gobierno Nacional. Este Decreto tenía como finalidad garantizar la atención y la prestación de los servicios por parte de las autoridades en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado inicialmente mediante Decreto 417 del 17 de marzo de 2020. De acuerdo con lo anterior, a través del artículo 6 del Decreto 491 de 2020 –declarado exequible mediante la Sentencia C-242 del 9 de julio de 2020– se previó que hasta que permaneciera el estado de Emergencia Sanitaria vigente las autoridades administrativas podrían suspender los términos de las actuaciones administrativas mediante acto administrativo.

En esa medida, encontrándose habilitada esta Superintendencia para hacerlo, la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020 ordenó:

*"**SUSPENDER** los términos de las actuaciones administrativas sancionatorias y disciplinarias en curso, que se surten ante las dependencias de esta Superintendencia, desde el 1 de abril de 2020 y hasta la vigencia del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretada por el Presidente de la república, fechas en que no correrán los términos legales, incluidos los de caducidad de la facultad sancionatoria de la administración prevista de manera general en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en las normas especiales aplicables a las actuaciones de la Superintendencia de Industria y Comercio" (subrayado y negrita fuera de texto).*

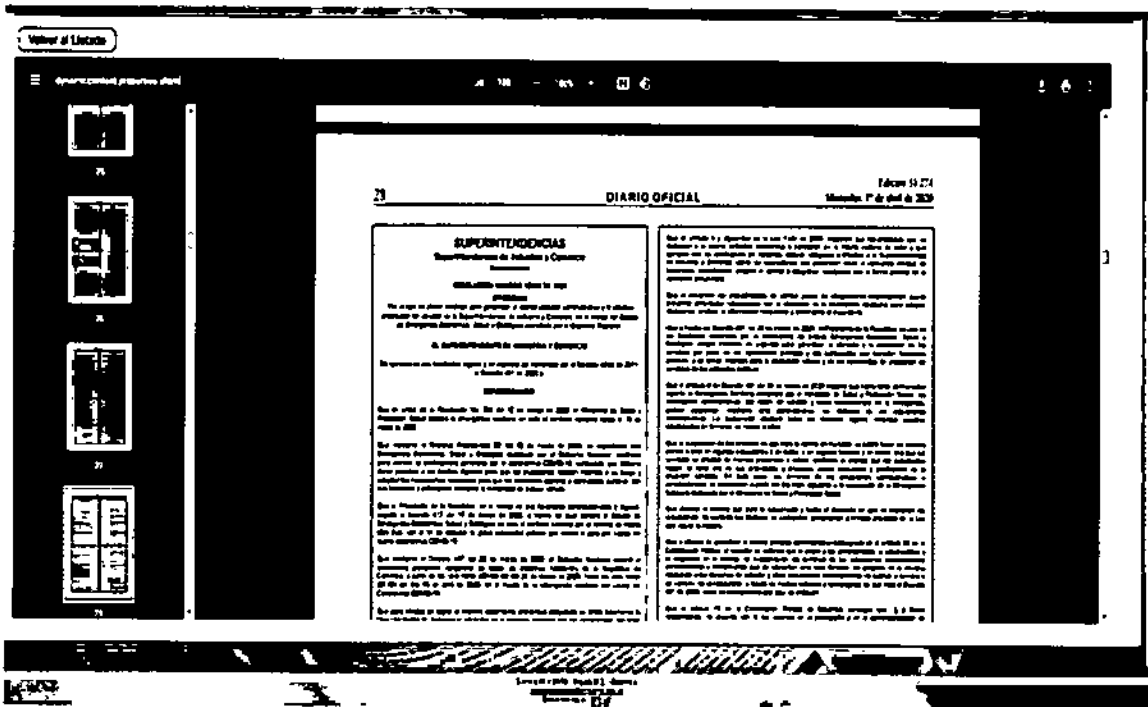
Con sujeción al artículo 4 del mencionado acto administrativo, la Secretaría General de esta Superintendencia, a través del Grupo de Trabajo de Notificaciones y Certificaciones, efectuó la publicación de la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020 en el Diario Oficial No. 51.274 del 1 de abril de 2020, tal como se muestra a continuación:

Imagen No. 3. Publicación en Diario Oficial de la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020

⁶² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 12169 de 2020.

⁶³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 16978 de 2020.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



Fuente: <http://svrpubindc.imprenta.gov.co/diario/view/diariooficial/consultarDiarios.xhtml>.

En consideración de lo anterior, y de conformidad con el artículo 6 de la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020, dicho acto administrativo "rige a partir de la fecha de su publicación", esto es, a partir del 1 de abril de 2020.

Ahora bien, en relación con la expedición de la Resolución No. 16978 del 15 de abril de 2020 "por la cual se modifica la Resolución 12169 del 31 de marzo de 2020" sostuvo **AERODELICIAS, SERVICIAL**, [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**) y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) que dicha Resolución tuvo por objeto modificar la fecha de inicio de suspensión de términos. En concepto de estos investigados, la Resolución No. 16978 del 15 de abril de 2020 dispuso que la suspensión de términos iniciaba desde el 17 de abril de 2020 y no desde el 1 de abril de 2020.

Cabe advertir, que, nuevamente, los investigados antes mencionados parten de una premisa equivocada, esto es, que la Resolución No. 16978 del 15 de abril de 2020 habría dejado sin efectos a la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020. No debe perderse de vista que mediante la Resolución No. 16978 del 15 de abril de 2020 no se dejó sin efectos la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020, sino que a través de esta se modificó el artículo primero de la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020. La modificación no estaba ligada a dejar sin efectos la suspensión de términos iniciada el 1 de abril de 2020, pues, no debe perderse de vista que la suspensión de términos se encontraba ligada a la vigencia del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica que fue decretada por el Gobierno Nacional.

Por lo tanto, en consideración a que la suspensión de términos se encontraba ligada a la vigencia del estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica, la Superintendencia de Industria y Comercio mediante la Resolución No. 16978 del 15 de abril de 2020 se sostuvo que, dada la finalización de la primera declaración de Estado de Emergencia –que tenía una vigencia de treinta (30) días de acuerdo con el Decreto 417 del 17 de marzo de 2020–, la suspensión de términos continuaría también después del 17 de abril de 2020. Lo anterior, en consideración al artículo 6 del Decreto 491 de 2020, a la declaración de emergencia sanitaria decretada inicialmente mediante Resolución No. 385 del 12 de marzo de 2020⁶⁴ –prorrogada mediante Resolución No. 844 del 26 de

⁶⁴ "Por la Cual se declara la emergencia sanitaria por causa del Coronavirus COVID-19 y se adoptan medidas para hacer frente al virus".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

mayo de 2020⁶⁵– y el Decreto 531 expedido el 8 de abril de 2020. Este último Decreto fue el que ordenó la ampliación del aislamiento preventivo en todo el territorio nacional a partir de las cero horas (00:00 a.m.) del día 13 de abril de 2020 hasta las cero horas (00:00 a.m.) del 27 de abril de 2020, que había sido ordenado inicialmente mediante Decreto 457 del 22 de marzo de 2020.

Dicha interpretación, *per se* diáfana, fue también reconocida por el Consejo de Estado, quien al momento de realizar el control inmediato de legalidad de la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020⁶⁶ y la Resolución No. 16978 de 15 de abril de 2020⁶⁷ –de conformidad con los artículos 20 de la Ley 137 de 1994 y 136 del CPACA– sostuvo que las mismas se expidieron por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio dentro del marco de su competencia y de aquel propio del estado de excepción⁶⁸. Esto, debido a que *"el período de suspensión se estableció a partir del 1º de abril de 2020"* en la Resolución No. 12169 de 31 de marzo de 2020 y que, posteriormente, la Resolución No. 16978 del 15 de abril de 2020 modificó y amplió la vigencia de la medida de suspensión de términos de las actuaciones administrativas sancionatorias.

Así las cosas, concluyó el Consejo de Estado que:

"En suma, en el análisis de conexidad aupado en el control de comprobación jurídica, se evidencia que las decisiones adoptadas en la Resolución 12169 DE 31 DE MARZO DE 2020 y su prórroga mediante la RESOLUCIÓN 16978 DE 15 DE ABRIL DE 2020, en estudio, se relacionaron con los motivos que sirvieron de fundamento a la declaratoria del estado de excepción, su legislativo respectivo y, su finalidad estructural como es la de conjurar los efectos de contagio exponencial de la pandemia en grupos de personas que están en constante contacto en la entidad, como servidores, o que acuden a ésta, como usuarios.

*Por lo que las medidas analizadas establecidas a lo largo de las referidas Resoluciones escrutadas no contaron simplemente con un soporte legal, como se corroboró, pues, aunado a ello, resultaban eficaces –"vínculo instrumental"– para alcanzar los fines perseguidos por la declaratoria del estado de emergencia, circunscritos a remediar los efectos nocivos en la salud y en la vida de las personas"*⁶⁹ (subrayado y negrita fuera de texto).

En consideración de lo anterior, y tal como se expuso en la Resolución Sancionatoria, en el caso que nos ocupa la suspensión de términos fue decretada, en primera medida, por esta Superintendencia mediante la Resolución No. 12169 del 31 de marzo de 2020⁷⁰ desde el 1 de abril de 2020 hasta, según lo dictaminó la Resolución No. 28182 del 12 de junio de 2020⁷¹, el 16 de junio de 2020.

8.3. Consideraciones del Despacho sobre el argumento que establece la inexistencia de pruebas que den cuenta del acuerdo anticompetitivo

██████████ (gerente administrativo y financiero de IBEASER), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de IBEASER), **IBEASER, LIBER, JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de LIBER), **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal

⁶⁵ *"Por la cual se prorroga la emergencia sanitaria por el nuevo Coronavirus que causa la COVID - 19, se modifica la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, modificada por las Resoluciones 407 y 450 de 2020 y se dictan otras disposiciones"*.

⁶⁶ *"Por la cual se dictan medidas para garantizar el debido proceso administrativo y la efectiva prestación del servicio de la Superintendencia de Industria y Comercio, en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica decretado por el Gobierno Nacional"*.

⁶⁷ *"Por la cual se modifica la Resolución 12169 del 31 de marzo de 2020"*.

⁶⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de septiembre de 2020. Rad. No. 11001-03-15-000-2020-01289-00.

⁶⁹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 22 de septiembre de 2020. Rad. No. 11001-03-15-000-2020-01289-00.

⁷⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 12169 de 2020.

⁷¹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 28182 de 2020.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

suplente de **LIBER**), **CATALINSA**, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) señalaron que no existen pruebas directas que den cuenta de la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia con un grado de certeza superior a la duda razonable. Agregaron que, por el contrario, solamente existen "*conjeturas*" sobre algunos indicios, los cuales, en todo caso, no son prueba del acuerdo dirigido a alterar el resultado de los procesos de selección que adelantó la **SED**.

Los investigados referidos señalaron que a pesar de que esta Superintendencia concluyera que existió una presunta comunicación, reunión o acuerdo entre **SPRESS** y **SURCOLOMBIANA**, así como entre los demás investigados, existe una falta de evidencia que lo demuestre. En tal sentido, sostuvieron que falló al no cumplir con la carga de la prueba tendiente a exponer los indicios graves que demostraran la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre 9 empresarios con el fin de establecer los términos de reparto de **ZONAS** en 17 procesos de selección contractual. Sobre este particular afirmaron, por un lado, que no existe "*documento que dé cuenta de un acuerdo entre los investigados*" y, por el otro, que no puede aducirse que existió una actividad oculta de cartel y, al mismo tiempo, aseverar que la actividad oculta de cartel se hizo visible a través de la asociación **ASOPROVAL**.

Agregaron los recurrentes, que no existen elementos de prueba que determinen cuáles fueron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se ejecutó el acuerdo ni su contenido. Por el contrario, adujeron que sí existió competencia en los procesos de selección objeto de investigación. Añadieron, que utilizar como factores facilitadores de la conducta entre los investigados que haya proveedores comunes de insumos para atender los contratos derivados del **PREB** es un error, con sustento en que los alimentos requeridos en el **PAE** contaban con especificaciones técnicas elevadas que solamente cumplían pocos proveedores en el mercado.

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de **IBEASER**) añadió que esta Superintendencia no vulneró el debido proceso, puesto que las autoridades administrativas deben proporcionar una explicación razonada de su acción, donde establezcan una conexión entre los hechos probados en el proceso y la decisión a la que llegan. En su concepto, existen afirmaciones que carecen de sustento probatorio en razón a que ni siquiera existían las condiciones propicias para que la colusión fuera una estrategia viable.

Así las cosas, concluyeron los investigados mencionados en el presente numeral que, al existir ausencia de pruebas directas que den cuenta del acuerdo anticompetitivo, no deben ser sancionados debido a que esto es indicativo de la inexistencia de la conducta anticompetitiva.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En primer lugar, debe anotarse que las afirmaciones presentadas por algunos de los recurrentes, en relación con la existencia de un defecto fáctico en el presente caso por la supuesta ausencia de pruebas o una indebida valoración probatoria, resultan infundadas. Lo anterior, con sustento en que la Resolución Sancionatoria expuso los diferentes medios de prueba en los cuales fundamentó su decisión y, adicionalmente, explicó el ejercicio valorativo realizado sobre cada uno de ellos.

Vale la pena recordar que, en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. De acuerdo con el artículo 176 del CGP:

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*“Las pruebas deberán ser **apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos**” (subrayado y negrita fuera del texto).*

Sobre este particular la Corte Constitucional ha sostenido que:

*“(…) en el campo probatorio rige otro importante principio denominado ‘unidad de la prueba’, en virtud del cual se considera que **todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral**. La razón de ser del mismo es que **la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos** y se requiere, además de ella, **efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad** (...)”⁷² (subrayado y negrita fuera del texto).*

En el mismo sentido el Consejo de Estado ha señalado en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, que:

*“(…) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un **amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción** (...)”⁷³ (subrayado y negrita fuera del texto).*

Esta postura también ha sido adoptada por la Corte Suprema de Justicia, al indicar que:

*“(…) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (...). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero ‘... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso’** (G.J. t. CCVIII, pág. 151)”⁷⁴ (subrayado y negrita fuera del texto).*

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia también señaló que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto gira entorno a que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate. Lo anterior fue expuesto así:

*“(…) La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **supone ‘la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse’** (Casación Civil. Sentencia del 6 de junio de 1995)”⁷⁵ (subrayado y negrita fuera del texto).*

⁷² Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

⁷³ Consejo de Estado. Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. Rad. No. 20001-23-31-000-2003-01951-01.

⁷⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2004. Rad. No. S-086-2004 (7779).

⁷⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Rad. No. 11001-3103-022-1998-01485-01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En consecuencia, el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración en conjunto mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Por un lado, las reglas de la sana crítica han sido entendidas por la literatura especializada de la siguiente manera:

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

*El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento**"⁷⁶ (Negrita fuera de texto).*

Por su parte, las máximas de la experiencia han sido entendidas como *"la enseñanza adquirida por el uso, la práctica o el diario vivir, admitida como tal por un conglomerado social que se desenvuelve en similares circunstancias de tiempo modo y lugar"*⁷⁷. Que permiten *"elaborar enunciados que impliquen generalizaciones para fijar ciertas reglas con pretensión de universalidad, expresadas con la fórmula 'siempre o casi siempre que se da A, entonces sucede B'"*⁷⁸.

Así, debe ponerse de presente que las conclusiones del Despacho en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia de un acuerdo anticompetitivo en los procesos de selección contractual cuyo objeto fueron los **PREB**⁷⁹, fueron el resultado de un análisis integral, conjunto y no fraccionado del material probatorio que reposa dentro del Expediente.

En segundo lugar, adicional al argumento que no existió material probatorio que sustentara la decisión tomada, los investigados cuestionaron la existencia del acuerdo por cuanto no existían pruebas directas y, las que fueron presentadas en las distintas resoluciones a lo largo del proceso, eran meramente indiciarias. Sobre este particular, se reitera que esta Superintendencia ha establecido en anteriores oportunidades⁸⁰ que para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia no se exige necesariamente la existencia de pruebas directas. Por el contrario, lo usual es que se corrobore la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia a través de pruebas de carácter indirecto, indiciarias o circunstanciales, por cuanto la naturaleza de las prácticas anticompetitivas tiende a ser oculta por lo que los indicios no solo constituyen un medio de prueba, sino la manera más idónea para hacerlo.

Según el Consejo de Estado, los indicios son medios de prueba indirectos en donde el juez, en este caso la Superintendencia de Industria y Comercio, tiene ante sí unos hechos probados a partir de los cuales debe establecerse otros hechos, mediante la aplicación de reglas de la experiencia, o principios técnicos o científicos *"En pocos términos, el indicio es una prueba que construye el juez*

⁷⁶ Couture, Eduardo J. (1962). *"Fundamentos de derecho procesal civil"*. Ediciones Depalma. Citado por la Corte Constitucional en Sentencia C-622 de 1998.

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 21 de noviembre de 2002. Rad. No.16.472; Sentencia del 21 de julio de 2004. Rad. No. 26.128; y Sentencia del 15 de septiembre de 2010. Rad. No. 34.372.

⁷⁸ Álvarez Gómez, M.A. (2017). *"Ensayos sobre el Código General del Proceso"*. Medios Probatorios. Volumen III. Editorial Temis. Bogotá.

⁷⁹ Correspondientes a 19 procesos de contratación pública adelantados por la **SED** en el periodo comprendido entre 2007 y 2017.

⁸⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 68972 de 2013; 12156 de 2019; 79924 de 2021; entre otras.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

con apoyo en la lógica, partiendo de la existencia de unos hechos debidamente acreditados en el proceso"⁸¹.

Para este caso, el hecho consistente en que la conducta investigada fuese probada a partir de una serie de indicios en nada le quita su veracidad o valor, pues debe recordarse que las pruebas indiciarias son un elemento probatorio reconocido dentro del ordenamiento nacional. De hecho, el artículo 242 del **CGP**, en concordancia con el artículo 176 del **CGP**, obliga al juzgador a valorar los indicios *"en conjunto, teniendo en consideración su gravedad, concordancia y convergencia, y su relación con las demás pruebas que obren en el proceso"*.

En conclusión, este Despacho encontró elementos de prueba (indicios) que, valorados en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, corroboraron que los investigados realizaron un acuerdo restrictivo de la competencia con el fin de adjudicarse los procesos de selección que adelantó la **SED** en un periodo determinado de tiempo. Por lo tanto, no es admisible el argumento de los investigados referidos en el presente numeral que busca restarle valor a un medio probatorio reconocido por el ordenamiento nacional, en este caso la prueba indiciaria, para no tener que justificar una serie de situaciones que, lejos de corresponder a simples coincidencias y al azar, evidentemente muestran una conducta coordinada que buscó falsear la libre competencia económica en distintos mercados cuyo objeto era la contratación del **PREB**.

8.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la capacidad de planta y demás criterios técnicos solicitados en los pliegos de condiciones como supuestos factores que explicarían la poca probabilidad de coordinación entre competidores

Los recurrentes que se presentarán a continuación afirmaron que uno de los criterios considerados para presentarse o abstenerse de hacerlo en uno o varios procesos de selección del **PREB** era la **CAPACIDAD DE PLANTA**, en conjunto con el estudio de los criterios técnicos que se solicitaban en los pliegos de condiciones.

AERODELICIAS afirmó que las decisiones de participación estuvieron basadas en su *"capacidad de planta"* y en *"si era atractivo desde el punto de vista financiero"* el proceso de selección, por lo tanto, dado que su capacidad de planta oscilaba entre 65.000 y 97.000 refrigerios, de los cuales le fue adjudicada la entrega de 34.000 y 69.000 refrigerios, no tenía interés en presentarse en **ZONAS** de menor capacidad. Adicionalmente, señaló que la experiencia y los altísimos niveles de cumplimiento que tenía la compañía, acompañados de la solidez financiera y la integración vertical, le permitía ofrecer mejor calidad al menor precio. Por lo tanto, nunca tuvo necesidad de hacer acuerdos con sus competidores que no estaban a su nivel de capacidad administrativa y financiera.

SURCOLOMBIANA indicó que su **CAPACIDAD DE PLANTA** oscilaba sobre los 38.000 refrigerios y como prueba de ello señaló que se presentó en los procesos **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, **SED-SA-SI-DBE-001-2014** y **SED-SA-SI-DBE-017-2015** conforme con su capacidad de planta se lo permitía, así como las consideraciones técnicas y de conveniencia.

LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) manifestó que el material probatorio obrante en el Expediente permite acreditar que la elección de las **ZONAS** por parte de **SURCOLOMBIANA**, en cada uno de los procesos en lo que participó y que fueron objeto de investigación, obedeció a factores asociados, principalmente, con su capacidad de planta para producir refrigerios. Por lo tanto, indicó que la **CAPACIDAD DE PLANTA** de **SURCOLOMBIANA** era definida en consideración al momento de presentarse a las **ZONAS** ofertadas. Finalmente, la recurrente alegó que esta Superintendencia malinterpretó que **SURCOLOMBIANA** resultara adjudicatario en varios procesos como único oferente, toda vez que desconocían esa situación antes de presentarse.

⁸¹ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 10 de julio de 2013. Rad. No. 52001-23-31-000-2002-01619-01 (27913).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

LA CAMPIÑA afirmó que la **CAPACIDAD DE PLANTA** que le asignó la Delegatura no corresponde con las que efectivamente tenía la empresa, situación que le llevó a concluir de manera errónea que hacían parte de un acuerdo para repartirse **ZONAS** en los procesos de selección. Además, argumentó que: (i) la **CAPACIDAD DE PLANTA** que fue utilizada en el análisis de varios procesos de selección no corresponde con la que efectivamente tenía la empresa. En su concepto, este "enorme error", cuyo origen desconoce, da a entender que la evaluación realizada por la Delegatura es equivocada; (ii) que dadas las limitaciones de capital de trabajo que tenían nunca tuvo la capacidad para contratar que se supone en el Informe Motivado; (iii) para la compañía la utilidad de todos estos años propuesta por la **SED** en los diferentes pliegos de condiciones, presentada y detallada por la firma **MURANO**, y aceptada por la esta Superintendencia, estuvo en promedio en algo más del 2%. Estos márgenes hacen que su posibilidad de bajar precios fuera pequeña y que los ahorros en algunos costos, por pequeños que parecieran, le resultaban significativos.

Con el fin de sustentar lo anterior, **LA CAMPIÑA** se refirió a los análisis de la **CAPACIDAD DE PLANTA** de los procesos de selección en los cuales participó, en particular, para cada uno de esos explicó las razones por las cuales escogió las **ZONAS** en las que presentó oferta al interior de los procesos de selección **SED-LP-DBE-001-2009**, **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, **SED-SA-SI-DBE-017-2015** y **SED-SA-SI-DBE-002-2016**. Adicionalmente, sostuvo que era razonable tener como criterios de elección de **ZONAS** la ubicación cerca de la planta respecto de la zona a adjudicar, el volumen de refrigerios y la capacidad instalada de planta, al igual que otros como el precio de venta de refrigerio, su composición y la capacidad de trabajo. Señaló que debía tenerse en cuenta que la tasa de retorno era baja, al punto que existieron márgenes de rentabilidad bajos e incluso negativos para la compañía en los procesos del **PREB**. De allí que el costo de transporte no fuera insignificante, sino que, por el contrario, constituía uno de los pocos rubros de la relación de costos en que la eficiencia de la empresa se podía capitalizar.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En primer lugar, con respecto a los argumentos expuestos por **AERODELICIAS**, **SURCOLOMBIANA** y **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) correspondientes a que las decisiones sobre la elección de **ZONAS**, al interior de los procesos del **PREB**, estuvieron basadas en la **CAPACIDAD DE PLANTA** de las compañías, se aclara que esos alegatos fueron respondidos en la Resolución Sancionatoria, numerales **15.6.7.2.**, **15.6.7.3.** y **15.6.7.4.** En particular, en el acto administrativo referido se concluyó que la elección de las **ZONAS**, fueran **PREFERENTES** o **NO PREFERENTES**, no estuvo directamente relacionado con la **CAPACIDAD DE PLANTA**, sino tuvo que ver con una actuación concertada producto del acuerdo anticompetitivo desarrollado por los investigados.

Dicha afirmación se sustenta en que este Despacho evidenció que los investigados realizaron diversas acciones y omisiones, todas ellas conectadas, continuadas e implementadas en el tiempo para evadir ilegítimamente la competencia y mantenerse en el **PREB** como los mayores adjudicatarios durante, al menos, el período objeto de investigación. Entre ellas, (i) se coordinaron para asignarse los diferentes grupos en los procesos por **ZONAS** y por tanto adjudicarse los contratos; (ii) se coordinaron para evitar la competencia en los diferentes procesos; (iii) se coordinaron para mantenerse en el mercado y ser asignatarios de los contratos más grandes dentro de los diferentes procesos; y (iv) se coordinaron para mantener la estructura ilícita del acuerdo frente a los cambios de la entidad contratante con el fin de evitar que la estructura de los procesos se modificara en perjuicio de sus intereses. Por su parte, (v) **ASOPROVAL** sirvió de escenario común de concertación; (vi) fue instrumentalizada con fines anticompetitivos por parte de sus miembros y allegados con la finalidad de boicotear algunos de los procesos de selección adelantados por la **SED**; y (vii) actuó por fuera de los límites constitucionales y legales del derecho de asociación.

Dentro de las actuaciones desarrolladas por los investigados se observó, por un lado, que presentaron oferta a distintas **ZONAS** sin existir preferencia por alguna **ZONA** –con sus respectivas

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

localidades—. En efecto, **IBEASER, CATALINSA, DISERAL, LIBER** se presentaron a todas las **ZONAS** del proceso de selección, sin distinción de elegirlas con base en el criterio de **ZONAS PREFERENTES**. En el caso particular de **FDB y SURCOLOMBIANA**, presentaron oferta tanto a **ZONAS PREFERENTES** como **ZONAS** no preferentes. Por otro lado, tampoco se evidenció el uso del criterio denominado **CAPACIDAD DE PLANTA** para la elección de **ZONAS**, fundado en la circunstancia de que dichos participantes se presentaron a todas las **ZONAS** dispuestas por la **SED** y **CCE** para el almacenamiento, ensamble y distribución de los refrigerios escolares en el marco del **PREB**. Al respecto, debe mencionarse que solo **SURCOLOMBIANA** y **AERODELICIAS** se habrían presentado a las **ZONAS** que podían atender según el uso óptimo de sus capacidades de planta operativas disponibles (**ZONA 5** y **ZONAS 3 y 7**, respectivamente). Esto evidenció de manera clara que la competencia al interior de estos procesos de selección contractual era posible, ya que podían participar en las **ZONAS** que quisieran, sin que fuera un impedimento.

De conformidad con lo anterior, la Delegatura presentó un modelo econométrico, encaminado a determinar que, incluso al utilizar el criterio del azar, la competencia hubiera sido inevitable. En la misma línea, aun utilizando el criterio de capacidad de planta, la coincidencia de propuestas hubiera sido inevitable, a menos que mediara un comportamiento coordinado entre los investigados.

Al respecto, se recuerda que la valoración probatoria en conjunto que se realizó mediante la comprobación de varios aspectos. Así, para desarrollar este análisis se presentaron las pruebas y datos sobre la ausencia de competencia por las **ZONAS** entre los proponentes investigados. Este comportamiento no fue discutido por los proponentes investigados. Por el contrario, procuraron justificarlo, mediante la presentación de unos criterios que, según los proponentes investigados, habían utilizado durante su participación en el **PREB** para decidir la **ZONA** por la cual presentaron. De esta manera, con fundamento en sus propias declaraciones, descargos y pruebas recaudadas (lo que implicó el decreto de una prueba de oficio), esta Superintendencia validó si efectivamente esos criterios fueron utilizados para determinar la elección de **ZONAS**. Si esto era así, el comportamiento tendría una explicación razonable y diferente a la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Esta Superintendencia analizó las pruebas y confirmó que esos criterios no fueron utilizados para decidir (en el caso del criterio denominado **CAPACIDAD DE PLANTA**) o no reportaron los beneficios que dijeron haber recibido cuando lo utilizaron para decidir (**ZONAS PREFERENTES**). Teniendo en cuenta lo anterior, continuó en la búsqueda de pruebas que explicaran el comportamiento evidenciado (ausencia de competencia). De esta forma, se encontró abundante evidencia indiciaria que demuestra que existieron múltiples oportunidades para que la ausencia de competencia fuera producto de un comportamiento coordinado entre los proponentes investigados.

En definitiva, este Despacho concluye que, a pesar de lo afirmado por los investigados durante el transcurso del proceso administrativo, no lograron acreditar el supuesto de hecho en el cual fundaron sus defensas. Esto es, que la elección de las **ZONAS** o grupos de los procesos de selección investigados a los que presentaron sus ofertas obedeció a criterios objetivos.

En conclusión, toda vez que los argumentos presentados por los recurrentes no lograron controvertir las conclusiones de la Resolución Sancionatoria, en relación con la existencia del acuerdo, este Despacho procederá a confirmar que los criterios de decisión expuestos por los investigados no resultaron acreditados. Esto fue corroborado con los análisis realizados frente a las observaciones presentadas por algunos de los investigados. Así, quedó demostrado que la asignación de **ZONAS** sin competencia se explica en la existencia de un acuerdo entre los proponentes investigados durante el periodo estudiado. De esta manera, los análisis sobre los criterios de decisión de **ZONAS** confirmaron el acuerdo anticompetitivo.

Adicionalmente, a continuación, se presentarán las conclusiones a las que llegó este Despacho en la Resolución Sancionatoria al momento de analizar los argumentos presentados por los investigados relacionados sobre la **CAPACIDAD DE PLANTA** y las **ZONAS PREFERENTES**, con las cuales buscaron justificar el resultado presentado en los procesos de selección. Estas

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

conclusiones no fueron desvirtuadas en esta actuación, y permiten afirmar que las decisiones de los investigados no tuvieron explicación en aspectos objetivos.

"(...)"

- *El margen de utilidad promedio obtenido por los contratos derivados de los procesos de selección investigados y ejecutados en **ZONAS NO PREFERENTES** fue mayor al obtenido en las **ZONAS PREFERENTES**. Este resulta ser el caso de **LA CAMPIÑA, AERODELICIAS, SERVICIAL, LIBER, DISERAL** y **CATALINSA**, 6 de los 9 proponentes investigados.*
- *La participación porcentual promedio del costo de transporte de los **INVESTIGADOS** osciló entre 2,14% y 4,39% en contraste con la participación porcentual promedio de los insumos de los menús la cual se ubicó entre 64,53% y 80,53%.*
- *Si bien la Delegatura solicitó documentos que dieran cuenta de la relación entre el criterio de elección de **ZONAS PREFERENTES** y la disminución del riesgo de imposición de multas por parte de la **SED** que afectara la utilidad proyectada, por un lado, los **INVESTIGADOS** no entregaron la información con el detalle requerido para llevar a cabo un análisis exhaustivo; por el otro, aunque **LA CAMPIÑA** aportó un dictamen pericial, memoriales y documentos relativos a este asunto, las conclusiones indican que las pérdidas en la utilidad esperada son el resultado de mayores costos de insumos y disminución del número de refrigerios requeridos. Por lo anterior, se desvirtúa la afirmación correspondiente a que uno de los beneficios económicos de contar con **ZONAS PREFERENTES** era mitigar riesgos por descuentos asociados a un eventual incumplimiento en tiempos de entrega y deterioros de los productos.*
- *El ejercicio de comparación realizado por la Delegatura entre el costo de transporte de atender **ZONAS PREFERENTES** y el costo de transporte en el cual se incurre para atender **ZONAS NO PREFERENTES** demostró que, aunque existen diferencias medidas en puntos porcentuales, estas fueron mínimas contrario a lo afirmado por los **INVESTIGADOS**. En efecto, la diferencia porcentual más grande fue de tan solo 1,08 puntos porcentuales.*
- *Incluso, se demostró la existencia de casos en los cuales, por mencionar algunos ejemplos, **AERODELICIAS, SERVICIAL, LA CAMPIÑA, LIBER** y **DISERAL**, atendiendo una **ZONA NO PREFERENTE** con un mayor número de sedes educativas registraron una participación porcentual del costo de transporte menor respecto a la misma variable en una **ZONA PREFERENTE** con menor número de sedes educativas. Este punto, en particular, dista de la racionalidad de los **INVESTIGADOS** en cuanto a economías de escala respecta.*
- *En el curso de la presente actuación, en los expedientes no se encontraron documentos u otros elementos de prueba que dieran cuenta que las empresas, salvo contadas excepciones, tomaran la decisión con fundamento a la capacidad operativa de planta disponible (**CAPACIDAD DE PLANTA**).*
- *Específicamente, de acuerdo con los análisis realizados por la Delegatura en la sección 2.3.4. del Informe Motivado, otro hubiese sido el escenario de competencia donde inevitablemente los **INVESTIGADOS** tenían que haberse cruzado, encontrado o competido en diferentes **ZONAS** de haberse guiado por la **CAPACIDAD DE PLANTA**".*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En segundo lugar, con relación con los argumentos expuestos por **LA CAMPIÑA** referentes al criterio de **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa y el supuesto comportamiento económico racional que utilizó en los procesos del **PREB** para la elección de las **ZONAS** –cuyo argumento estuvo dirigido a desacreditar el análisis realizado por esta Superintendencia y los datos obtenidos–, este Despacho realizó un ejercicio con el fin de analizar y debatir lo expuesto. Dicho ejercicio contempló tanto el criterio de **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa como el de **CAPITAL DE TRABAJO**, y evidenciará lo que pudo haber ocurrido si el investigado hubiese tenido en cuenta las variables en mención para los procesos de selección **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, **SED-SA-SI-DBE-017-2015** y **SED-SA-SI-DBE-002-2016**.

Para ello, este Despacho realizó un ejercicio económico en el cual tuvo en consideración la información disponible en el Expediente, los informes de evaluación de la **SED** y/o propuestas presentadas por los proponentes en cada proceso de selección, las respuestas a los requerimientos de información por parte de la **SED** y, finalmente, la identificación del comportamiento económico racional que los proponentes investigados afirmaron haber realizado en el contexto de presentación de propuestas en el **PREB** para tomar decisiones óptimas. Asimismo, el ejercicio propuesto, que a continuación será presentado, tuvo en cuenta la cantidad de refrigerios a proveer y los presupuestos oficiales asociados con la totalidad de **ZONAS** de los procesos de selección sujeto de análisis.

Dicho lo anterior, este Despacho describirá, en primer lugar, la metodología utilizada para el análisis realizado y, en segundo lugar, se desarrollará el ejercicio propuesto y se presentarán los resultados derivados del mismo.

8.4.1. Descripción de la metodología

Previo a la realización del ejercicio señalado, es importante precisar que el criterio de **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa se divide en tres categorías, a saber:

- i. *Instalada*, la cual corresponde a la capacidad total de la planta con la que cada proponente cuenta para el desarrollo de su actividad económica;
- ii. *Disponible (residual o sobrante)*, esto es, aquella proporción de la **CAPACIDAD DE PLANTA** instalada que tiene cada proponente en un determinado momento del tiempo y/o al momento de presentarse a un proceso de selección contractual; y,
- iii. *Ofrecida*, la cual indica la **CAPACIDAD DE PLANTA** por la que opta cada proponente y que no necesariamente coincide exactamente con la **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa instalada o disponible (residual o sobrante).

Así las cosas, podría configurarse alguno de los tres siguientes escenarios:

- i. El proponente tiene toda la **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa instalada disponible;
- ii. El proponente solo cuenta con una proporción (diferente al 100%) de la **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa instalada para participar en uno o varios procesos de selección.
- iii. El proponente ofrece su participación para atender una o varias **ZONAS** y esta decisión no necesariamente coincide exactamente con su **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa instalada o disponible (residual o sobrante).

En ese sentido, este Despacho tomó en cuenta la información correspondiente a la **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible (residual o sobrante) relacionada en los informes de evaluación de la **SED** y/o en las propuestas entregadas por los proponentes en cada uno de los procesos de selección en el marco del **PREB**. Por su parte, el **CAPITAL DE TRABAJO** residual corresponde a aquella porción del **CAPITAL DE TRABAJO** sobrante al momento en que cada proponente investigado se presenta a una o varias **ZONAS** de cada proceso de selección. Finalmente, se tomó en consideración el número de refrigerios requeridos y el presupuesto oficial asignado para las **ZONAS** de cada proceso de selección analizado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sumado a ello, para el cálculo de las combinaciones posibles de **ZONAS** a atender este Despacho tuvo en cuenta las condiciones establecidas en los pliegos de condiciones respecto al número de **ZONAS** en las que cada proponente podía participar y las que podía quedar adjudicatario. Así, cada combinación de prepuesto oficial fue multiplicado por el porcentaje de **CAPITAL DE TRABAJO** exigido en los pliegos de condiciones de cada proceso de selección analizado de tal manera que se obtuviera el valor económico de cada combinación.

Luego, a la **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible del investigado se le sustrajo la cantidad de refrigerios a suministrar para cada una de las combinaciones calculadas en el presente análisis. Así las cosas, el mínimo número de refrigerios sobrantes después de que **LA CAMPIÑA** hubiere utilizado su **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible correspondería a la **ZONA** o combinación de **ZONAS** a las que habría podido presentarse cada uno de ellos.

Por su parte, al **CAPITAL DE TRABAJO** del proponente se le sustrajo el valor económico correspondiente al porcentaje establecido en los pliegos de condiciones en cada proceso de selección para cada una de las combinaciones calculadas. Así, la menor diferencia indicaría la **ZONA** o combinación de **ZONAS** a las que se habría podido presentar el recurrente.

Con ello, este Despacho busca analizar de manera conjunta ambos criterios de selección que indique cual es la **ZONA** o combinación de **ZONAS** que represente una decisión óptima.

8.4.2. Resultados obtenidos

Una vez descrita la metodología utilizada para el presente ejercicio, a continuación, este Despacho expondrá cada uno de los escenarios correspondientes a, primero, lo que sucedió en realidad dentro de los procesos de selección. Y, segundo, lo que pudo haber sucedido si **LA CAMPIÑA** realmente hubiese tenido en cuenta los criterios de **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible y de **CAPITAL DE TRABAJO** para los procesos objeto de análisis, que corresponden al **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, **SED-SA-SI-DBE-017-2015** y **SED-SA-SI-DBE-002-2016**.

8.4.2.1. Proceso de selección SED-SA-SI-DBE-019-2013

En este proceso de selección, **LA CAMPIÑA** se presentó a la **ZONA 8** donde la cantidad de refrigerios escolares que se iba a atender era de 42.632 y cuyo **CAPITAL DE TRABAJO** residual correspondía a \$1.916.661.157.

Desarrollada la metodología descrita en el ejercicio propuesto en el numeral **8.4.1.** del presente acto administrativo, se encontró que:

- La **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible de **LA CAMPIÑA** era 65.347 refrigerios escolares.
- El **CAPITAL DE TRABAJO** de **LA CAMPIÑA** era \$4.012.669.275.
- Si se tienen en cuenta los valores presentados, se puede determinar que **LA CAMPIÑA** pudo haberse presentado a la combinación de las **ZONAS 6** (31.527) y **12** (33.790) cuya sumatoria de refrigerios escolares es por consiguiente de 65.317 y cuyo **CAPITAL DE TRABAJO** residual correspondía a \$800.612.927.
- Por lo anterior, se puede concluir que la ineficiencia asignativa⁸² es de 22.685 (65.317 - 42.632) refrigerios escolares y \$1.116.048.230 (1.916.661.157 - 800.612.927).

⁸² Se considera que una situación es eficiente desde el punto de vista asignativo cuando una firma maximiza su nivel de producción al menor costo posible, en comparación con el resto de las alternativas disponibles (Farrell, 1957). En este caso, la **ZONA** o las **ZONAS** a las cuales se presentaron los recurrentes no correspondían a aquellas que ni maximizaban sus beneficios ni maximizaban el bienestar social, toda vez que podían presentarse a un mayor número de **ZONAS** y por ende abarcar una población mayor— con un menor capital de trabajo residual. De este modo, las

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

8.4.2.2. Proceso de selección SED-SA-SI-DBE-001-2014

En este proceso de selección, **LA CAMPIÑA** se presentó a la **ZONA 16** donde la cantidad de refrigerios escolares que se iba a atender era de 42.877 y cuyo **CAPITAL DE TRABAJO** residual correspondía a \$1.707.473.415.

Desarrollada la metodología descrita en el ejercicio propuesto en el numeral **8.4.1.** del presente acto administrativo, se encontró que:

- La **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible de **LA CAMPIÑA** era de 104.000 refrigerios escolares.
- El **CAPITAL DE TRABAJO** de **LA CAMPIÑA** era de \$ 4.012.669.275.
- Si se tienen en cuenta los valores presentados, se puede determinar que **LA CAMPIÑA** pudo haberse presentado a la combinación de las **ZONAS 14** (23.482) y **20** (47.056) cuya sumatoria de refrigerios escolares es por consiguiente de 70.538 y cuyo **CAPITAL DE TRABAJO** residual correspondía a \$198.087.323.
- Por lo anterior, se puede concluir que la ineficiencia asignativa es de 27.661 (70.538 – 42.877) refrigerios escolares y \$1.509.386.092 (1.707.473.415 - 198.087.323).

8.4.2.3. Proceso de selección SED-SA-SI-DBE-017-2015

En este proceso de selección, **LA CAMPIÑA** se presentó a las **ZONAS 11** (24.479) y **13** (26.099) donde la sumatoria de las cantidades de refrigerios escolares que se iba a atender era 50.578 y cuyo **CAPITAL DE TRABAJO** residual correspondía a \$255.756.778.

Desarrollada la metodología descrita en el ejercicio propuesto en el numeral **8.4.1.** del presente acto administrativo se encontró que:

- La **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible de **LA CAMPIÑA** era de 312.000 refrigerios escolares.
- El **CAPITAL DE TRABAJO** de **LA CAMPIÑA** era de \$3.262.449.187.
- Si se tienen en cuenta los valores presentados, se puede determinar que **LA CAMPIÑA** pudo haberse presentado a la combinación de las **ZONAS 6** (26.463) y **20** (28.264) cuya sumatoria de refrigerios escolares es de 54.727 y cuyo **CAPITAL DE TRABAJO** residual correspondía a \$20.260.555.
- Por lo anterior, puede concluirse que la ineficiencia asignativa es de 4.149 (54.727 – 50.578) refrigerios escolares y \$235.496.223 (255.756.778 - 20.260.555).

8.4.2.4. Proceso de selección SED-SA-SI-DBE-002-2016

En este proceso de selección **LA CAMPIÑA** se presentó a las **ZONAS 4** (24.397) y **12** (22.318) donde la sumatoria de las cantidades de refrigerios escolares a atender era 46.715 y cuyo **CAPITAL DE TRABAJO** residual correspondía a \$150.507.672.

Desarrollada la metodología descrita en el numeral **8.4.1.** del presente Acto Administrativo se encontró que:

- La **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible de **LA CAMPIÑA** era de 312.000 refrigerios escolares.
- El **CAPITAL DE TRABAJO** de **LA CAMPIÑA** era de \$3.262.449.187.

decisiones de los agentes, desde la perspectiva económica, no resultaron ser racionales, provocando pérdidas irre recuperables de eficiencia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Si se tienen en cuenta los valores presentados, se puede determinar que **LA CAMPIÑA** pudo haberse presentado a la combinación de las **ZONAS 2 (24.582) y 4 (24.397)** cuya sumatoria de refrigerios escolares era por consiguiente 48.979 y cuyo **CAPITAL DE TRABAJO** residual correspondía a \$16.307.466.
- Por lo anterior, puede concluirse que la ineficiencia asignativa es 2.264 (48.979 – 46.715) refrigerios escolares y \$134.200.206 (150.507.672 - 16.307.466).

8.4.3. Conclusiones del análisis

En síntesis, si se incorporan los criterios de **CAPACIDAD DE PLANTA** operativa disponible y de **CAPITAL DE TRABAJO** se puede observar que las **ZONAS** escogidas por **LA CAMPIÑA** no respondieron a una elección económica racional, puesto que existían otras posibilidades que pudo haber utilizado y que le hubiera dado más oportunidades de ganar en una o más **ZONAS**. Dicha situación desvirtúa el uso de los criterios de elección antes mencionados como mecanismo óptimo de selección de **ZONAS**.

Por todo lo anterior, este Despacho no encuentra mérito en los argumentos presentados por **LA CAMPIÑA, AERODELICIAS, SURCOLOMBIANA y LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN**. Además, se insiste, tal como ya se ha dicho en este acto administrativo, en que la ausencia de competencia entre los investigados –durante el periodo objeto de estudio– tiene como explicación la existencia de un acuerdo restrictivo de la libre competencia, cuyo objeto era la repartición de las **ZONAS** de los distintos procesos de selección que llevo a cabo la **SED** y que tenía como objeto contractual el **PREB**.

8.5. Consideraciones del Despacho sobre la participación de AERODELICIAS en el acuerdo anticompetitivo sancionado

AERODELICIAS, coadyuvado por **SERVICIAL**, [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**) y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**), negó su participación en el cartel sancionado en la Resolución Sancionatoria con fundamento en que la empresa no tenía la necesidad de asociarse con otra sociedad para obtener mejores resultados en los procesos de contratación del **PREB**. Al respecto, afirmó que **CATALINSA** la reconocía como una empresa grande en las pujas y, que el hecho de que esa compañía u otras sociedades se abstuvieran de participar o competir contra ella, era una decisión empresarial de sentido común y de conservación que no le pueden ser atribuibles. Igualmente, justificó que existían incentivos para las empresas "más pequeñas" al asignarles las **ZONAS** que no habían sido atendidas previamente o que no habían sido atendidas por participantes menos sólidos.

Manifestó que es una empresa con solidez financiera, capacidad para ofrecer un producto de calidad al menor precio, contaba con compañías vinculadas que le permitían distribuir el producto de forma más eficiente y nunca incumplió sus obligaciones contractuales. Por lo que no tenía ningún sentido que se coordinara debido a que era poco probable que otra compañía tuviera la capacidad administrativa y financiera para ser más eficiente.

Adicionalmente, indicó que no tuvo participación en el supuesto acuerdo con fundamento en que, primero, no hizo parte de **ASOPROVAL**, a pesar de que esta asociación la invitó junto con **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) a ser parte de la junta directiva –invitación que fue rechazada por ambos– y, segundo, señaló que ninguna de las pruebas o comportamiento endilgados pueden ser usados en su contra. Como tal, la falta de oferentes en los procesos de selección se debió a la propia estructuración de los procesos de selección y no a los contratistas, por lo que no puede endilgarse la falta de competencia de la **SED**.

Finalmente, señaló que no hubo detrimento del erario por cuanto la entidad contratante pagó por los refrigerios el valor correspondiente al presupuesto oficial.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En primer lugar, este Despacho considera que si bien es cierto que el recurrente tenía una buena **CAPACIDAD DE PLANTA** disponible quedó demostrado en el trámite del proceso su responsabilidad en el acuerdo colusorio. En particular, en la Resolución Sancionatoria se corroboró que en el marco de los procesos del **PREB** compartió información sobre observaciones y pliegos de condiciones con otros investigados y, además, acordó no competir en los procesos de selección. En el Expediente obran varias pruebas que confirmaron el cruce de información con otros competidores –también investigados y sancionados–, como por ejemplo se evidencia en el correo electrónico que **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) le envió a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) que tiene incluido el documento "**OBSERVACIONES PLIEGO sed.docx**". Dicho mensaje se presenta a continuación:

Imagen No. 4. Correo electrónico del 22 de abril de 2010 compartido entre GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (controlante de AERODELICIAS y SERVICIAL) y JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de IBEASER)⁸³

From:	juan carlos [REDACTED]
Sent:	4/22/2010 1:29:35 PM +0000
To:	[REDACTED]
Subject:	<u>RV: OBSERVACIONES PLIEGO sed</u>
Attachments:	<u>OBSERVACIONES PLIEGO sed.docx</u>

Sent from my BlackBerry® wireless device

From:	"Gustavo Donado" [REDACTED]
Date:	Wed, 21 Apr 2010 18:02:57 -0500
To:	[REDACTED]
Subject:	OBSERVACIONES PLIEGO sed

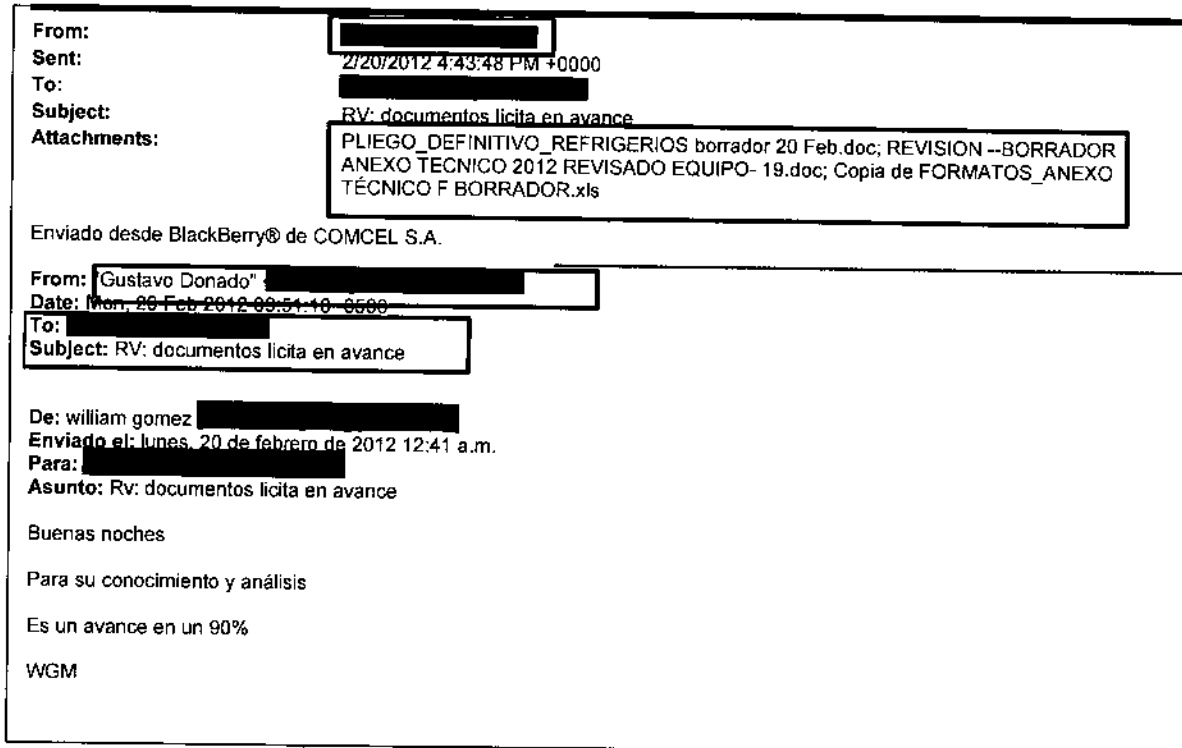
Fuente: Información que integra el Expediente.

De igual forma, se encontró un correo electrónico entre **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) y **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) en el que compartieron la revisión conjunta del pliego de condiciones y anexos técnicos alusivos a un proceso de selección cuyo objeto contractual era el **PREB**. Lo anterior, tal como se evidencia en el siguiente mensaje de datos:

Imagen No. 5. Correo del 20 de febrero de 2012 circulado entre GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (controlante de AERODELICIAS y SERVICIAL) y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (controlante de DISERAL)

⁸³ Información compartida por los investigados en la ejecución del proceso de selección **SED-LP-DBE-001-2009** para la vigencia de 2010.

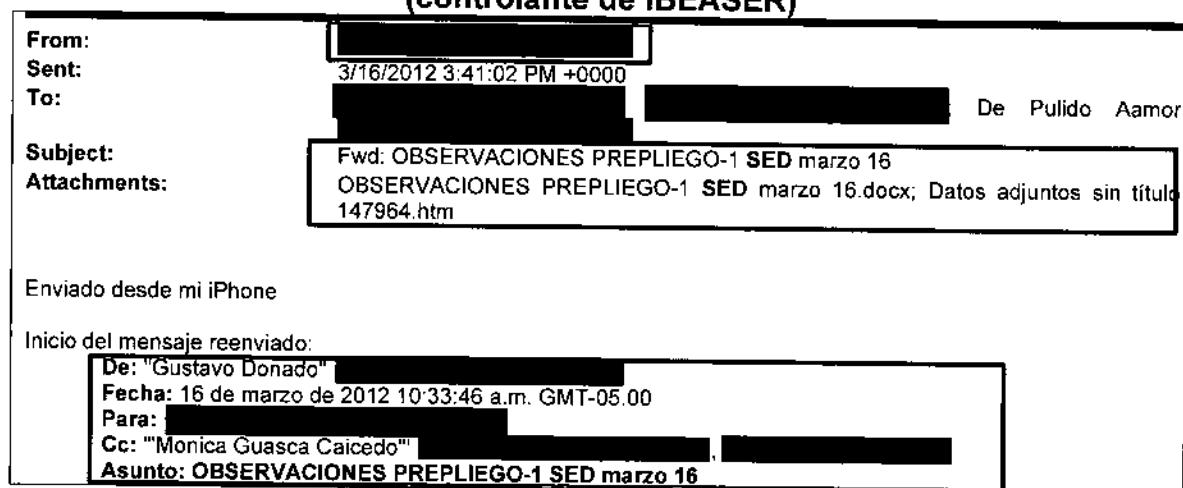
"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



Fuente: Información que integra el Expediente.

En línea con lo anterior, se encontró otro correo electrónico remitido por **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) a **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) y a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), del 16 de marzo de 2012, en el que compartió unas observaciones formuladas al proyecto de pliego de condiciones del proceso de selección **SED-LP-DBE-004-2012**.

Imagen No. 6. Correo electrónico del 16 de marzo de 2012 entre GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (controlante de AERODELICIAS y SERVICIAL), JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (controlante de DISERAL) y JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de IBEASER)



Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo⁸⁴.

Conforme con los correos electrónicos expuestos, resulta evidente que el actuar del recurrente no se basó en la independencia e individualidad propia de un agente de mercado autónomo que toma sus propias decisiones. Por el contrario, **AERODELICIAS** se valía de la relación cercana con los otros investigados para tomar las determinaciones conjuntamente frente a los procesos del **PREB**.

⁸⁴ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: WEB-02-JAVIER-PULIDO.ad1/WEB-02:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB-02/[REDACTED].ost/[root]/Raiz Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: OBSERVACIONES PREPLIEGO-1 SED marzo 16. Object ID 2176786 de PAE 2.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Por otro lado, también se evidenció que, en los procesos de selección adelantados por la **SED** en el Mercado de Compras Públicas de la **BMC**, específicamente en el proceso denominado **BOLSA II 2012-2013**, se presentó un claro patrón de la dinámica anticompetitiva del acuerdo ejecutado por los investigados en el marco de los procesos de selección del **PREB**. Lo anterior fue expuesto en el numeral **15.5.2.2.** de la Resolución Sancionatoria en los siguientes términos:

*“[s]e observa que el operador **ALBERTO CAYCEDO BECERRA**, quien representaba los intereses de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**, aparentó interés por la **ZONA 6** pues solo realizó una postura de venta en relación con la postura inicial de compra, mientras que el operador de la entidad contratante y [REDACTED], operador común de **IBEASER**, **CATALINSA** y **DISERAL**, continuaron con el desarrollo de la operación a través de la presentación de las posturas de compra y venta correspondientes. Como resultado, **CATALINSA** terminó siendo la adjudicataria de la **ZONA 6**, sin que se presentara ninguna presión competitiva entre los investigados que habían sido habilitados para participar, ya que **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**, a través de su corredor, no presentaron posturas competitivas que mejoraran aquellas realizadas por **CATALINSA** mediante su operador, pues simplemente renunció a competir luego de presentar una sola postura de venta.*

*La forma en la que se desarrollaron las operaciones anteriormente descritas denota que los investigados, a pesar de coincidir en la presentación de ofertas por las mismas **ZONAS** del **PREB**, se abstuvieron de competir por la adjudicación de la operación y, en consecuencia, por la **ZONA** por la cual presentaron oferta. Esto también evidenció un intercambio o repartición de **ZONAS** entre los investigados, pues mientras que **AERODELICIAS** y **SERVICIAL** resultaron adjudicatarias de la **ZONA 21** sin presión competitiva por parte de **CATALINSA**, esta última resultó adjudicataria de la **ZONA 6** sin recibir ninguna presión por parte de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL** (...).”*

Los mensajes de datos antes presentados y el texto transcrito de la Resolución Sancionatoria evidencian que esta Superintendencia probó que el recurrente intercambió información con ciertos investigados durante la etapa precontractual de los procesos de selección y, además, tuvo una conducta estratégica y anticompetitiva en el proceso **BOLSA II** adelantado por la **BMC**. En este último proceso al presentarse en algunas **ZONAS**, pero sin entrar a competir realmente con los demás investigados. Circunstancia que funcionó a la perfección porque las **ZONAS** fueron adjudicadas sin presión competitiva y contraofertas que le permitieran a la Entidad contratante adjudicar con mejores descuentos sobre el presupuesto oficial.

Sobre **AERODELICIAS**, cabe recordar, que desempeñaba un doble rol con algunos de los agentes de mercado investigados, ya que eran competidores en los distintos procesos de selección y también tenían una relación proveedor-cliente de productos alimenticios. Sobre este último aspecto, **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) confirmó que **ALIMENTOS PIPPO**, que hacía parte del **GRUPO AERODELICIAS**, y **TRIGUS** proveían sus productos a diferentes proponentes de la **SED**, tanto investigados como no investigados⁸⁵. Al respecto, indicó que el recurrente era proveedor de lácteos para distintos agentes del mercado y, en algún momento, se puso a disposición de **DISERAL**, **SPRESS**, **IBEASER**, **LIBER** y **SURCOLOMBIANA**.

Los hechos descritos demuestran que existía una relación comercial muy fuerte entre **AERODELICIAS** y algunas empresas investigadas, lo que muestra una cercanía importante al momento de evaluar su comportamiento al interior de los procesos de contratación pública del **PREB**.

⁸⁵ Folio 9592 del Cuaderno Público 50 del Expediente. Declaración de **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA**. Minuto 2:39:37 a 2:39:57 y Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: 01_AERODELICIAS_GUSTAVO_DONADO.ad1/Users:C:\Users\gdona_000/outlook/Outlook.pst/Carpetaspersonales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/RE: RV: ESTADOS DE CUENTA SURCOLOMBIANA. Object ID 861057 de PAE 4.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Como si lo anterior no fuera muestra suficiente del grado de cercanía, **IBEASER**, **AERODELICIAS** y **DISERAL** constituyeron **COOK & CHILL S.A.S.** (en adelante “**COOK & CHILL**”)⁸⁶ que es empresa del sector de los alimentos. Los hechos presentados revelaron la cercanía y confianza entre los investigados, así como el ambiente cooperativo al momento de emprender proyectos juntos para prestar sus servicios en la industria alimentaria. Estos elementos que resultarían facilitadores para la coordinación del acuerdo anticompetitivo, más aún después de confirmar que **COOK & CHILL** fue en varias ocasiones proveedora de **AERODELICIAS**, **IBEASER** y **LIBER** en materia de insumos destinados a los refrigerios para los años 2013 a 2016, de acuerdo con las listas de proveedores elaboradas por la **SED**⁸⁷.

En segundo lugar, se tratará el argumento expuesto por **AERODELICIAS** conforme con el cual no hizo parte de **ASOPROVAL**⁸⁸ y, que, por lo tanto, esta Superintendencia no debía usar las pruebas endilgadas a esa asociación y sus agremiados. Al respecto, este Despacho señala que resulta improcedente lo pedido por **AERODELICIAS**, en razón a que en ningún momento se le han endilgado las pruebas que obran en contra de **ASOPROVAL** y sus agremiados, y en la Resolución Sancionatoria no se le acusó de pertenecer a esa asociación.

Es por esa razón que los argumentos propuestos por el recurrente no están llamados a prosperar, pues este Despacho se ha concentrado en analizar su responsabilidad de acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente sobre su actuar anticompetitivo en los procesos de selección del **PREB** y no por su posición de mayor empresario y por su **CAPACIDAD DE PLANTA** —que, si no hubiera tenido relación con los demás medios de prueba para evaluar la conducta desplegada, no se habrían analizado—.

En tercer lugar, sobre el argumento expuesto correspondiente a que la **SED** pagó el valor del presupuesto oficial por los refrigerios y, en consecuencia, no hubo detrimento al erario, se advierte que el comportamiento ejecutado por los investigados sí lesionó la eficiencia económica. Debido a que, como consecuencia del esquema del acuerdo, los participantes obtuvieron ganancias que no están justificadas desde un comportamiento competitivo. En efecto, el precio que les fue pagado por los refrigerios fue producto de un comportamiento restrictivo de la competencia que benefició los investigados, quienes, al no competir entre ellos, tuvieron la posibilidad de definir cuál descuento sobre el valor del presupuesto oficial preferían al momento de resultar adjudicatarios.

En síntesis, para este Despacho, es evidente que el comportamiento anticompetitivo no permitió que existiera un ahorro proveniente de la puja de participantes competitivos, lo que le hubiera permitido a la **SED** contratar el servicio de manera más eficiente en la relación calidad y precio. El comportamiento ilícito llevó a que los sancionados obtuvieran un excedente económico en detrimento del mercado y el bienestar de los usuarios del **PREB**, toda vez que ello ocurrió mediante un comportamiento que es reprochado por el régimen de protección de la libre competencia económica.

En consecuencia, dicha dinámica deriva en la lesión del Estado como consumidor de bienes y servicios, el cual, debido a las ineficiencias que supone el acuerdo corroborado en el marco de los procesos de selección del **PREB**, compró los productos sin obtener ahorros que se tendrían en un mercado en competencia. De esta manera, no resultan de recibo los argumentos planteados por **AERODELICIAS** en su recurso de reposición.

⁸⁶ **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (00:25:20): “Es una planta que usted cocina, el arroz, la carne y el plátano, y de manera inmediata cuando está eso muy caliente, le pega lo que se llama un golpe de frío. Esto es, la mete en unas condiciones térmicas. Eso es choque térmico, hace que entre en un estado de [...] desde un punto de vista microbiológico. Usted lo empaca y le dura 15 días en condiciones de temperatura fría. Entonces nos asociamos con un competidor nuestro [**JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**], y montamos lo que se llama **COOK & CHILL S.A.S.**”. Folio 6130 del cuaderno reservado No. 2 (disco 3). Visita administrativa a **AERODELICIAS**, el 13 y 14 de junio de 2017.

⁸⁷ Folio 5600 del Cuaderno Público 29.

⁸⁸ Asociación Colombiana de Empresas Proveedoras de Alimentos fue constituida oficialmente el 1 de junio de 2015, como consta en su Acta de constitución. Inscrita el 9 de junio de 2015 (S0048594) en la **CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**. Folios 685 a 788 del cuaderno público No. 4.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

8.6. Consideraciones del Despacho sobre la participación de SERVICIAL en el acuerdo anticompetitivo

SERVICIAL expuso que tuvo un rol inferior al que esta Superintendencia mencionó en los procesos de selección adelantados por la **SED**, debido a que su participación en las uniones temporales consistió en ayudar a la estructura plural que conformaba a cumplir con los indicadores financieros requeridos. Al respecto, **JORGE LUIS RANGEL ZUREK** (representante legal de **SERVICIAL**) recalzó que el recurrente era un socio estratégico minoritario que le servía a la unión temporal para poder cumplir con las condiciones financieras y de experiencia, ya que, como tal, la sociedad no tiene plantas de producción de productos para los refrigerios⁸⁹.

En línea con lo anterior, alegó que **AERODELICIAS** y **SERVICIAL** son un mismo agente de mercado, al pertenecer al mismo grupo empresarial, pero era **AERODELICIAS** quien tenía el protagonismo en los procesos adelantados por la **SED**, porque tenía mayor experiencia en los procesos de selección del **PREB**. También afirmó que no cuenta con un área de licitaciones públicas. Por lo tanto, los elementos probatorios que se aduzcan en contra de [REDACTED] (jefe de licitaciones de **AERODELICIAS**) no deben ser usados en su contra, ya que no tienen ninguna relación. Por esta razón, **SERVICIAL** solicitó al Despacho ser desligado de la responsabilidad que se le atribuye a **AERODELICIAS** para concluir que no hizo parte del cartel objeto de investigación.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Es importante resaltar que **SERVICIAL** pertenece al grupo empresarial denominado **GRUPO AERODELICIAS S.A.S.**, que está sujeto al control de **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) y al que también pertenece **AERODELICIAS**. Como tal, estas dos compañías participaron de manera conjunta en diferentes procesos de contratación del **PREB** a través de uniones temporales que conformaron entre ellas.

En particular, este Despacho reitera que las estructuras plurales en materia de contratación estatal (consorcios o uniones temporales) son una figura existente en el ordenamiento jurídico colombiano que carece de personería jurídica. Por este motivo, sus miembros mantienen su individualidad y responsabilidad solidaria durante todo el proceso de selección, viéndose directamente afectados por las acciones adelantadas por la estructura plural. Al respecto, el Consejo de Estado ha manifestado lo siguiente:

“Como se desprende de la norma recién citada, en el caso de la conformación de un consorcio o una unión temporal, no hay una participación accionaria o de cuotas de interés social por parte de sus integrantes, pues éstos no configuran un capital social sino que se unen, con su capacidad económica y técnica y su experiencia para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad estatal, asumiendo responsabilidad solidaria ante ésta.

No hay propiamente aportes de dinero, trabajos o bienes con la finalidad de constituir un capital común que sirva para desarrollar una actividad, por medio de un nuevo ente jurídico distinto de ellos, como sucede en la constitución de una sociedad, sino que cada uno conserva su individualidad jurídica y colabora con su infraestructura o parte de ella: personal, estudios, planos, diseños, sistemas, instalaciones, oficinas, tecnología, know-how, maquinaria, equipos, dinero, etc. Según las reglas internas del acuerdo, para elaborar la propuesta y si se les adjudica el contrato, para ejecutarlo.

⁸⁹ Consecutivo 2075 del Cuaderno Público Electrónico del Expediente. Página 6.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*El consorcio o la unión temporal no es una persona jurídica sino un número plural de contratistas que se integran para presentar una propuesta y celebrar un contrato con una entidad*⁹⁰ (subrayado fuera de texto).

De esta forma, se entiende que el consorcio o unión temporal son figuras asociativas utilizadas por contratistas que deciden juntar esfuerzos para presentar propuestas económicas en los diferentes procesos de selección adelantados por las entidades nacionales y ejecutar los contratos adjudicados, pero sin perder su individualidad frente a las propuestas presentadas y frente a las entidades contratantes.

En el mismo sentido, es importante mencionar que el artículo 7 de la Ley 80 de 1993 establece que, por medio de los consorcios, dos o más personas en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y del contrato. Por esta razón, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectarán a todos los miembros que conforman el consorcio⁹¹.

Sobre lo anterior, el Consejo de Estado también ha manifestado que:

*"La celebración de contrato estatal con un consorcio, está previsto por el Estatuto de Contratación cuando dos o más personas, naturales o jurídicas, (nacionales – públicas o privadas – o extranjeras) en forma conjunta presentan una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato, respondiendo solidariamente de todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato. **En consecuencia, las actuaciones, hechos y omisiones que se presenten en desarrollo de la propuesta y del contrato, afectan a todos los miembros que lo conforman (art. 7o. Ley 80 de 1993)**"*⁹² (negrita fuera de texto).

En este sentido, las normas vigentes sobre la materia disponen que la conformación de un consorcio para presentar una propuesta para la adjudicación, celebración y ejecución de un contrato con una Entidad estatal comporta la responsabilidad solidaria de sus integrantes por todas y cada una de las obligaciones derivadas de la propuesta y el contrato. De la misma manera, obligan al cumplimiento de las normas y principios que rigen los procesos de contratación estatal, como lo son los principios de legalidad y buena fe, los cuales en opinión del Consejo de Estado se materializan con un actuar diligente, prudente y de buena fe durante toda la etapa pre y post contractual⁹³.

Conforme con lo anterior, y según lo establecido por las normas y la jurisprudencia anteriormente citada, este Despecho encuentra suficientes elementos que evidencian que los integrantes del consorcio o unión temporal, individualmente considerados, están obligados a responder por el contenido de la propuesta económica presentada de la estructura plural de la cual hacen parte, y, por tanto, por la comisión de cualquier conducta ilegal y anticompetitiva como la investigada en el presente proceso. Por lo tanto, **SERVICIAL** y **AERODELICIAS** no pueden ser desligados de su responsabilidad dentro del acuerdo anticompetitivo, tal como solicitó el recurrente, y deben ser sancionados de forma individual por el contenido de las propuestas presentadas y por el comportamiento ejecutado por las estructuras plurales de las cuales hicieron parte.

Al respecto, cabe resaltar, que **AERODELICIAS** y **SERVICIAL** fueron unos de los contratistas con mayor monto de adjudicaciones en los procesos de selección del **PREB** entre 2007 y 2016, al resultar adjudicatarios de un monto total de \$113.547.638.910 lo que equivale a una participación respecto al total de los procesos de 8.45%. Si bien **AERODELICIAS** era quien tenía el protagonismo en los procesos del **PREB** y era quien tenía mayor porcentaje de participación dentro de las uniones

⁹⁰ Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 9 de octubre de 2003. Rad. No. 1513.

⁹¹ Ley 80 de 1993. Artículo 7.

⁹² Consejo de Estado. Sala de Consulta y Servicio Civil. Concepto del 30 enero de 1997.

⁹³ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del julio 28 de 2011. Rad. No. 66001-23-31-000-1999-00040-01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

temporales, no puede perderse de vista que **SERVICIAL** participaba de forma libre y consentida de los acuerdos que existían entre los diferentes investigados. Igualmente, **SERVICIAL** también tenía relaciones de cercanía con otros participantes.

Una prueba de la intervención de **SERVICIAL** en los negocios que hacía **AERODELICIAS** con otros investigados fue la creación de la empresa del sector de alimentos denominada **COOK & CHILL**. Esta compañía fue constituida en marzo de 2014, pero las conversaciones para su creación iniciaron, al menos, desde el 2013 entre **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) y **JORGE LUIS RANGEL ZUREK** (representante legal de **SERVICIAL**). Es de anotar que la representación legal de **COOK & CHILL** estuvo a cargo de [REDACTED] (anterior representante legal de **SERVICIAL**), circunstancia que confirma que **SERVICIAL** tuvo pleno conocimiento del actuar anticompetitivo propio y también del realizado por **AERODELICIAS**.

De acuerdo con la información obrante en el Expediente se evidenció que **SERVICIAL** participó en los procesos: (i) **LP-SED-SGO-001-2007** en donde resultó adjudicatario de 2 **ZONAS** del **PREB**; (ii) en el **LP-SED-SGO-005-2008** en donde resultó adjudicatario de dos 2 **ZONAS** del **PREB**; (iii) en el **SED-LP-DBE-001-2009** en donde resultó adjudicatario de 2 **ZONAS** del **PREB**; y (iv) en el **SED-LP-DBE3-020-2011** en donde resultó adjudicatario de dos 2 **ZONAS** del **PREB**. Sobre estos procesos se resalta que al interior de estos no hubo competencia con los otros investigados.

Adicionalmente, en los procesos de selección **BOLSA II (2012-2013)** y **BOLSA III (2013)**, adelantados a través de la **BMC**, **SERVICIAL** ejecutó el mismo comportamiento colusorio que desplegó en los procesos de los años anteriores, en donde se repartieron las **ZONAS** ofertadas entre los investigados participantes sin que existiera competencia entre ellos.

Por último, en los procesos bajo modalidad de selección abreviada por subasta inversa, entre 2013 y 2016, participó en los procesos: (i) **SED-SA-SI-DBE-019-2013** resultando adjudicatario de 1 **ZONA**; (ii) en el **PREB SED-SA-SI-DBE-110-2014** en el que resultó adjudicatario de una 1 **ZONA** del **PREB**; y (iii) en el **SED-SA-SI-DBE-017-2015** en el que resultó ganador de 2 **ZONAS** del **PREB**. En todos los casos se presentó la misma modalidad que en los anteriores procesos de contratación estatal, correspondiente a que los investigados se repartieron determinadas **ZONAS** sin que hubiera competencia.

Finalmente, este Despacho reafirma lo dicho sobre la responsabilidad de **SERVICIAL** en la Resolución Sancionatoria:

*"Es menester recalcar que la conducta de **SERVICIAL** es analizada en conjunto con los elementos probatorios de **AERODELICIAS** ya que estas dos compañías, constituyen no solo un grupo empresarial con unidad de dirección, sino que se evidenció la participación de manera conjunta en todos los procesos del **PREB** a través de uniones temporales que conformaron entre ellas. Por lo tanto, no se puede interpretar para efectos del derecho de la competencia que son un mismo agente de mercado, por ser parte ambas compañías de un "grupo empresarial".*

Así las cosas, la responsabilidad de **SERVICIAL** por hacer parte del acuerdo colusorio se basa en las pruebas recolectadas que obran en el Expediente, las cuales configuran un comportamiento anticompetitivo desplegado en conjunto con **AERODELICIAS** a través de las uniones temporales usadas para presentarse en los procesos de selección del **PREB**. Por lo tanto, se aclara que no se sanciona ni declara responsable a **SERVICIAL** por las pruebas existentes solo referentes a **AERODELICIAS**, sino con aquellas que corroboran el actuar conjunto entre **AERODELICIAS**, **SERVICIAL** y los demás investigados, que demuestran la conducta anticompetitiva expuesta. Tampoco es procedente el argumento que estableció que la responsabilidad endilgada a **SERVICIAL** fue por el comportamiento desplegado por [REDACTED] (jefe de licitaciones de **AERODELICIAS**), puesto que la responsabilidad atribuida se sustentó en la conducta

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que desarrolló **SERVICIAL** en los procesos de selección investigados, tal como se explicó en este numeral.

De esta manera, se reitera que no resulta procedente acceder a las solicitudes expuestas por **SERVICIAL** donde pide que sea desligada de la responsabilidad imputada a **AERODELICIAS** y que sea declarado que no hizo parte del actuar anticompetitivo.

8.7. Consideraciones del Despacho sobre la falta de elementos para sancionar a SURCOLOMBIANA y [REDACTED] (controlante de SURCOLOMBIANA)

SURCOLOMBIANA y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) presentaron objeciones por medio de las cuales buscaron demostrar que había falta de elementos probatorios que permitieran generar una sanción en su contra. En particular, expusieron cuatro argumentos para sustentar su postura, los cuales corresponden con los siguientes:

En primer lugar, alegaron la inexistencia de elementos probatorios que permitieran considerar que reúnen las tres características objetivas que comparten los proponentes que actuaron dentro del acuerdo anticompetitivo investigado, mediante un comportamiento continuado dentro del periodo comprendido entre 2007 y 2011, las cuales son: (a) hiciera parte del grupo de proponentes que participaron con mayor frecuencia en los procesos de selección; (b) presentaran ofertas en la mayoría de las **ZONAS**; y (c) tuvieran participación en más del 60% del presupuesto ejecutado. En esa línea argumentativa, indicaron que, entre 2007 y 2011, **SURCOLOMBIANA** solo se presentó en el proceso de selección **SED-LP-DBE-020-2011**, en el que concursó a través de la unión temporal **PRONUTRIMOS** con una participación en la estructura plural del 30%. Por tal razón, concluyeron que no se les puede sancionar por el presunto acuerdo colusorio ocurrido en el periodo referido.

En segundo lugar, indicaron que, posterior al periodo entre 2007 y 2011, la participación de **SURCOLOMBIANA** se dio por primera vez en los procesos de **BOLSA I** adelantados en el 2012. De allí que sea impreciso decir que pudo hacer parte de un acuerdo cuando en dicho periodo la sociedad carecía de experiencia o de una posición de dominio que le permitiera adelantar algún tipo de acuerdo anticompetitivo.

En tercer lugar, manifestaron que no existió prueba directa que los vinculara dentro del periodo "*de consolidación del acuerdo macro*", ubicado entre los años 2012 y 2013, al no obrar documentos, comunicaciones o declaraciones que permitieran evidenciar su participación.

Y, en cuarto lugar, sostuvieron que en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** no tuvieron la intención de ser inhabilitados, sino que cometieron un error de digitación que provocó que la oferta de **SURCOLOMBIANA** no fuera tenida en cuenta. Así las cosas, lo que ocurrió fue debido a un error mecánico y no a un acuerdo restrictivo de la competencia.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Sobre el primer argumento, en el cual los recurrentes señalaron que no existían elementos probatorios para considerar que reunían las tres características que comparten los investigados por la conducta colusoria realizada entre 2007 y 2011, este Despacho considera que los elementos probatorios que obran en el Expediente, y que fueron puestos de presente en la Resolución Sancionatoria, permitieron concluir que **SURCOLOMBIANA** sí mantuvo una conducta anticompetitiva continuada en el periodo de tiempo señalado y, también, posteriormente hasta 2017. Esta actuación, se desarrolló con la intención de coludirse en los procesos de selección de la **PREB** en el periodo entre 2007 y 2017 mediante un acuerdo anticompetitivo con los sancionados cuya finalidad fue repartirse las diferentes **ZONAS** ofertadas por la **SED**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En particular, de acuerdo con la información obrante en el Expediente para los procesos de selección del PREB entre 2007 y 2011, **SURCOLOMBIANA** participó, en un primer momento, en el proceso **SED-LP-DBE-020-2011** en el resultó adjudicatario de las **ZONAS 3 y 4**. Posteriormente, participó en los procesos de selección correspondientes con **BOLSA I (2012)**, **BOLSA II (2012-2013)** y **BOLSA III (2013)**. Finalmente, respecto a los procesos adelantados bajo la modalidad de selección abreviada por subasta inversa entre 2013 y 2016, **SURCOLOMBIANA** participó y resultó adjudicatario en los procesos **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, **SED-SA-SI-DBE-017-2015**, **SED-SA-SI-DBE-002-2016** y **SED-SA-SI-DBE-042-2016**.

En los procesos de contratación referidos se logró corroborar, a través de los distintos elementos de prueba, que **SURCOLOMBIANA** ejecutó un comportamiento continuado acorde con la dinámica anticompetitiva del acuerdo colusorio celebrado con los otros investigados, que consistió en repartirse las **ZONAS** ofertadas sin que se ejerciera competencia efectiva entre proponentes.

Sobre las conductas continuadas, las cuales se diferencian de las conductas instantáneas puesto que se prolongan a través del tiempo, tal como se ha referido el Consejo de Estado⁹⁴. Al respecto, esta Corporación ha manifestado lo siguiente:

*"Son conductas instantáneas aquellas que se agotan en un solo momento. De otro lado, las de ejecución sucesiva, se prolongan en el tiempo, lo que significa que la comisión de la conducta objeto de investigación tiene el carácter de permanente o continuada, de tal suerte que la facultad sancionatoria de la administración debe computarse a partir de la comisión o realización del último acto de ejecución"*⁹⁵ (subrayado y negrita fuera de texto).

Cabe destacar, que, en línea con lo establecido por el Consejo de Estado, en el capítulo 8.2. del presente acto administrativo se indicó que esta Superintendencia ha establecido que las conductas son continuadas si existe, primero, una pluralidad de acciones u omisiones; segundo, unidad de intención; y tercero, identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable⁹⁶.

En el presente caso, respecto a la pluralidad de acciones u omisiones que constituyen la continuidad de la conducta (primer requisito), es evidente que en el periodo investigado **SURCOLOMBIANA** adelantó una serie de actividades tendientes a suprimir la competencia en los distintos procesos de selección contractual del PREB. Esto, con la finalidad de que los participantes del acuerdo se asignaran a ellos mismos las diferentes **ZONAS** ofertadas y, así, tener una mayor probabilidad de resultar adjudicatarios sin presiones competitivas con valores cercanos al presupuesto oficial. A modo de ejemplo se presenta el recuento de los procesos de selección y la forma de participación de los investigados, en el que se evidencia la participación continua de **SURCOLOMBIANA** del 2011 hasta 2017. Lo anterior, tal como se puede ver a continuación:

Tabla No. 4. Representación de la manera como participó SURCOLOMBIANA en los procesos de selección objetos de investigación.

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente e no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
SED-LP-DBE-020-2011	22	12 - FDB (ZONA: 1 y 17); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5 y 16);	2 ZONA: 4 y 15	2 - SURCOLOMBIA	0	2 ZONA: 20 y 21	4 ZONA: 2, 12, 13 y 14

⁹⁴ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Primera. Sentencia del 3 de diciembre de 2020. Rad. No. 25000-23-24-000-2012-00678-03 (2165583).

⁹⁵ Ibidem.

⁹⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 26266 de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente e no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
		- JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO y DISERAL (ZONA: 6 y 22); - LIBER (ZONA: 8 y 11); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 10); - JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE e IBEASER (ZONA: 18 y 19)		<u>NA (ZONA: 3 y 7)</u>			
		7	0	10	0	5	0
BOLSA I 2012	22	- FDB (ZONA: 1); - LIBER (ZONA: 11); - CATALINSA (ZONA: 13); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 16); - IBEASER (ZONA: 18 y 19); - DISERAL (ZONA: 22)	-	- CATALINSA (ZONA: 2); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5); - DISERAL (ZONA: 6); - LIBER (ZONA: 8); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 10); - SPRESS (ZONA: 15); - FDB (ZONA: 17); - <u>SURCOLOMBIANA (ZONA: 20 y 21).</u>	-	ZONA: 3, 4, 7, 12 y 14	-
		14	0	0	2	6	0
BOLSA II 2012-2013	22	- CAMPINA (ZONA: 1); - <u>SURCOLOMBIANA (ZONA: 2);</u> - DISERAL (ZONA: 3 y 22); - FDB (ZONA: 5 y 10); - IBEASER (ZONA: 7 y 17); - LIBER (ZONA: 8 y 16); - SPRESS (ZONA: 9 y 15); - CATALINSA (ZONA: 18); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 20).	-	-	- CATALINSA (ZONA: 6. Operación 16029067); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA 21. Operación 16028587).	ZONA: 4, 11, 12, 13, 14 y 19	-
		4	0	1	3	3	0
BOLSA III 2013	11	- SPRESS (ZONA: 1); - FDB (ZONA: 5); - CATALINSA e IBEASER (ZONA: 8); - DISERAL (ZONA: 11).	-	LIBER (ZONA: 3)	- CAMPINA (ZONA: 4. Operación 17268396); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 6. Operación 17268394); - <u>SURCOLOMBIANA (ZONA: 10. Operación 17268397)</u>	ZONAS: 2, 7 y 9	-
	16	10	2	0	0	2	2

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente e no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
SED-SA-SI-DBE-019-2013		- FDB (ZONA: 1); - SPRESS (ZONA: 2); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5); - LIBER (ZONA: 6 y 15); - CAMPIÑA (ZONA: 8); - CATALINSA (ZONA: 9); <u>- SURCOLOMBIANA (ZONA: 10);</u> - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 12); - IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA (ZONA: 13)	ZONA: 3 y 11	-	-	ZONA: 4 y 7	ZONA: 14 y 16
SED-SA-SI-DBE-103-2013	2	0	0	0	0	2	0
		-	-	-	-	ZONA: 14 y 16	-
		0	0	1	2	0	0
SED-SA-SI-DBE-122-2013	3	-	-	- DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 2)	- IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (ZONA: 1); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 3)	-	-
		12	2	0	0	2	4
SED-SA-SI-DBE-001-2014	20	- DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 3 y 8); - SPRESS (ZONA: 4 y 15); <u>- SURCOLOMBIANA (ZONA: 7 y 11);</u> - LIBER (ZONA: 10, 13 y 14); - FDB (ZONA: 18); - IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA (ZONA: 19); - CATALINSA (ZONA: 20)	ZONAS: 5 y 12	-	-	ZONA: 6 y 9	ZONA: 1, 2, 16 y 17
		1	0	1	2	3	1
SED-SA-SI-DBE-110-2014	8	- IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA (ZONA: 2)	-	- SPRESS (ZONA: 1)	- SPRESS (ZONA: 5); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 8)	ZONA: 3, 4 y 7	ZONA: 6
		12	4	6	1	4	1
SED-SA-SI-DBE-017-2015	28	- SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ e ISMAEL BELLO PACHÓN (ZONA: 2); - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 5); <u>- SURCOLOMBIANA (ZONA: 10);</u> - CAMPIÑA (ZONA: 11 y 13); - FDB (ZONA: 14); - CATALINSA (ZONA: 16); - LIBER (ZONA: 18 y 19); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 20); - IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA (ZONA: 26 y 27)	ZONA: 4, 7, 12 y 22	- SPRESS, STELLA TÉLLEZ e ISMAEL BELLO PACHÓN (ZONA: 3); - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 8); - <u>SURCOLOMBIANA (ZONA: 9);</u> - FDB (ZONA: 15); - CATALINSA (ZONA: 17); - AERODELICIAS	- DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 6)	ZONA: 1, 23, 24 y 25	ZONA: 28

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente e no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
				y SERVICIAL (Z.: 21)			
		12	3	3	3	5	4
SED-SA-SI-DBE-002-2016	30	- IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (ZONA: 1, 7 y 29); - LIBER (ZONA: 2, 3 y 14); - CAMPIÑA (ZONA: 4 y 12); - CATALINSA (ZONA: 15 y 18); - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 19 y 20)	ZONA: 16, 22 y 23	- FDB (ZONA: 9 y 30); - CATALINSA (ZONA: 27)	- DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 5 y 17); - FDB (ZONA: 28)	ZONA: 8, 10, 11, 21 y 24	ZONA: 6, 12, 25 y 26
SED-SA-SI-DBE-042-2016	4	0	0	2	2	0	0
				- SPRESS (ZONA: 1 y 4).	- SPRESS (ZONA: 2); - SURCOLOMBIANA (ZONA: 3)		
SUBTOTAL ZONAS OBJETO DE ANÁLISIS	244	111	19	38	15	43	18
		45,49%	7,79%	15,57%	6,15%	17,62%	7,38%
SED-SA-SI-DBE-005-2013	16	Los PROPONENTES INVESTIGADOS no se presentaron a las ZONAS de estos procesos (coordinación anticompetitiva para no presentar propuesta).					
LP-AG-130-2016	30						
SUBASTA No.002-045 DE 2017	1						
LP-AG-153-2017	10	Comportamiento diferente al acuerdo.					
TOTAL DE ZONAS				301			
ZONAS adjudicadas a PROPONENTES INVESTIGADOS				164			
ZONAS adjudicadas a PROPONENTES INVESTIGADOS				12			
ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados				62			
ZONAS no adjudicadas (desiertas)				18			

Fuente: Elaboración SIC con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente⁹⁷.

La información presentada en la Tabla No. 4 evidencia que SURCOLOMBIANA participó en diferentes procesos de selección que adelantó la SED en el periodo comprendido entre 2011 y 2017. Así las cosas, la presencia de SURCOLOMBIANA y su participación en el acuerdo colusorio, a lo largo del periodo investigado, corrobora la continuidad de la conducta, toda vez que se puede constatar que, por los efectos de la concertación ilícita con los otros investigados, pudo resultar adjudicatario en más de doce (12) ZONAS durante el periodo investigado. Estas ZONAS, en su gran mayoría, fueron adjudicadas sin competencia entre proponentes investigados.

⁹⁷ Folio 4998 del Cuaderno Público 2; folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; folio 5232 del Cuaderno Reservado 2; folio 5600 del Cuaderno Público 29; folio 5661 del Cuaderno Público 30 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, respecto al elemento de unidad de intención (segundo requisito) que debe estar presente en una conducta continuada, este Despacho reitera que las actuaciones de **SURCOLOMBIANA** estuvieron orientadas a coludirse en los procesos de selección del **PREB**⁹⁸. Esta situación se evidencia en el material probatorio expuesto en la Resolución Sancionatoria, de donde se destaca, en particular, la participación de **SURCOLOMBIANA** en **ASOPROVAL**. Toda vez que los investigados utilizaron como vehículo de coordinación a **ASOPROVAL** –asociación a la que pertenecían– con la finalidad de mantener la estructura ilícita del acuerdo frente a los cambios que la **SED** estaba haciendo con respecto a la modalidad de contratación del **PREB**. Con su participación en **ASOPROVAL** y las actuaciones que desplegó la asociación, los investigados –dentro de los que se encontraba **SURCOLOMBIANA**– pretendían evitar que la estructura de los procesos se modificara en perjuicio de sus intereses, con sustento en que querían aducir que el nuevo modelo de contratación era un fracaso y que la mejor forma de suministrar los refrigerios del **PREB** era con el modelo anterior.

Para ejemplificar lo arriba establecido, se encontró evidencia de que los investigados, en el seno de **ASOPROVAL**, llevaban a cabo intercambios de información referente a pliegos de condiciones y situaciones de diferentes contratos estatales en los que participaban, y además indicaban qué acciones debían seguir en los procesos de selección del **PREB**. Lo anterior, tal como se muestra en el correo del 13 de octubre de 2015, que dispuso:

Imagen No. 7. Correo electrónico entre los miembros de ASOPROVAL coordinando posturas sobre los errores del CCE-054A-AG-2015

From:	monica.barrera
Sent:	10/13/2015 7:32:46 PM +0000
To:	CATALUNSA; [REDACTED] COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA [REDACTED] DISERAL; [REDACTED] DISERAL [REDACTED] IBEARSEG; [REDACTED] IBEARSEG [REDACTED] PROALIMENTOS LIBER
Subject:	Proyecto documento
Attachments:	Ultima version licitacion alimentos.docx

Estimados asociados

Adjunto estoy remitiendo los principales argumentos que pretendemos esgrimir ante Colombia Compra Eficiente, en los que se relacionan los errores de procedimiento de la Licitación Pública CC 054 A AG de 2.015.

Buscamos con este documento que remitiré tanto a Colombia Compra Eficiente como a la Procuraduría General de la Nación alertar sobre la necesidad de ajustar el procedimiento a la ley en las próximas licitaciones y resaltamos la violación a los principios de contratación estatal.

Este documento no busca atacar el resultado de la adjudicación.

Les agradecería a todos, especialmente quienes participaron en la licitación revisarlo junto a sus asesores legales con el fin de que nos puedan enviar sus comentarios y observaciones que esperaremos hasta el próximo jueves, para remitir los documentos el viernes 16 de octubre.

Cordial saludo

MONICA BARRERA ROMERO
Directora Ejecutiva
ASOCIACION COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE ALIMENTOS
"ASOPROVAL"
[REDACTED]
Conmutador: [REDACTED]
Celular [REDACTED]
Bogotá Colombia

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo⁹⁹.

El correo electrónico presentado evidenció que, frente a determinados procesos de selección llevados a cabo por la **SED**, en este caso uno adelantado en 2015, existieron actuaciones conjuntas

⁹⁸ Decreto 2153 de 1992. Numeral 9 del artículo 47.

⁹⁹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: WEB-01-GERENCIA-GENERAL.ad1/WEB-01:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB01/[REDACTED].ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Proyecto documento. Object ID 2092842 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

entre los investigados por medio de **ASOPROVAL** para poner en conocimiento a los entes de control de supuestos vicios de procedimiento que llevara a revocar la continuidad del trámite. Dicha actuación conjunta, entre presuntos competidores en los procesos del **PREB**, que no encuentra justificación diferente a estar incursos en un acuerdo anticompetitivo con un propósito común. El cual, en el caso particular que se ejemplifica, era obstruir el trámite de un proceso de selección que no les beneficiaba su continuidad.

Finalmente, respecto a la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable (tercer requisito), en el caso en concreto se probó que el acuerdo colusorio realizado por los investigados materializó una violación al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y por parte de **ASOPROVAL** y su presidente la violación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como se explicó en detalle la Resolución Sancionatoria.

De acuerdo con lo expuesto, se concluyó que la conducta investigada fue continuada, toda vez que existió un comportamiento que contó con una pluralidad de acciones, unidad de intención y guardaron una identidad respecto de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable. Por lo anterior, la conducta realizada por **SURCOLOMBIANA** es una conducta restrictiva de la competencia que permaneció durante el periodo investigado, tal como se probó en el trámite de la investigación y se reiteró en el presente acto administrativo.

Con respecto al segundo argumento, en el que los recurrentes alegaron que no tenían posición de dominio en el mercado para el proceso de **BOLSA I**, adelantado en el 2012, por lo que no podían adelantar ningún tipo de acuerdo, este Despacho resalta que para determinar la existencia de un acuerdo restrictivo de la libre competencia, en los términos del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no se exige la existencia previa y/o concomitante de una posición de dominio en el mercado. Por el contrario, este requisito es exigible en aquellos comportamientos unilaterales descritos en el artículo 50 del Decreto 2153 de 1992 que supongan un abuso de posición de dominio, pues solamente podría abusar unilateralmente de su posición de dominio quien ostente dicha calidad.

Así las cosas, este Despacho considera importante reiterar que los acuerdos restrictivos descritos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no son actos unilaterales, sino que constituyen la conducta en la que dos (2) o más sujetos llegan a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual o tengan el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. En este sentido, resultó censurable desde la perspectiva de las normas que protegen la libre competencia que dos (2) o más proponentes en un proceso de selección realizaran un acuerdo, sin importar su forma, que tuvo el objeto de modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, lo que defraudó así no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino los de los demás proponentes que participaron en la competencia por ese mercado. De allí que no se exija para estos casos la existencia de una posición de dominio, pues se trata de conductas distintas.

Ahora bien, esta Superintendencia ha entendido que los acuerdos que tengan por objeto la realización de alguna de las conductas consideradas anticompetitivas, como los sancionados en el presente caso, son acuerdos que tienen la potencialidad, la capacidad, la idoneidad, la aptitud o la suficiencia para restringir, limitar o eliminar la libre competencia en el mercado¹⁰⁰. Por este motivo, el análisis que se adelantó recayó sobre la capacidad objetiva de la conducta de generar un efecto adverso en el mercado, y no sobre las características e intenciones subjetivas de quienes cometen el acto investigado.

De lo anterior, es posible concluir que, frente al caso en concreto, la existencia de una posición de dominio no es característica relevante para que se constituya un acuerdo contrario a la libre

¹⁰⁰ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2013; y Resolución No. 3150 de 2019; entre otras.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

competencia. Razón por la cual, se sancionó la conducta anticompetitiva que tuvo como objeto la colusión en los procesos de selección del **PREB**¹⁰¹ en el periodo investigado que tuvo como finalidad repartirse las distintas **ZONAS** en los procesos de selección. Por este motivo, deberán rechazarse de plano todos los argumentos presentados por los recurrentes con relación a su falta de experiencia y posición de dominio dentro del mercado en los procesos referentes a la **BOLSA I** –que fueron adelantados en el 2012–. En razón a que, de acuerdo con el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no resulta censurable la existencia de una posición de dominio.

Frente al tercer argumento, en el que los recurrentes argumentaron que no existe prueba directa que los vincule a las actuaciones desplegadas producto del acuerdo anticompetitivo dentro del periodo comprendido entre el 2012 y 2013, este Despacho considera que los argumentos de los recurrentes no tienen mérito para prosperar. Como tal, debido a que los elementos probatorios que obran en el Expediente permitieron concluir la participación de **SURCOLOMBIANA** en el acuerdo colusorio para los procesos del **PREB** durante el periodo investigado.

Con el fin de sustentar lo afirmado anteriormente, se trae un extracto de los elementos de prueba encontrados por esta Superintendencia que evidencian el acuerdo anticompetitivo desplegado entre 2012 y 2013 en los procesos de selección adelantados por la **SED** a través de la **BMC**. Al respecto, se corroboró que **SURCOLOMBIANA** y la **CAMPIÑA** compartieron corredor de bolsa en los procesos de selección **BOLSA I** (2012), **BOLSA II** (2012-2013) y **BOLSA III** (2013), puesto que fueron representadas por **SCB OPCIONES BURSÁTILES S.A.** y el corredor [REDACTED] (operador común de **SURCOLOMBIANA** y **CAMPIÑA**).

La situación expuesta se encuentra acreditada con la información recaudada por esta Superintendencia en la **BMC** en el marco de la etapa de averiguación preliminar. El material probatorio recopilado se refería a lo ocurrido en las ruedas de negociación llevadas a cabo entre 2012 y 2013¹⁰², y también a lo declarado por [REDACTED] (operador común de **SURCOLOMBIANA** y **LA CAMPIÑA**) quien se refirió a las reglas que definían la participación de diferentes proponentes en las operaciones que conformaban las ruedas de negociación. En particular, [REDACTED] se refirió la imposibilidad de que un corredor actuara en la misma operación en representación de más de un proponente. Al respecto indicó lo siguiente¹⁰³:

***Abogado:** ¿Constituye una irregularidad en su conocimiento de la regulación de la Bolsa Mercantil de Colombia, constituye una irregularidad que un mismo corredor represente a dos oferentes en un proceso de selección o en un proceso de compra de bienes o servicios determinado?*

[REDACTED]: *No, siempre y cuando no vayan al mismo al mismo tipo de bien o souvenir o grupo en este caso, porque el pregón en la Bolsa es a viva voz y uno sólo puede representar los intereses de un mandante para una determinada negociación.*

***Abogado:** ¿En una operación de rueda usted solo puede representar los intereses de un mandante?*

[REDACTED]: *Sí, señor.*

***Abogado:** ¿Qué pasa si dos mandantes le pedían que se presentara al mismo grupo en rueda?*

[REDACTED]: *La firma de inmediato activa el protocolo para darle uno de los dos mandantes a otro operador en piso.*

¹⁰¹ Decreto 2153 de 1992. Numeral 9 del artículo 47.

¹⁰² Folios 5232 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente.

¹⁰³ Folio 9568 del Cuaderno Público 50. Declaración [REDACTED]. Minuto 49:14 en adelante.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Abogado: ¿Usted no podía representar en piso a dos mandantes?

██████████: No.

Abogado: ¿Se dio la situación, doctor ██████████, que **SURCOLOMBIANA** y la **CAMPIÑA** le ordenaran le dieran la instrucción de pujar por el mismo grupo?

██████████: No, hubiera sido imposible cumplirla".

En el mismo sentido, el declarante mencionado explicó que eran sus mandantes quienes eran los encargados de indicarle a qué grupo se presentaría, tal como se expone a continuación¹⁰⁴:

Abogado: ¿Quién selecciona el grupo al cuál se va a presentar pujas? ¿Usted o su mandante?

██████████: El mandante.

Abogado: ¿Usted tenía injerencia en la determinación de los grupos a los cuáles se determinarían pujas?

██████████: No, señor, eso es libre decisión del mandante".

Conforme con lo expuesto anteriormente, se prueba que **SURCOLOMBIANA** actuó en el escenario de la **BMC** a través de un corredor común con **LA CAMPIÑA** como ocurrió en el caso de ██████████. Circunstancia que, evidentemente, pone en entredicho la regla de funcionamiento de la **BMC** denominada "mercado ciego", en la que los participantes de las operaciones no tienen conocimiento sobre quiénes son sus competidores y mucho menos sobre la información estratégica de ellos.

Lo ocurrido en los procesos de selección **BOLSA I**, **BOLSA II** y **BOLSA III** correspondió con el hecho de que **SURCOLOMBIANA** y **LA CAMPIÑA** concertaron, antes de las ruedas de negociación, las operaciones en las que presentarían su oferta para resultar adjudicatarios sin cruzarse con los otros investigados o, en caso de encontrarse en una misma **ZONA**, que no se presentara la contienda propia de este escenario de competencia, en razón a que se debían distribuir las **ZONAS** ofertadas. Este pacto debió ser cumplido al interior de los procesos referidos por parte del corredor común, tal como ocurrió en las **ZONAS** que resultaron adjudicatarios **SURCOLOMBIANA** y **LA CAMPIÑA**.

En cuanto al cuarto argumento, en el que los recurrentes establecieron que **SURCOLOMBIANA** no tuvo intención de resultar habilitado en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, sino que hubo un error de digitación –que derivó en su eliminación por parte del comité evaluador de la Entidad contratante–, este Despacho trae de nuevo a colación la declaración de **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) y el análisis que realizó la Delegatura sobre lo dicho por la declarante en el Informe Motivado presentado en este proceso. En el que se estableció lo siguiente:

"**LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) declaró lo siguiente: (i) que se habían presentado a dos **ZONAS** (vale la pena recordar que en estas dos **ZONAS** la propuesta de **SURCOLOMBIANA** concurrió con la de **SPRESS**); (ii) que una de las dos **ZONAS** por las que presentó propuesta le fue adjudicada sin puja, esto es, sin presiones competitivas por parte de su competidor directo: **SPRESS**; y, (iii) en relación con la otra **ZONA** por la cual presentó oferta refirió que: (1) Junto con ██████████ (asesora de licitaciones de **SURCOLOMBIANA**) estuvo a cargo de la subasta electrónica que se realizó a través de la plataforma de Certicámaras; (2) en medio de la subasta electrónica ocurrió un 'error', puesto que apareció en el sistema que habían hecho un lance por valor de \$529.106.866, esto es, que habían mejorado la oferta

¹⁰⁴ Ibidem. Minuto 50:45 en adelante.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

en \$4.000.000.000; (3) las personas de **SURCOLOMBIANA** encargadas de la subasta se comunicaron con Certicámaras para comentar la situación (el error cometido durante los lances de la subasta inversa) sin obtener respuesta satisfactoria; (4) ante esa confusión acudieron directamente a las instalaciones de la **SED** y Certicámaras para poner de presente que el referido lance había sido producto de un 'error del sistema' o de 'su parte'; (5) tampoco obtuvieron respuesta favorable, de manera que regresaron a la sede de la cooperativa y con todo el equipo de trabajo redactaron un documento dirigido a la **SED** en el cual explicaron la situación porque la **SED** solicitó 'que explicáramos esos costos'¹⁰⁵. Así mismo, señaló que solicitaron realizar nuevamente la subasta. (6) Por último, la declarante indicó que [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) le llamó la atención al equipo a cargo de la subasta por la situación que se presentó".

De lo expuesto anteriormente se realizó el siguiente análisis, primero, que conforme con la dinámica de lances **SURCOLOMBIANA** podía seguir pujando y en el quinto lance podría haber sido producto de un error. Sin embargo, las explicaciones no son suficientes ya que hay incoherencias en el relato sostenido por el proponente investigado. Segundo, esta situación sucedió justo después de que **SURCOLOMBIANA** le hubiera quitado una **ZONA** a **SPRESS**, según el informe de **CERTICÁMARAS** adjunto a los documentos de la adjudicación del proceso (**ZONA 3** disputada entre **SPRESS** y **SURCOLOMBIANA**). Y, tercero, los oferentes recibieron capacitación por parte de **CERTICÁMARAS**¹⁰⁵ sobre el uso de la plataforma que, como tal, no presentó falla alguna, herramienta que les permitía verificar los lances antes de que se enviara la oferta, tanto al ingresarlo sin puntos ni comas para que el sistema lo separara en decimales, como cuando el sistema mostraba un mensaje para asegurarse de que el valor fuera correcto.

Por lo tanto, las explicaciones ofrecidas por **SURCOLOMBIANA** no resultan satisfactorias. Por el contrario, lo sucedido en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** refuerza la hipótesis aplicable al presente caso según la cual existió un escenario colusorio que permitió la repartición de **ZONAS** entre los investigados. Puesto que, tal como se desarrolló en la Resolución Sancionatoria, cuando los investigados se cruzaron en las mismas **ZONAS** de los procesos de selección analizados evitaron competir.

En consecuencia, con el material probatorio presentado este Despacho concluyó que existen suficientes elementos de prueba que, analizados en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica y máximas de la experiencia, permiten inferir la existencia de prácticas contrarias a la libre competencia por parte de **SURCOLOMBIANA** y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**), por lo tanto, se desestimaré la solicitud de archivo realizada en el recurso de reposición interpuesto.

8.8. Consideraciones del Despacho sobre la participación en la conducta anticompetitiva por parte de IBEASER, [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER), y JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de IBEASER)

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de **IBEASER**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) indicaron que no existían elementos de prueba que evidencien que colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron el acuerdo contrario a la libre competencia y, en consecuencia, solicitaron que la investigación fuera archivada a su favor. **IBEASER**, por su parte, manifestó que no existen elementos de prueba directos o indirectos que permitan corroborar que hubo un acuerdo de voluntades con los demás investigados para hacer parte de un acuerdo anticompetitivo, el cual tampoco fue probado.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

¹⁰⁵ Folios 8197 al 8200 del Cuaderno Público 46.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Cabe resaltar, que a lo largo de la investigación administrativa se logró recolectar material probatorio suficiente que demostró que los recurrentes, junto con el resto de investigados, tenían una relación cercana y de amistad, mediaba una condición de proveedor y cliente –además de ser competidores– y participaron en la constitución y puesta en funcionamiento de **ASOPROVAL**¹⁰⁶. A continuación, se mencionarán los hechos más relevantes que permitieron confirmar su responsabilidad, los cuales corresponde con:

- (i) **IBEASER**, cuyo controlante era **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**, fue el proponente más relevante en los procesos de selección objeto de investigación, por cuanto se le adjudicó la suma de \$148.956.866.319 para un porcentaje de participación total del 11.08%¹⁰⁷ en los procesos de selección del **PREB** entre 2007 a 2016. En varios de los procesos analizados **IBEASER** resultó ser adjudicatario como único proponente.
- (ii) Se encontró que la presentación de oferta por parte **IBEASER** en distintos procesos de selección en los cuales, fue a través de estructuras plurales que estaban integradas tanto por **IBEASER** como por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), quienes resultaron adjudicatarios de distintas **ZONAS** ofertadas para el suministro del **PREB** en diferentes procesos de selección contractual. Ejemplo de ellos son los procesos **LP-SED-SGO-001-2007**, **LP-SED-SGO-005-2008**, **SED-LP-DBE-001-2009** y **SED-LP-DBE-020-2011** para el periodo de 2007 a 2011. Al igual que en los procesos **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, **SED-SA-SI-DBE-017-2015**, **SED-SA-SI-DBE-010-2014**, **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, **SED-SA-SI-DBE-019-2013** y el **SED-SA-SI-DBE-122-2013** para el periodo de 2013 a 2016. Sobre este último proceso de selección debe mencionarse que se evidenció un correo electrónico que ubica a **IBEASER**, **DISERAL** y **AERODELICIAS** discutiendo la manera en la que debían solicitar a la **SED** la aplicación del ajuste del valor de las **ZONAS** adjudicadas.
- (iii) En relación con el proceso **SED-SA-SI-DBE-001-2014** se destaca que el mismo día en que se venció el plazo para presentar ofertas, el 26 de marzo de 2014, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** envió a **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (representante legal de **AERODELICIAS**) un correo electrónico¹⁰⁸ en el cual se compartieron la información sobre las **ZONAS** a la que se presentaron todos los proponentes de dicho proceso con información sobre las propuestas por **ZONA** al igual que el proponente de cada una.
- (iv) Se evidenció que en los procesos de selección adelantados por la **SED** a través de la **BMC** (**BOLSA I 2012**, **BOLSA II 2012-2013**, **BOLSA III 2013**), **IBEASER**, **CATALINSA** y **DISERAL** concurren a las ruedas de negociación a través de un operador común llamado [REDACTED], quien compartió información reservada con los demás investigados. Por lo tanto, se encontró demostrado que **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**, en su calidad de representante legal de **IBEASER** y al determinar el comportamiento de esta empresa en el mercado y particularmente en los procesos de selección del **PREB**, fue quien autorizó y ejecutó las acciones por las cuales **IBEASER** participó en el acuerdo colusorio reprochado.

¹⁰⁶ Así mismo, debe tenerse en cuenta la conducta procesal irregular que adoptó durante la actuación administrativa sancionada, puesto que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) dio instrucciones tendientes a eliminar llamadas y chats para ocultar información.

¹⁰⁷ Este análisis corresponde a los procesos: **LP-SED-SGO-001-2007**, **LP-SED-SGO-005-2008**, **SED-LP-DBE-001-2009**, **SED-LP-DBE-020-2011**, **SED-SA-PMC-DBE-071-2011**, **BOLSA I - 2012**, **BOLSA II - 2012-2013**, **BOLSA III - 2013**, **SED-SA-SI-DBE-005-2013**, **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, **SED-SA-SI-DBE-103-2013**, **SED-SA-SI-DBE-122-2013**, **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, **SED-SA-SI-DBE-110-2014**, **SED-SA-SI-DBE-017-2015**, **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, **SED-SA-SI-DBE-042-2016**. Nótese que en el análisis se incluye el valor de contratos y adiciones. Además, no se incluyeron los procesos correspondientes a los adelantados por la **ALFM**, **CCE** y por **PLAZA MAYOR** de Medellín. Lo anterior obedece a que en estos procesos no existe información precisa ni completa con respecto de los montos totales ejecutados por los contratistas.

¹⁰⁸ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente: Path: 01_AERODELICIAS_GUSTAVO_DONADO.ad1/Users:C:\Users\gдона_000/outlook/Outlook.pst/Carpetas personales/Principio de las Carpetas personales/Bandeja de entrada/Fwd: **SED 2014**. Object ID 893193 de PAE 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- (v) Sobre **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) debe tenerse en cuenta que tenían un antecedente por realizar la misma conducta colusoria en diferentes procesos de selección que adelantó la **ALFM**. Estos procesos fueron adelantados por medio de la **BMC** y tuvieron como objeto de contratación la adquisición de productos que conformaban las "Raciones Militares", entre enero de 2011 y marzo de 2018, acuerdo sancionado mediante Resolución No. 42543 de 2020.
- (vi) **IBEASER**, [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) fueron integrantes activos de **ASOPROVAL**, incluso **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** fue miembro principal de la junta directiva. Cabe recordar, que **ASOPROVAL** fue el vehículo utilizado por sus agremiados para realizar actividades que restringieron la libre competencia en el marco de determinados procesos de selección del **PREB**.
- (vii) Se demostró la participación de [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) en las decisiones que tomaba **IBEASER** en los procesos de selección que se presentaba, y también en las estrategias implementadas por los investigados a través de **ASOPROVAL**. Sobre esta última actuación, es relevante mencionar que [REDACTED] actuó en la estrategia anticompetitiva que buscaba, por medio de **ASOPROVAL**, boicotear los procesos de selección del **PREB** mediante los **IAD**, específicamente en el proceso **LP-AG-130-2016**. Lo anterior, tal como obra en el correo electrónico del 6 de febrero de 2017¹⁰⁹ que corroboró que compartía información de la estructura de costos del proceso con **CATALINSA**, hecho que determinó la no participación de **IBEASER** en el proceso de selección **LP-AG-130-2016**.

Por lo anterior, resultan evidentes las razones que llevan a determinar la responsabilidad de **IBEASER**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) dentro del presente proceso administrativo. Las cuales, tal como lo evidenció la valoración de las pruebas recolectadas a lo largo de la investigación administrativa, permitieron sustentar y concluir la participación de los recurrentes en los acuerdos colusorios que afectaron los procesos de selección a cuyo objeto era el **PREB** en el periodo investigado. Situación que permite desacreditar lo expuesto por los recurrentes con respecto a que no existen elementos de prueba que permitan demostrar su participación en el acuerdo anticompetitivo.

Cabe agregar, que en el recurso presentado por [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) alegó que la investigación en su contra debió archivers por las mismas razones por las que se archivó el proceso en contra de **FABIO DOBLADO BARRETO**. En la medida en que la valoración del material probatorio se hizo de forma errónea tanto para **FABIO DOBLADO BARRETO** como para él. Por lo tanto, resulta incoherente que una decisión fundada sobre los mismos hechos tenga consecuencias contrarias en función del agente sancionado. Adicionalmente, argumentó, primero, que los medios de prueba que obran en su contra debían ser anulados por considerar que fueron recolectados de manera ilegal, puesto que contenía información personal. Segundo, indicó que no existen pruebas con las que pueda concluirse que ejecutó, facilitó y autorizó la conducta anticompetitiva que se le imputó. Y, tercero, señaló que su comportamiento nada tuvo que ver con **IBEASER** por lo que solicitó a que se juzgue por separado su conducta con la de la mencionada compañía.

Sobre los argumentos adicionales presentados por [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), este Despacho considera que es importante aclarar los

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

motivos que lo llevaron a archivar la investigación contra **FABIO DOBLADO BARRETO**. Así, mediante Resolución No. 46587 de 2018 la Delegatura formuló pliego de cargos contra los investigados –dentro de los que estaba **FABIO DOBLADO BARRETO**– por presuntamente actuar de manera anticompetitiva dentro de los procesos de selección del **PREB** en el periodo comprendido entre 2007 y 2017. Sin embargo, en el presente proceso administrativo sancionatorio no logró demostrarse que **FABIO DOBLADO BARRETO** participó en el acuerdo restrictivo de la competencia investigado. Lo anterior, debido a que el material probatorio recaudado no fue suficiente para demostrar su responsabilidad dentro de la conducta restrictiva.

Adicionalmente, no se encontró material probatorio que indicara que **FABIO DOBLADO BARRETO** estuviera afiliado a **ASOPROVAL** ni prueba que determinara cercanía o relaciones inusuales con otros investigados, así como tampoco de que tuviera doble condición de proveedor y cliente-competidor respecto de otros investigados. Situación que fue muy distinta a la evidenciada en relación con el actuar restrictivo de la libre competencia de [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **IBEASER** y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**).

Por otro lado, respecto a lo alegado por [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) sobre la anulación del material probatorio recolectado a su juicio de manera ilegal, cabe resaltar y pronunciarse sobre la facultad de esta Superintendencia para realizar visitas de inspección administrativa y solicitar información. De conformidad con lo previsto en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, le corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la observancia de las disposiciones legales relacionadas con la protección de la libre competencia económica, en su condición de autoridad nacional de protección de la competencia.

Para ejercicio de esa especial función de policía administrativa económica, los numerales 62 y 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 le atribuyen a esta Superintendencia, entre otras funciones:

"Artículo 1. Funciones Generales. La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las funciones establecidas en la Ley 155 de 1959, el Decreto 3307 de 1963, el Decreto 1302 de 1964, los Decretos 3466 y 3467 de 1982, el Decreto 2876 de 1984, el Decreto 2153 de 1992, el Decreto 2269 de 1993, la Ley 256 de 1996, la Ley 446 de 1998, la Ley 527 de 1999, el Decreto 1130 de 1999, el Decreto 1747 de 2000, la Ley 643 de 2001, el Decreto 3081 de 2005, el Decreto 3144 de 2008, la Ley 1266 de 2008, las Leyes 1335, 1340 y 1341 de 2009, la Ley 1369 de 2009, el Decreto 4130 de 2011, y el Decreto 4176 de 2011, y aquellas que modifiquen o adicionen las anteriores, las demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de la República.

(...)

La Superintendencia de Industria y Comercio ejercerá las siguientes funciones:

(...)

62. *Realizar visitas de inspección, decretar y practicar pruebas y recaudar toda la información conducente, con el fin de verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control le compete y adoptar las medidas que correspondan conforme a la ley.*

63. *Solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones*

(...)"

Ahora bien, es importante tener en consideración lo previsto en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política, que estableció una regla de cardinal importancia que regula las actividades de inspección, vigilancia y control de autoridades administrativas, en concreto, la posibilidad que tienen

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

de solicitar libros de contabilidad y demás documentos privados durante actuaciones en ejercicio de sus funciones

En efecto, señala el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política que:

“Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley”.

La disposición constitucional citada otorga la posibilidad a las autoridades que ejercen funciones de policía administrativa de solicitar libros de contabilidad y otros documentos privados durante las actuaciones que adelantan. Es por este motivo que esta Superintendencia en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control para velar la observancia del régimen de la libre competencia económica tiene plenas facultades para ordenar y practicar visitas de inspección administrativas, así como de solicitar a cualquier persona, natural o jurídica, de carácter público o privado, la información de los documentos tanto físicos como electrónicos que considere pertinentes para el cumplimiento de sus funciones.

Mediante la sentencia C-165 de 2016 la Corte Constitucional se pronunció respecto a las visitas administrativas que practica esta Superintendencia dentro de sus facultades administrativas. Al respecto, la mencionada Corporación indicó lo siguiente:

*“Las visitas administrativas son diligencias probatorias encaminadas a que las superintendencias ejerzan las facultades administrativas que por ley les corresponde y soliciten los documentos privados que requieren para el debido cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control. Por ellos, la Corte Constitucional, el Consejo de Estado, y Tribunales Superiores del Distrito han señalado que **la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4º del artículo 15 de la constitución**”¹¹⁰ (subrayado y negrita fuera de texto).*

En la misma providencia enfatizó la Corte Constitucional que para el ejercicio de dichas facultades estas entidades no requieren de autorización judicial. Sobre esto indicó que:

*“El ingreso de los funcionarios de la superintendencia a los establecimientos de comercio de las sociedades investigadas no constituye un registro y allanamiento del domicilio en los términos de los artículos 15 y 28 de la Constitución. Por lo tanto, **las superintendencias pueden ingresar a estos establecimientos en el marco de sus visitas de inspección, sin autorización judicial.**”*

(...)

***Las solicitudes de documentos, y la copia de la información contenida en los computadores, tablets y correos electrónicos de las empresas no constituyen un registro e interceptación de comunicaciones en los términos del inciso 3º del artículo 15 de la Constitución. Por el contrario, la solicitud y revisión de estos documentos encuentra fundamento en el inciso 4º del artículo de la Constitución. Por lo tanto, las superintendencias están facultadas para adelantar estas diligencias durante las visitas de inspección sin la respectiva autorización judicial**”¹¹¹ (subrayado y negrita fuera de texto).*

Finalmente, en la providencia en mención se reveló que la Corte Suprema de Justicia, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá D.C. y el Consejo de Estado indicaron que:

“[[]os documentos que reposan en computadores y correos institucionales de las empresas investigadas y mensajes de datos enviados a través de dichos correos son información

¹¹⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

¹¹¹ Ibídem.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

empresarial, es decir 'documentos privados' y 'papeles del comerciante' a los que las superintendencias pueden acceder en virtud del inciso 4° del artículo 15 de la Constitución. **Respecto de estos documentos no opera el requisito de reserva judicial dispuesto en el inciso 3° del artículo 15 de la Constitución siempre que la solicitud de entrega de estos documentos tenga en general, una relación de conexidad con el ejercicio de sus funciones administrativas, y en particular, esté relacionada con el objeto de la investigación.**

(...)

Por consiguiente, el derecho a la intimidad de las personas sometidas a la inspección, vigilancia y control de las superintendencias no se ve vulnerado cuando estas solicitan documentos privados, informes, libros y papeles del comerciante que guarden conexidad con el ejercicio de las funciones que por ley les corresponden¹¹²
(subrayado y negrita fuera de texto).

En conclusión, esta Superintendencia, en cumplimiento de su misión como autoridad nacional de competencia, cuenta con la facultad administrativa de solicitar documentos privados a personas jurídicas y naturales. Tal como ya ha mencionado en otras oportunidades como por ejemplo en la Resolución No. 40570 de 2021¹¹³, la entrega de documentos por parte de las personas inspeccionadas o visitadas no requiere de mandamiento judicial escrito, siempre y cuando la información solicitada, contenida en cualquier medio, tenga (i) relación de conexidad con el ejercicio de las funciones de la autoridad administrativa y (ii) esté relacionada con el objeto de la investigación. De esta forma no importa si se trata de un celular o de un medio diferente en el que se encuentre la información requerida por esta Superintendencia.

Con sustento en lo expuesto anteriormente, este Despacho encuentra que la información recolectada del teléfono de [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) se recabó de forma legal, bajo los preceptos y atribuciones concedidas por la ley y la Constitución Política. De igual forma, quedó demostrado que la negativa de entregar la información solicitada por parte de esta Superintendencia a [REDACTED] responde a un comportamiento que pretendía obstruir la actuación de la autoridad de competencia, en relación con las funciones de inspección, vigilancia y control que le asiste.

Esa situación quedó demostrada con la conversación encontrada en la que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) le manifestó a [REDACTED] (abogado de IBEASER) la necesidad de ocultar con urgencia información a la Delegatura, por lo cual dio instrucciones tendientes a eliminar llamadas y chats. Lo anterior, tal como se presenta en la transcripción del chat en cuestión:

Chat No. 1. Conversación entre [REDACTED] (abogado de IBEASER) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) del 13 de junio de 2017

Hora de inicio: 6/13/2017 5:01:23 PM(UTC+0)

Actividad más reciente: 6/14/2017 3:20:16 PM(UTC+0)

Participantes: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]

Marca de hora: 6/13/2017 5:01:23 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Le van a tomar testimonio a monica

De: System Message System Message

Marca de hora: 6/13/2017 5:01:24 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

[REDACTED]@s.whatsapp.net joined

¹¹² Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

¹¹³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40570 de 2020.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]

Marca de hora: 6/13/2017 5:06:14 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Le tomaron testimonio a Leidy. Q le preguntaron por funciones y por lo q hacíamos las areas que tienen q ver contratación. Que ella q hacia, q como manejaba los correos. Pero pues las respuestas fueron muy básicas porque ella no maneja temas sensibles

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

Marca de hora: 6/13/2017 5:06:31 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Ok

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

Marca de hora: 6/13/2017 5:07:03 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Borre llamadas a mi otro celular

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

Marca de hora: 6/13/2017 5:07:06 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Y el contacto

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

Marca de hora: 6/13/2017 5:07:14 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Y este chat ya

(...)

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

Marca de hora: 6/13/2017 7:59:29 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

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

Marca de hora: 6/13/2017 7:59:40 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Dígale a Israel q priorice esos pultos

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

Marca de hora: 6/13/2017 7:59:45 PM(UTC+0)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Si les damos eso se van hoy

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹¹⁴.

La conversación transcrita evidencia dos situaciones: primero, que el material probatorio fue recaudado de manera parcial en la medida en que alguna parte de la información fue eliminada o no habría sido entregada. Y, segundo, que la actitud con la que los investigados reaccionaron a la visita administrativa evidencia un comportamiento que, al margen de no poder ser calificado en este momento, da cuenta de una conducta procesal que no es la de esperar de agentes de un mercado transparente.

Expuesto lo anterior, este Despacho procederá a presentar el material probatorio que evidencia [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) ejecutó, facilitó y autorizó la conducta anticompetitiva reprochada. Los elementos de prueba corresponden con:

¹¹⁴ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/WhatsApp/chat-10.txt. Object ID 4607053 de PAE 2 (chat-10).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(i) Se demostró que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) tenía relaciones de cercanía y amistad con otros investigados, tal como se evidenció a lo largo de la investigación administrativa y como figura en diferentes correos electrónicos que reposan en el Expediente, los cuales fueron presentados en la Resolución Sancionatoria. Muestra del ambiente de cooperación y colaboración mencionado se encuentra en el correo electrónico del 12 de julio de 2009 remitido por [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) a la dirección electrónica de su competidor **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**) y a **IBEASER**. El mensaje de datos tenía adjunto un archivo Excel que pertenecía a [REDACTED], según sus propiedades, y denominado "lista competencias.xls"¹¹⁵.

Otro intercambio de información entre investigados se dio en el marco del proceso de selección **SED-SA-DBE-122-2013**. Esta situación fue evidenciada ya que se encontró el correo electrónico del 27 de diciembre de 2012 que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) le envió a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), en el que le mencionó que ya había discutido las condiciones del proceso con "[REDACTED]" ([REDACTED], director de productos nutritivos y accionista de **AERODELICIAS**) y con "pulido" (**JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO**, representante legal de **DISERAL**). Dicha comunicación se dio con el fin de que, de manera concertada, los tres oferentes que habían resultado adjudicatarios aplicaran el ajuste contenido en los pliegos de condiciones solamente a los refrigerios tipo A, toda vez que, según señaló [REDACTED], se trataba del "que menos cantidades a suministrar exige. Perderemos con ese pero con los otros recuperamos".

Sobre el proceso de selección **SED-SA-DBE-122-2013**, se resalta que las tres empresas cuyos empleados y representantes legales tuvieron comunicación dentro del trámite del proceso resultaron adjudicatarias. Como tal, **IBEASER** quedó adjudicatario de la **ZONA 1**, **DISERAL** de la **ZONA 2** y **AERODELICIAS** de la **ZONA 3**.

(ii) En el marco de esa relación de colaboración comercial y amistad entre [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y otros investigados, se demostró la existencia de chats en los que el investigado se comunicaba con los otros integrantes del acuerdo colusorio para hablar de los procesos de selección. Esto, con el fin principal de acordar reuniones que permitieran discutir sobre los pliegos de condiciones, determinar cuál de los participantes se presentaría en cada **ZONA** y, además, compartir aspectos económicos de los procesos del **PREB**. De igual manera, se hallaron conversaciones en los que los [REDACTED] y los investigados se ponían de acuerdo sobre los mecanismos ejercidos para sabotear los mecanismos de selección implementados por la **SED**, en especial los adelantados a través de los **IAD**.

Prueba de los anterior son los siguientes chats:

Imagen No. 8. Extracto de chat entre [REDACTED] y [REDACTED] el 20 de enero de 2016

Hora de inicio: 1/20/2016 5:30:40 PM(UTC+0)
 Actividad más reciente: 1/20/2016 5:30:40 PM(UTC+0)
 Participantes: [REDACTED]
 De: From: [REDACTED]
 Marca de hora: 1/20/2016 5:30:40 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Contenido:
 [REDACTED] lo que necesito del contrato es el otrosí mediante el cual se hace una reducción de 60 millones al contrato

¹¹⁵ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. Path: 06_WEB_DESCARGA_CORREOS_NUBE.ad1/F:\15-294203_2 [NTFS][root]/RAO_JCA_IBEASER_IBEMP/WEB-06-DESCARGAS-CORREOS-NUBE/CORREOS/[REDACTED].ost/[root]/RaÃ-z - BuzÃ³n/IPM_SUBTREE/Sent/competencias/lista competencias.xls. Object ID 2192968 de USPEC.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹¹⁶.

Imagen No. 9. Extracto de chat entre [REDACTED] y MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO el 19 y 25 de enero de 2016

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
 Marca de hora: 1/25/2016 7:17:14 AM(UTC-5)
 Aplicación de origen: WhatsApp
 Contenido:
 Avisame xfa cuando lleguen

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
 Marca de hora: 1/25/2016 7:17:18 AM(UTC-5)
 Aplicación de origen: WhatsApp
 Contenido:
 Estoy terminando números

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
 Marca de hora: 1/25/2016 7:41:09 AM(UTC-5)
 Aplicación de origen: WhatsApp
 Contenido:
 André

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
 Marca de hora: 1/25/2016 7:41:16 AM(UTC-5)
 Aplicación de origen: WhatsApp
 Contenido:
 Esta licitación iría hasta donde?

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
 Marca de hora: 1/25/2016 7:41:20 AM(UTC-5)
 Aplicación de origen: WhatsApp
 Contenido:
 Cuando

(...)

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹¹⁷.

(iii) En lo que tiene que ver con las actuaciones adelantadas por los investigados para obstruir los IAD llevados a cabo por la SED, se encontraron elementos de prueba que confirmaron que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) participó como miembro en **ASOPROVAL**. Esta asociación sirvió de instrumento para boicotear, mediante diferentes acciones legales y comunicados en medios de comunicación, los procesos de contratación estatal adelantados a cabo por la Entidad contratante. En particular, se evidenció que [REDACTED] pertenecía al grupo de WhatsApp¹¹⁸ creado por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) denominado "**ASOPROVAL**", en el cual discutían todo lo que pretendían hacer en pro de la no continuidad de los procesos de contratación estatal adelantados por la SED y así fomentar la necesidad de que se volviera al modelo de contratación anterior.

La actuación referida anteriormente quedó demostrada en un chat¹¹⁹ entre [REDACTED] (asesor externo de **CATALINSA**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), en el que se refirieron a un documento titulado "*Alertan*

¹¹⁶ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2. Path: CEL-02-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/chat-18.txt Object ID 4508061 de PAE 2 (chat-18).

¹¹⁷ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2. Path:CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-652.txt. Object ID 6634489 de PAE 2 (chat-652).

¹¹⁸ En la revisión de los participantes del grupo de WhatsApp creado por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) en octubre de 2015, con el nombre de **ASOPROVAL**, se pudo observar que quienes hacían parte de dicho grupo –a través de las personas naturales que los representaban dentro de la asociación–, eran **SURCOLOMBIANA**, **DISERAL**, **SPRESS**, **IBEASER**, **CATALINSA**, **LIBER** y otras empresas no investigadas en este caso.

¹¹⁹ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/chat-38.txt. Object ID 4607105 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

sobre un seguro desabastecimiento en la alimentación escolar de miles de niños en Bogotá"¹²⁰. Este documento habría sido elaborado por [REDACTED] y [REDACTED] en nombre de **ASOPROVAL** y, posteriormente, fue difundido como un comunicado de prensa.

Otra situación que confirmó que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) tuvo participación y gran influencia dentro de las actuaciones anticompetitivas que desarrollaba **ASOPROVAL**, que buscaban desacreditar los procesos del **PREB** que, adelantada la **SED**, correspondió con que todos los correos enviados por la asociación lo incluían como destinatario o era copiado. Esta situación evidenció su participación activa en los trámites realizados y la importancia que tenía dentro del actuar de **ASOPROVAL** al comunicarle todo lo que hacían y tener la posibilidad de opinar. Tal como se demuestra en el correo electrónico de 13 de octubre de 2015¹²¹, en el cual **ASOPROVAL**, a través de su directora ejecutiva, señaló que debían atacar la adjudicación adelantada a través de **IAD** del año que cursaba.

Al respecto, se encontró también un correo electrónico enviado por **ASOPROVAL** a sus asociados el 13 de enero de 2017¹²² que demuestra que la asociación presentó una acción de tutela con el fin de impedir la realización de los procesos del **PREB** por el mecanismo de **IAD**. Este mensaje de datos fue remitido con el nombre "ACCION DE TUTELA.docx" a varios investigados entre ellos [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**).

(iv) Del material probatorio recaudado y extraído del celular de [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) se encuentra un chat¹²³ con [REDACTED] (controlante de **IBEASER**) en el que hablaron del proceso de selección **LP-AG-130-2016** que, como se expuso en la Resolución Sancionatoria, fue boicoteado por los investigados. En este chat se envió el análisis de costos logísticos de **CATALINSA**, información que tenía carácter sensible, confidencial y exclusiva, lo que corroboró, en primer lugar, la cercanía entre los investigados. En segundo lugar, que existía un acuerdo para no presentarse en el proceso de selección adelantados por los **IAD** y, en tercer lugar, confirmó que efectivamente que los investigados boicotearon el proceso **LP-AG-130-2016** al no presentarse de manera predeterminada y avalar las tutelas presentadas por **ASOPROVAL** para impedir el trámite del proceso –al ser participantes activos en la asociación–. Por último, y no menos importante, se demostró que la información recolectada legalmente del celular de [REDACTED] tenía un fin pertinente y útil para la investigación administrativa, la cual, confirmaría que la información que el investigado ordenó borrar sí permitía comprobar su participación en los acuerdos contrarios a la libre competencia que ejecutó, facilitó y autorizó.

Dicho lo anterior, se reitera que se encontró plenamente acreditada la existencia de un acuerdo anticompetitivo fraguado por [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) en representación de **IBEASER**, cuya finalidad era afectar la libre competencia en los procesos de selección del **PREB** adelantados por la **SED** entre 2007 y 2017. Del mismo modo, las pruebas obrantes en el Expediente demuestran la responsabilidad y participación de cada uno de los investigados, así como la responsabilidad de las empresas participantes del acuerdo y de las

¹²⁰ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2. #1: chats\iMessages\attachments38\Adjunto70b47c88-fc0c-4324-b001-ef9cff94427f.docx. Object ID 4607162 de PAE 2.

¹²¹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: WEB-01-GERENCIA-GENERAL.ad1\WEB-01:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB-01\ [REDACTED].ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Proyecto documento. Object ID 2092842 de PAE 2.

¹²² Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/Argumentos. Object ID 1973761 de PAE 2.

¹²³ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/chat-43.txt. Object ID 4607107 de PAE 2 (chat-43).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

personas naturales vinculadas a estas, como es el caso de [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) e **IBEASER**.

Finalmente, respecto a la solicitud elevada por [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) en la que exige que se juzgue por separado su conducta y la desplegada por **IBEASER**, este Despacho considera que esto no es procedente. Es importante aclarar que esta Superintendencia le atribuyó a [REDACTED] una responsabilidad por separado y sustentada con el material probatorio que reposa en el Expediente, que evidencia su participación en el acuerdo colusorio. Las pruebas, que fueron presentadas en este aparte, corroboraron que tenía comunicación y se concertaba con otros investigados para determinar la forma como se presentarían a los procesos de selección, además de que fue el líder del equipo interdisciplinario de **IBEASER** que le recomendaba a **JUAN CARLOS ALAMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) las **ZONAS** en que debía autorizar la participación de la compañía. En consecuencia, este Despacho corroboró que el investigado desarrolló acciones tendientes a autorizar la participación de **IBEASER** en el acuerdo anticompetitivo y, que en su calidad de gerente, también ejecutó y facilitó varias acciones que se reprochan al agente de mercado en el presente proceso administrativo.

Por lo tanto, se aclara que no se sancionó ni declaró responsable a [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) con base en pruebas que solo refieren a **IBEASER**, sino con aquellas que corroboran su actuación dentro del acuerdo anticompetitivo en los procesos de selección investigados.

En conclusión, y por lo establecido a lo largo del presente aparte, no resultan de recibo los argumentos alegados por **IBEASER**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) en los recursos de reposición presentados.

8.9. Consideraciones del Despacho sobre la participación de SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de SPRESS) e ISMAEL BELLO PACHÓN (representante legal suplente de SPRESS) en el acuerdo anticompetitivo

SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) argumentaron que no existen elementos de prueba suficientes para determinar que hubo un acuerdo restrictivo de la competencia en el marco de los procesos de selección del **PREB**. Adicionalmente, adujeron que existió una falta de imparcialidad por parte de esta Superintendencia al evaluar el material probatorio recopilado en el Expediente y al momento de sancionarlos.

Sobre el argumento consistente en la falta de imparcialidad señalaron, en primer lugar, que hubo violación al debido proceso al ser juzgado por una autoridad imparcial y por ser juzgado dos veces por el mismo hecho (*non bis in idem*), al haber sido analizado el material probatorio en consideración de lo decidido en un caso diferente que se encuentra en discusión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

En segundo lugar, indicaron que esta Superintendencia realizó una valoración arbitraria, irracional y carente de sustento de las pruebas indiciarias que llevó a la existencia de una "ceguera selectiva" que condujo a la "incorrecta e infundada" conclusión de sancionar. También solicitaron que, debido a que nunca hicieron parte de **ASOPROVAL**, les sean aplicados los mismos estándares probatorios empleados al analizar la conducta de **FABIO DOBLADO BARRETO**, a quien le fue archivada la investigación dentro del trámite administrativo por no ser parte de la asociación.

En tercer lugar, manifestaron que no existió ningún indicio o cualquier otro medio de prueba que otorgue certeza a esta Superintendencia sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo entre los

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

recurrentes y cualquier otro investigado durante el periodo 2007 a 2017, ni tampoco existen antecedentes ni indicios de colusión en mercados de alimentación en los que hayan participado.

Finalmente, frente a la relación de los recurrentes con [REDACTED] (asesora de SPRESS), alegaron que no existe indicio o prueba que indique una presunta cooperación o relación con dicha investigada, por lo que no puede aducirse que las conductas desplegadas por [REDACTED] les sean predicables a ellos.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Con el fundamento de responder los tres primeros argumentos presentados por los recurrentes, se realizará un análisis de los alegatos presentados frente a la objetividad de esta Entidad y la evaluación de las pruebas y los indicios que permitieron probar su participación dentro del acuerdo colusorio en el periodo entre 2007 y 2017.

Sobre la supuesta parcialidad de esta Entidad y la indebida apreciación de los indicios para la tomar la decisión de sancionar, es importante llamar la atención en que, en Colombia la Superintendencia de Industria y Comercio, en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación, en los términos del artículo 176 del CGP, de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Así, el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Dichos principios también se predicen en las actuaciones administrativas que adelanta esta Superintendencia como autoridad nacional de protección de la libre competencia.

En virtud de lo expuesto, y de acuerdo con el principio de congruencia, este Despacho consideró bajo la mirada de la sana crítica que valoradas las pruebas en conjunto que han sido acopiadas y practicadas hasta este punto del procedimiento administrativo sancionador, indican que existió un acuerdo restrictivo de la competencia entre 2007 y 2017 del cual hicieron parte los recurrentes. Actuación anticompetitiva que se debe estudiar con el agravante –como se mencionó al momento de tasar la sanción en la Resolución Sancionatoria–, que SPRESS ya había sido sancionado por esta Superintendencia justamente por colusión en contratación pública en el proceso de selección LP-AMP-129-2016, que tenía por objeto el suministro de los alimentos que componen los refrigerios del PAE en Bogotá.

Como tal, los recurrentes no fueron ajenos a la conducta anticompetitiva, sino que su comportamiento en los procesos de selección, su cercanía con los demás investigados y las pruebas acopiadas dan cuenta de dicho comportamiento. A continuación, se relacionarán algunas de las pruebas que fueron evaluadas por esta Superintendencia para llegar a la conclusión mencionada que permiten evidenciar la conducta colusoria desplegada por los recurrentes.

Un caso que ejemplifica la conducta en la que se encontraba inmerso SPRESS se apreció en el proceso de selección LP-SED-SGO-001-2007. En esta licitación se sorteó la adjudicación de doce (12) ZONAS del PREB de las cuales 5 fueron adjudicadas a los proponentes investigados como únicos oferentes, que correspondieron a 2 ZONAS para AERODELICIAS y SERVICIAL, 1 ZONA para JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de IBEASER), y 2 ZONAS para SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de SPRESS). De hecho, no existieron en el proceso de selección ZONAS en las que hubiesen coincidido los proponentes investigados, tal como se evidencia a continuación:

Tabla No. 5. ZONAS adjudicadas con proponente único vs. ZONAS adjudicadas en competencia en el proceso de selección LP-SED-SGO-001-2007

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
LP-SED-SGO-001-007	12	5 - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 3 y 11); - JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (ZONA: 5); - SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (ZONA: 7 y 10)	3 ZONA: 1, 9 y 12	3 - LIBER (ZONA: 2 y 6); - JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO y DISERAL (ZONA: 4)	0	0	1 ZONA: 8

Fuente: Elaboración SIC con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente¹²⁴.

Lo expuesto sobre lo sucedido al interior del proceso de selección LP-SED-SGO-001-2007 ilustra la forma en la que habrían actuado los investigados, incluido SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de SPRESS), debido a que evitaron competir entre ellos en las ZONAS ofertadas por la SED. Esto, con el fin de lograr ser adjudicatarios sin tener que soportar presiones competitivas y así obtener precios cercanos al presupuesto oficial. Dicha circunstancia que también ocurrió en los procesos de selección LP-SED-SGO-005-2008, SED-LP-DBE-001-2009, BOLSA I 2012, BOLSA II 2012-2013, BOLSA III 2013, SED-SA-SI-DBE-019-2013, SED-SA-SI-DBE-103-2013, SED-SA-SI-DBE-001-2014, SED-SA-SI-DBE-110-2014, SED-SA-SI-DBE-017-2015, tal como se puede observar en la siguiente tabla:

Tabla No. 6. Análisis de ZONAS adjudicadas del PREB a SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ con proponente único vs. proponentes en competencia (2008-2015)

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
LP-SED-SGO-005-2008	20	13 - LIBER (ZONA: 3 y 10); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5 y 17); - JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE e IBEASER (ZONA: 6 y 8); - JAVIER IGNACIO PULIDO y DISERAL (ZONA: 7 y 20); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 12); - SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (ZONA: 11 y 16); - MAURO'S FOOD S.A. (ZONA: 13)	2 ZONA: 18 y 19	2 - MAUROS FOOD S.A. (ZONA: 2); - FDB (ZONA: 15)	0	3 ZONA: 1, 4 y 14	0
SED-LP-DBE-001-2009	20	8 - FDB (ZONA: 1 y 15); - MAURO'S FOOD S.A. (ZONA: 2 y 13); - JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE e IBEASER (ZONA: 6 y 8); - LIBER (ZONA: 10); - JAVIER IGNACIO PULIDO y DISERAL (ZONA: 20)	1 ZONA: 14	6 - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5 y 17); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 12); - SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (ZONA: 11 y 16).	0	5 ZONA: 3, 4, 7, 18 y 19	0
BOLSA I 2012	22	7 - FDB (ZONA: 1); - LIBER (ZONA: 11); - CATALINSA (ZONA: 13); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 16); - IBEASER (ZONA: 18 y 19); - DISERAL (ZONA: 22)	0	10 - CATALINSA (ZONA: 2); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5); - DISERAL (ZONA: 6); - LIBER (ZONA: 8); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 10); - SPRESS (ZONA: 15); - FDB (ZONA: 17);	0	5 ZONA: 3, 4, 7, 12 y 14	0

¹²⁴ Folio 4998 del Cuaderno Público 26; folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; folio 5232 del Cuaderno Reservado 2; folio 5600 del Cuaderno Público 29; folio 5661 del Cuaderno Público 30 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiortas)
				-SURCOLOMBIANA (ZONA: 20 y 21).			
BOLSA II 2012-2013	22	14 - CAMPINA (ZONA: 1); -SURCOLOMBIANA(ZONA: 2); - DISERAL (ZONA: 3 y 22); - FDB (ZONA: 5 y 10); - IBEASER (ZONA: 7 y 17); - LIBER (ZONA: 8 y 16); - SPRESS (ZONA: 9 y 15); - CATALINSA (ZONA: 18); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 20).	0	0	2	6	0
BOLSA III 2013	11	4 - SPRESS (ZONA: 1); - FDB (ZONA: 5); - CATALINSA e IBEASER (ZONA: 8); - DISERAL (ZONA: 11).	0	1 LIBER (ZONA: 3)	3 - CAMPINA (ZONA: 4. Operación 17268396); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 6. Operación 17268394); - SURCOLOMBIANA (ZONA: 10. Operación 17268397)	3 ZONAS: 2, 7 y 9	0
SED-SA-SI-DBE-019-2013	16	10 - FDB (ZONA: 1); - SPRESS (ZONA: 2); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5); - LIBER (ZONA: 6 y 15); - CAMPINA (ZONA: 8); - CATALINSA (ZONA: 9); -SURCOLOMBIANA (ZONA: 10); - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 12); - IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA (ZONA: 13)	ZONA: 3 y 11	0	0	2 ZONA: 4 y 7	ZONA: 14 y 16
SED-SA-SI-DBE-001-2014	20	12 - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 3 y 8); - SPRESS (ZONA: 4 y 15); - SURCOLOMBIANA (ZONA: 7 y 11); - LIBER (ZONA: 10, 13 y 14); - FDB (ZONA: 18); - IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA (ZONA: 19); - CATALINSA (ZONA: 20)	ZONAS: 5 y 12	0	0	2 ZONA: 6 y 9	ZONA: 1, 2, 16 y 17
SED-SA-SI-DBE-110-2014	8	1 - IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA (ZONA: 2)	0	1 - SPRESS (ZONA: 1)	2 - SPRESS (ZONA: 5); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 8)	3 ZONA: 3, 4 y 7	1 ZONA: 6
SED-SA-SI-DBE-017-2015	28	12 - SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ e ISMAEL BELLO PACHÓN (ZONA: 2); - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 5); - SURCOLOMBIANA (ZONA: 10); - CAMPINA (ZONA: 11 y 13); - FDB (ZONA: 14); - CATALINSA (ZONA: 16); - LIBER (ZONA: 18 y 19); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 20); - IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA (ZONA: 26 y 27)	ZONA: 4, 7, 12 y 22	8 - SPRESS, STELLA TÉLLEZ e ISMAEL BELLO PACHÓN (ZONA: 3); - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 8); -SURCOLOMBIANA (ZONA: 9); - FDB (ZONA: 15); - CATALINSA (ZONA: 17); -AERODELICIAS y SERVICIAL (Z.: 21)	1 - DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO (ZONA: 8)	4 ZONA: 1, 23, 24 y 25	1 ZONA: 28

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Fuente: Elaboración SIC con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente¹²⁵.

Cabe resaltar, que el comportamiento desplegado en todos los procesos de selección referenciados que adelantó la SED se desplegó el mismo actuar anticompetitivo por parte de SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de SPRESS) e ISMAEL BELLO PACHÓN (representante legal suplente de SPRESS), como por ejemplo ocurrió en el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-042-2016.

Sobre el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-042-2016, se tiene que la SED ordenó la apertura el 17 de mayo de 2016 con la finalidad de adjudicar 4 ZONAS correspondientes con las localidades de Engativá, Rafael Uribe y Antonio Nariño. De acuerdo con el acta cierre del proceso, que tuvo lugar el 31 de mayo de 2016, fueron recibidas ofertas por parte de 6 proponentes interesados, así:

Tabla No. 7. Participantes del proceso de selección SED-SA-SI-DBE-042-2016

No.	Oferente	Representante legal	Zonas aplicadas
1	Unión Temporal Nutrir de Colombia 2016 (Integrada por: [REDACTED] 93%, Nutrir de Colombia S.A.S. 6% y Alimso Catering Services S.A. en reorganización 1%)	[REDACTED]	1 y 4
2	SPRESS	Stella Téllez Hernández	1, 2, 3 y 4
3	Cooperativa de Suministros de Alimentos de Colombia	[REDACTED]	2
4	Unión Temporal Appenzell 2016 (Integrada por: [REDACTED] 92% y Kaysen Soluciones S.A.S. 8%)	[REDACTED]	3
5	SURCOLOMBIANA	Luisa Fernanda Flórez Rincón	2 y 3
6	Industria Panificadora el Country Ltda.	[REDACTED]	2, 3 y 4

Fuente: Elaboración SIC con base en fuentes públicas (SECOP¹²⁶) y de conformidad con la información que integra el Expediente.

En revisión del proceso de selección mencionado se encontró que SPRESS resultó adjudicatario de 2 de las ZONAS ofertadas como oferente único, y en dos de las ZONAS en las que coincidió con otro de los investigados, en este caso SURCOLOMBIANA, se evidenció una falta de presión competitiva real. De hecho, en las dos ZONAS en las que SPRESS y SURCOLOMBIANA coincidieron en una resultó adjudicatario SPRESS y en la otra resultó ganador SURCOLOMBIANA. Incluso se evidenció que el ahorro de los contratos adjudicados fue inferior de aquel descuento automático que se hubiera obtenido de resultar como proponentes únicos en dichas ZONAS (1.5%).

Lo anterior, resulta consistente con la repartición de ZONAS imputada a los recurrentes, debido a que en la ZONA 3 SURCOLOMBIANA venció a SPRESS con un solo lance por el mínimo permitido y en la ZONA 2 SPRESS resultó adjudicatario con un descuento del 1,03%. Debe anotarse sobre la ZONA 2 que SPRESS resultó adjudicatario al haber sido SURCOLOMBIANA rechazada económicamente, por cuanto presentó un ahorro elevado que llevaba su oferta supuestamente a ser artificialmente baja.

Adicionalmente, se evidenció que, además de participar en los procesos de contratación estatal objeto de análisis donde los investigados se repartición las ZONAS ofertadas, los recurrentes también participaron de la concertación para boicotear mediante ASOPROVAL los procesos de selección adelantados a través de los IAD.

Sobre lo realizado en contra de la puesta en práctica de los procesos llevados a cabo por los IAD, se encontró que SPRESS fue miembro de la junta directiva de ASOPROVAL que fue el vehículo a través del cual se materializó la presión dirigida a dichos procesos de selección, que tuvo la presentación de acciones legales y comunicados de prensa en contra de dicha modalidad de contratación. La participación de SPRESS en la mencionada asociación se pudo observar en el

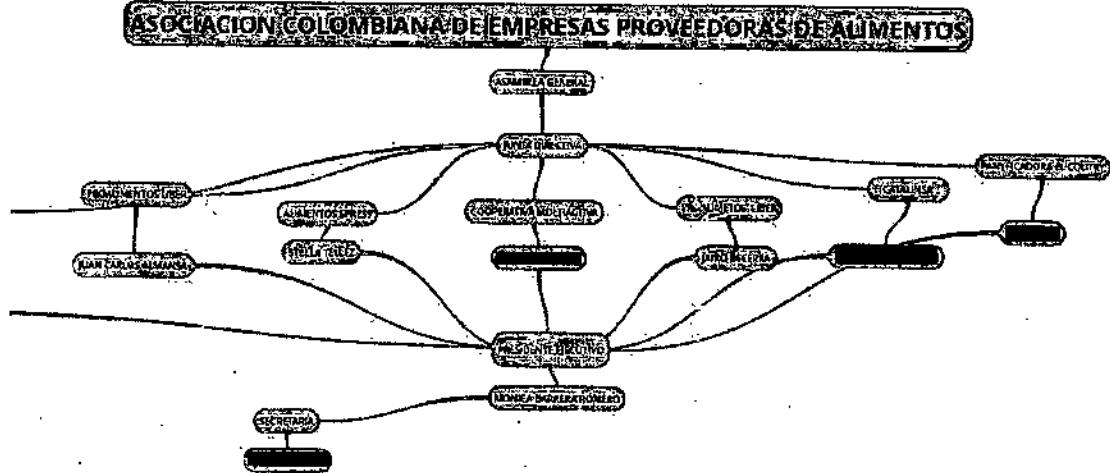
¹²⁵ Folio 4998 del Cuaderno Público 26; folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; folio 5232 del CGR2 del cuaderno reservado general. Ruta: Cuadernos Reservados Generales/CRG2/CRG2-F5232; folio 5600 del Cuaderno Público 29; folio 5661 del Cuaderno Público 30.

¹²⁶ Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-9-414890>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

organigrama de **ASOPROVAL** recolectado durante la visita administrativa practicada a sus instalaciones. Documento que se presenta a continuación:

Imagen No. 10. Organigrama de **ASOPROVAL**, entregado durante visita administrativa

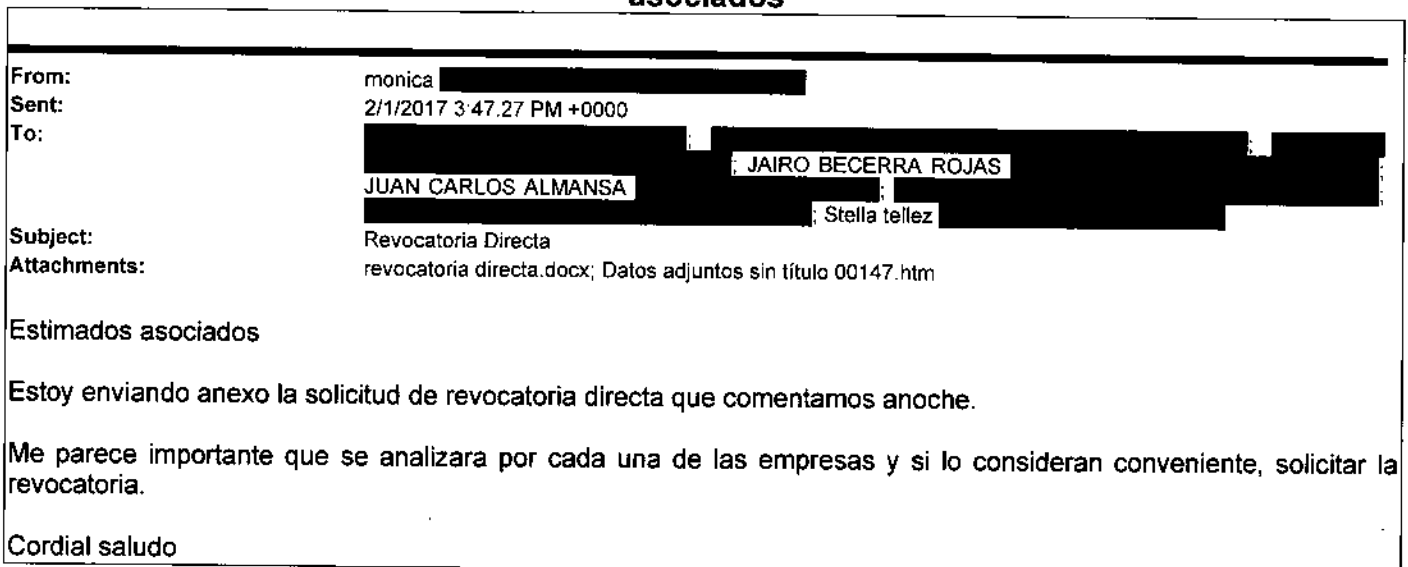


Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹²⁷.

Aunque el organigrama arriba presentado no expone cuáles eran las funciones de los integrantes de **ASOPROVAL**, sí permite conocer quiénes eran y cómo dependía el funcionamiento de la asociación de todos los asociados, debido a que todos estaban unidos a los órganos de decisión. Como se puede observar, **SPRESS** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) se encontraban entre de los integrantes de **ASOPROVAL**.

Dentro del comportamiento desarrollado por los investigados, en el marco de los procesos adelantados por los **IAD**, se halló un correo electrónico remitido entre los asociados de **ASOPROVAL** —entre los que estaban [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**)— el 1 de febrero de 2017¹²⁸, que tenía un borrador de solicitud de revocatoria directa que debía ser presentada por [REDACTED] (abogado de **LIBER**), con fin que fueran revocados todos los referidos procesos. A continuación, se presenta el correo electrónico:

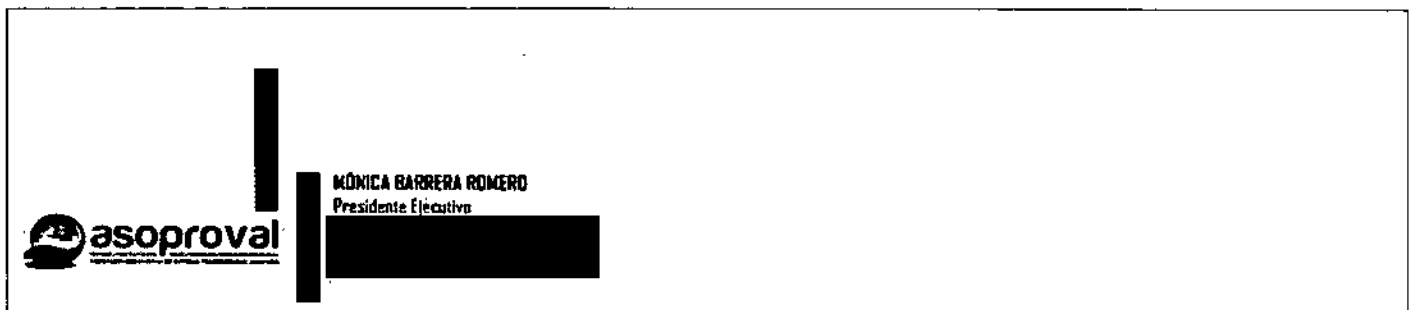
Imagen No. 11. Correo electrónico del 1 de febrero de 2017 de **ASOPROVAL** a sus asociados



¹²⁷ Folio 209 del cuaderno público No. 2.

¹²⁸ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\1\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB];Windows8_OS [NTFS]\[root]\Users\User\Documents\Archivos de Outlook\Outlook.pst\Archivo de datos de Outlook\Elementos enviados\Revocatoria Directa\revocatoria directa.docx. Object ID 1973071 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹²⁹.

El mensaje de datos citado tenía adjunto el siguiente documento:

Imagen No. 12. Adjunto del correo electrónico del 1 de febrero de 2017 de ASOPROVAL a sus asociados

Señores
COLOMBIA COMPRA EFICIENTE
 Doctora
MARÍA MARGARITA ZULETA GONZÁLEZ
 Directora General

E. S. D.

Ref. : *Petición de revocación directa de la Resolución No.1189 de 2017 - Por medio de la cual se ordena la apertura de la Licitación Pública No.LP-AMP-129-2016.*

[Redacted] mayor de edad, identificado con la Cédula de Ciudadanía [Redacted] en ejercicio y abogado portador de la tarjeta profesional [Redacted] del C.S. de la J. obrando en nombre propio; acudo a su despacho para que proceda con la revocación directa del acto administrativo referenciado; con base en los fundamentos de hecho y de derecho que a continuación expongo:

HECHOS:

PRIMERO: El día 19 de diciembre de 2016 la Entidad; publica en el SECOP II, los siguientes documentos:

1. **Aviso Convocatoria PAEII** a las 12:57:28 PM
2. **Estudio de mercado PAE Bogotá** a las 12:57:30 PM
3. **Anexo 4_Edm SED** a las 12:59:30 PM
4. **Estudios previos** a las 12:59:46 PM
5. **Pliego de condiciones** a las 19/12/2016 01:00:45 PM
6. **Fichas Técnicas** a las 6 01:07:30 PM
7. **Anexo 2 segmentos de participación** a las 01:11:37 PM

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹³⁰.

Sobre el documento arriba expuesto, este Despacho destaca que **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) manifestó a sus destinatarios que su contenido correspondió con lo que "*comentamos anoche*". Situación que permite inferir que hubo una discusión previa sobre el asunto entre las personas vinculadas con **ASOPROVAL** y que

¹²⁹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/Revocatoria Directa. Object ID 1973070 de PAE 2.

¹³⁰ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/Revocatoria Directa/revocatoria directa.docx. Object ID 1973071 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

correspondió a solicitar la revocatoria directa de todos los procesos de selección adelantados por la **SED** mediante los **IAD**.

Cabe resaltar que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **SPRESS**)¹³¹ aceptó, durante la visita administrativa a **SPRESS**, que tenían "*hartos grupos*" en los que determinaban a qué **ZONAS** se presentarían, los precios y hasta qué punto se iban a bajar en las pujas. Así mismo, se refirió a que evitaba competir en **ZONAS** en las que ya venían operando otras empresas porque eso sería "*buscar problemas*" y, en ese sentido, señaló "*yo busco lo mío*", es decir, las **ZONAS** en las que se venía presentando. Lo anterior, refuerza la conducta anticompetitiva **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y hace notorio que la presentación de **SPRESS** a los procesos de selección no se debía al azar o a la casualidad, pues estas variables no podrían explicar el consistente e invariable resultado obtenido en los procesos investigados que da cuenta de una repartición de **ZONAS**.

Un ejemplo de la situación anteriormente expuesta sucedió en el proceso selección **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, en el que participó **SPRESS**, en donde la Delegatura realizó un ejercicio de simulación¹³² de acuerdo con el cual concluyó que existió una posibilidad entre el 0% y el 0,001% para que, habiendo 15 participantes en el proceso de selección para los 16 grupos a adjudicar, se presentara un solo oferente por zona. Circunstancia que al final ocurrió en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-019-2013**. Por lo tanto, es evidente que la casualidad o el azar no podrían explicar el consistente e invariable resultado analizado precedentemente, en la medida en que existía entre un 0% y un 0,001% de probabilidad de que el resultado en cuestión se diera como resultó sin que mediara un sistema de coordinación.

En total se tiene que la conducta de **SPRESS**, que fue ejecutada a través de su controlante (también representante legal) y su representante legal suplente, afectó el 79% del mercado, es decir, 15 de los 19 procesos investigados, toda vez que, tal como fue señalado en la Resolución Sancionatoria, producto del actuar coordinado de **SPRESS** y demás colusores, se afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

Así las cosas, este Despacho encontró suficientes elementos de prueba que, analizados en conjunto y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, permitieron concluir objetivamente la existencia de un acuerdo anticompetitivo en el que participaron los recurrentes entre 2007 y 2017. Con lo cual se desestiman los primeros tres argumentos presentados por los recurrentes.

Respecto al cuarto argumento, en el que los recurrentes alegaron que no existe dentro del Expediente prueba directa o indirecta que indique que tuvieron relación con el actuar de [REDACTED] (asesora de **SPRESS**), este Despacho reitera los argumentos expuestos en la Resolución Sancionatoria mediante los cuales se realizó la evaluación de las pruebas que permitieron concluir que sí existió una relación con ella. Por tal motivo, se traerán a colación de nuevo las principales pruebas expuestas a lo largo de la investigación, las cuales llevaron a determinar la vinculación de [REDACTED] como asesora de **SPRESS** y de sus acciones tendientes a facilitar la participación de esta empresa en el acuerdo colusorio ejecutado con los otros investigados.

Los hechos probados corresponden con los siguientes:

(a) Mediante correo electrónico del 29 de marzo de 2009 referido a la concertación de un "*lobby*" en el proceso de selección **LP-SED-001-2009**¹³³, encontrado en el computador de **JUAN DE JESÚS**

¹³¹ Folio 6128 del cuaderno reservado No. 2 (disco 1). Visita administrativa a **SPRESS** el 13, 14 y 15 de junio de 2017.

¹³² La simulación se realizó en Microsoft Excel 2010 mediante la generación y conteo de números aleatorios, y con la Distribución Uniforme que este programa utiliza.

¹³³ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. Path: PC_01_JUAN_ALEMAN_GTE_GRAL_LACAMPINA.ad1/Ger-general:E:\Ger-general/Documentos/Outlook/archive1.pst/archive1/Elementos eliMinutoados/RE: carta contraloria y personería. Object ID 2994831 de PAE 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ALEMÁN GUERRERO (controlante de **LA CAMPIÑA**), se evidenció que [REDACTED] [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) indicó lo siguiente: "ENVÍO CARTA A LA CUAL SE LE HIZO EL LOBI RESPECTIVO Y NECESITA DE POR LO MENOS CUATRO EMPRESAS QUE LA ENVIEN. YO YA LA RADIQUE. ESPERO SUS COMENTARIOS. [REDACTED]".

Al revisar el contenido del correo electrónico citado resultó evidente que [REDACTED] [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) indicó haber radicado la carta. También se encontró al examinar las propiedades documento que fue proyectado con la firma de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**).

(b) Un segundo aspecto encontrado, corresponde con que otros investigados asociaron a [REDACTED] [REDACTED] como asesora de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) y abogada de **SPRESS**. Así lo manifestó **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) en su declaración¹³⁴ "(...) [REDACTED] siempre ha participado como asesora de Stella Téllez, tengo entendido que es la hermana y es la abogada de la empresa Stella Téllez".

También se encontró una de las conversaciones entre **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**) y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidente ejecutiva de **ASOPROVAL**) del 24 de octubre de 2016¹³⁵, en la que se hizo referencia a una reunión "con las sras Téllez", por cuanto **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** indicó que fueron a "almorzar" y que tendrían un "desayuno el jueves con ellas" (refiriéndose tanto a [REDACTED] [REDACTED] como a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**).

Es más, en el correo electrónico del 23 de enero de 2013¹³⁶, encontrado en el computador de [REDACTED] [REDACTED], corredor de **COMFINAGRO S.A. (COMFINAGRO)**, enviado en copia oculta a **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**), se reveló información confidencial sobre quiénes eran los proponentes donde se encontró que justamente [REDACTED] [REDACTED] escribió al momento de hacer referencia a **SPRESS** —quien era representado por **VALORAGRO S.A.**— como de "Las Téllez".

(c) Dentro de las pruebas recolectadas se encontró evidencia de la participación de [REDACTED] [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) como asesora de **SPRESS** en los asuntos de **ASOPROVAL**, ejemplo de ello se encuentra en el correo electrónico del 13 de enero de 2017¹³⁷ remitido por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidente ejecutiva de **ASOPROVAL**). En este mensaje de datos la remitente puso en conocimiento de los representantes de las compañías investigadas asociadas a la agremiación y otras personas vinculadas a estas, entre ellas [REDACTED] [REDACTED] (asesora de **SPRESS**), el documento de acción de tutela para presentar en contra de **CCE** y la **SED**, en relación con el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** como parte de la estrategia coordinada de presión jurídica encaminada a afectar los procesos del **PREB**.

Una situación adicional encontrada respecto a la actuación de [REDACTED] [REDACTED] como asesora de **SPRESS** en **ASOPROVAL**, corresponde con lo hallado mediante correo

¹³⁴ Folio 9792 del Cuaderno Público 51 del Expediente. Minuto 58:45.

¹³⁵ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-317.txt Object ID 6632890 de PAE 2.

¹³⁶ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. Path: WEB-02-JAVIER-PULIDO.ad1/WEB-02:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB-02/[REDACTED].ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Inf Conf. Object ID 2181302 de PAE 2.

¹³⁷ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\A:\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/URGENTE ACCIÓN DE TUTELA. Object ID 1973686 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

electrónico del 16 de marzo de 2017¹³⁸ remitido por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**), el cual contiene información **"IMPORTANTE"** sobre el proceso de selección No. **SASIP 002-045-2017** adelantado por la **ALFM** para la adjudicación de unas **ZONAS** del **PREB**, comunicación en la cual se encuentra como destinataria

Lo expuesto evidencia que [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) era reconocida por algunos investigados, en el ejercicio de su actividad comercial, como la asesora y abogada de **SPRESS** y de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**). Por cuanto **"Las Téllez"**, [REDACTED] y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, participaban juntas cuando asistían a las reuniones programadas con otros investigados y, como tal, representaban en conjunto los intereses de **SPRESS**. Es más, los correos electrónicos de **ASOPROVAL** que dieron cuenta de su actuar anticompetitivo eran copiados a [REDACTED] para que tuviera conocimiento de lo que estaba ocurriendo.

Por consiguiente, se puede evidenciar que existe suficiente material probatorio que permitió concluir la existencia de una relación entre [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) con **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**), siendo estas dos últimas personas quienes controlaban y disponían todo lo referente al actuar de **SPRESS** en los procesos de contratación estatal y debían tener conocimiento de la labor que realizaba [REDACTED]. Así las cosas, se afirma que las acciones de [REDACTED] están ligadas directamente con las de los recurrentes, ya que dentro del acervo probatorio se evidenció que el actuar de la referida asesora de **SPRESS** facilitó la participación la compañía en el acuerdo colusorio ejecutado con los otros investigados.

Por lo dicho anteriormente este Despacho consideró que no son procedentes los argumentos presentados por los recurrentes y, como tal, se desestimarán las solicitudes de archivo del proceso administrativo sancionatorio.

8.10. Consideraciones del Despacho sobre la responsabilidad de CATALINSA, WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de CATALINSA) y [REDACTED] (controlante de CATALINSA) en el acuerdo anticompetitivo

[REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**) y **CATALINSA** indicaron que no existen pruebas directas o indirectas sobre la existencia de un acuerdo anticompetitivo, debido a que, a lo largo de todo el expediente, no se encuentra algún documento que corrobore la concertación ilegal entre los investigados. Para los recurrentes una cosa es un indicio y otra muy diferente es una conjetura, que fue lo que hizo esta Superintendencia ante la falta de pruebas al llenar los vacíos existentes con hechos imaginarios. Agregaron, que lo que hubo fueron inferencias forzadas para extraer la responsabilidad de los recurrentes, actuación que fue especulativa y solo trató de eludir la carga de prueba que tiene esta Autoridad para demostrar la responsabilidad de los recurrentes.

Adicionalmente, cuestionaron el análisis realizado por esta Superintendencia frente a las pruebas sobre cruces de comunicaciones con otros investigados, como por ejemplo con [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), que sirvieron como indicio para probar su participación en el acuerdo anticompetitivo sancionado. En su concepto, no es claro que el intercambio de información se refiera a información sensible o estratégica, por el contrario, se trató de información pública y de libre acceso.

¹³⁸ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\A\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS][root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/[REDACTED].pst/[REDACTED]/Elementos enviados/IMPORTANTE ALFM, Subasta 002-045-2017 [59851]. Object ID 1434323 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

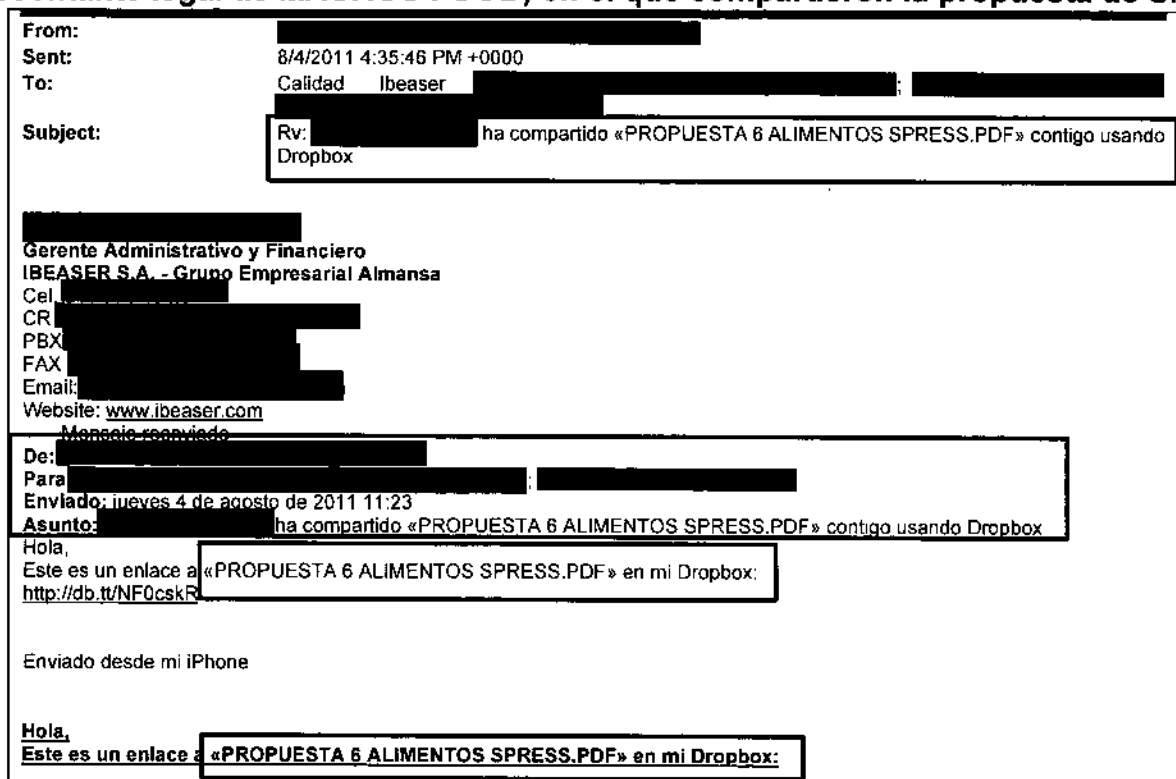
Así, el recurrente explicó que las actuaciones desplegadas por **CATALINSA** lejos de responder a un esquema de coordinación anticompetitiva, en realidad fueron tomadas individualmente conforme con sus estrategias corporativas.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Las pruebas que reposan en el Expediente y que fueron analizadas en la Resolución Sancionatoria confirman el cruce de comunicaciones entre los investigados y la relación de cercanía y amistad que existía entre ellos, circunstancias que sirvieron como facilitadoras de la concertación ilícita desplegada por los proponentes investigados, entre los que figuran los recurrentes, en los procesos de selección objeto de investigación.

En primer lugar, se encontró en el Expediente un correo electrónico del 4 de agosto de 2011 que contenía información cruzada entre **IBEASER** y **MAUROS FOOD**¹³⁹, en el que [REDACTED] (representante legal de **MAUROS FOOD**) compartió a **IBEASER**, su supuesto competidor, un vínculo en Dropbox denominado "*Propuesta 6 ALIMENTOS SPRESS*". El contenido del mensaje de datos es el siguiente:

Imagen No. 13. Correo electrónico entre [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) y [REDACTED] (representante legal de MAUROS FOOD) en el que compartieron la propuesta de SPRESS



Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹⁴⁰.

En segundo lugar, mediante correo electrónico del 8 de enero de 2016 se convocó a una reunión por parte de **ASOPROVAL** y sus agremiados –incluidos **CATALINSA** y [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**)– para la discusión de los pliegos de

¹³⁹ **MAUROS FOOD** fue la compañía que fue sustituida por **CATALINSA** en la posición que ostentaba en el mercado, la cual, también tuvo como controlante a [REDACTED].

¹⁴⁰ Folio 6124 del cuaderno reservado general. Ruta: Cuadernos Reservados Generales/CRG2/CGR2-F6124/REQ_05_USPEC.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

condiciones del proceso SED-SA-SI-DBE.002-2016¹⁴¹. Una vez celebrada la reunión, [REDACTED] le envió a [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) un chat en el que hacía mención del envío de un otrosí, en el que se realizaba una reducción de 60 millones a un contrato que no especificó ni identificó. Estos hechos evidencian, nuevamente, las frecuentes conversaciones entre dos competidores en el periodo de tiempo en el que se adelantaban procesos de selección en el marco del PREB. El chat mencionado se expone a continuación:

Imagen No. 14. Extracto de chat entre [REDACTED] y [REDACTED] el 20 de enero de 2016

Hora de inicio: 1/20/2016 5:30:40 PM(UTC+0)
 Actividad más reciente: 1/20/2016 5:30:40 PM(UTC+0)
 Participantes: [REDACTED]
 De: From: [REDACTED]
 Marca de hora: 1/20/2016 5:30:40 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Contenido:
 [REDACTED] lo que necesito del contrato es el otrosí mediante el cual se hace una reducción de 60 millones al contrato

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹⁴².

En tercer lugar, se halló una conversación del 15 de marzo de 2016 entre [REDACTED] (controlante de CATALINSA) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) en la cual cruzaron mensajes de chat referentes a los pagos que la SED debía hacerles como contratistas. Así se aprecia en el mensaje con carácter de "urgente" que [REDACTED] envió a [REDACTED] para tratar aspectos relacionados con ese tema. La conversación es la siguiente:

Imagen No. 15. Chat entre [REDACTED] y [REDACTED]

Hora de inicio: 3/15/2016 3:13:34 PM(UTC+0)
 Actividad más reciente: 3/15/2016 3:14:39 PM(UTC+0)
 Participantes: [REDACTED]
 De: From: [REDACTED]
 Marca de hora: 3/15/2016 3:13:34 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Contenido:
 Márqueme es urgente

De: From: [REDACTED]
 Marca de hora: 3/15/2016 3:14:09 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Contenido:
 Tema?

De: From: [REDACTED]
 Marca de hora: 3/15/2016 3:14:27 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Contenido:
 Pagos sed

De: From: [REDACTED]
 Marca de hora: 3/15/2016 3:14:39 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Contenido:
 Se quieren envoltar

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹⁴³.

¹⁴¹ Solo 3 ZONAS de las 30 ofertadas coincidieron los oferentes investigados. Siendo adjudicatarios como únicos proponentes de 12 ZONAS.

¹⁴² Folio 6124 del CGR2 del cuaderno reservado general. Ruta: Cuadernos Reservados Generales/CRG2/CGR2-F6124/REQ_02_PAE.

¹⁴³ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: CEL-02-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/chat-12.txt Object ID 4508055 de PAE 2 (chat-12).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En conclusión, las pruebas presentadas confirmaron que entre los investigados hubo comunicación continua, cruce de información, adecuación de espacios propicios para los encuentros y tomas de decisiones conjuntas en los procesos de selección del **PREB** durante el periodo entre 2007 y 2017. Circunstancias que sirvieron como facilitadoras para que los investigados se pudieran coordinar al momento de presentarse a los procesos de selección que adelantó la **SED**.

Las pruebas de coordinación presentadas por esta Superintendencia y la forma de presentación a los procesos de selección le permitieron, tal como lo señaló la Resolución Sancionatoria, atribuir responsabilidad a **CATALINSA**. Con los elementos de prueba recaudadas sobre procesos de selección **BOLSA I (2012)**, **BOLSA II (2012-2013)** y **BOLSA III (2013)**, adelantados a través del de la **BMC**, se demostró que **CATALINSA** ejecutó un comportamiento acorde con la dinámica anticompetitiva del acuerdo colusorio celebrado con los otros investigados. Más aún si se tiene en cuenta que **CATALINSA**, **DISERAL** e **IBEASER** concurren a este escenario de negociación en aparente competencia y representadas por el mismo operador ante la **BMC** sin competir realmente entre ellos y otros investigados.

Por su parte, en cuanto a los procesos adelantados bajo la modalidad de selección abreviada por subasta inversa, entre 2013 y 2016, **CATALINSA** participó y fue adjudicatario en ausencia de efectiva competencia en los procesos **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, **SED-SA-SI-DBE-017-2015** y **SED-SA-SI-DBE-002-2016**.

De igual forma, obra en el Expediente prueba de la participación de [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) y **CATALINSA** en **ASOPROVAL**. Por cuanto [REDACTED] fue miembro de la junta directiva de **ASOPROVAL** que, como se ha dicho en varias ocasiones, fue el instrumento utilizado por los investigados para desplegar la conducta anticompetitiva y sabotear los procesos de selección del **PREB** adelantados por la **SED** a través de los **IAD**. Sobre esta última actuación, se encontró que los asociados de **ASOPROVAL** se coordinaron mediante reuniones, llamadas y correos electrónicos para presentar comentarios de peticiones y tutelas en contra de los procesos que se estaban llevando a cabo, estrategia que fue utilizada para boicotear el trámite de los procesos y que fuera cambiada la modalidad de contratación por parte de la Entidad contratante.

Uno de los aspectos que mencionaron los recurrentes en las observaciones a la Resolución Sancionatoria fue sobre la información compartida en 2017, que manifestaron que no era confidencial. Al respecto, este Despacho procede a contextualizar el escenario en el que se compartió dicha información. Para empezar, como se ha mencionado en varias ocasiones, **ASOPROVAL** fue un escenario utilizado por los competidores para estudiar los pliegos de condiciones de los procesos de selección, bajo este entendido los agremiados se reunieron para estudiar los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **LP-AG-130-2016** en diciembre de 2016.

Específicamente, para el proceso de selección **LP-AG-130-2016** se evidenciaron intercambios de información entre los investigados sobre la evaluación económica de las condiciones contenidas en el pliego, prueba de ello es una conversación entre [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) en donde hablaron de los estudios de costos. El chat encontrado se muestra a continuación:

Imagen No. 16. Mensaje de chat del 18 de enero de 2017 circulado entre [REDACTED] (controlante de CATALINSA) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER)

Hora de inicio: 1/18/2017 3:40:27 PM(UTC+0)

Actividad más reciente: 2/6/2017 7:00:38 PM(UTC+0)

Participantes:

+ [REDACTED]

De: From: + [REDACTED]

Marca de hora: 1/18/2017 3:40:27 PM(UTC+0)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Aplicación de origen:

Contenido:

Aquí esta el estudio costos

De: From [REDACTED]

Marca de hora: 1/18/2017 3:40:35 PM(UTC+0)

Aplicación de origen:

Contenido:

<http://www.educacionbogota.edu.co/es/temas-estrategicos/alimentacion-escolar/modelo-de-costos-de-alimentos-y-operacion-logistica>

(...)

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹⁴⁴.

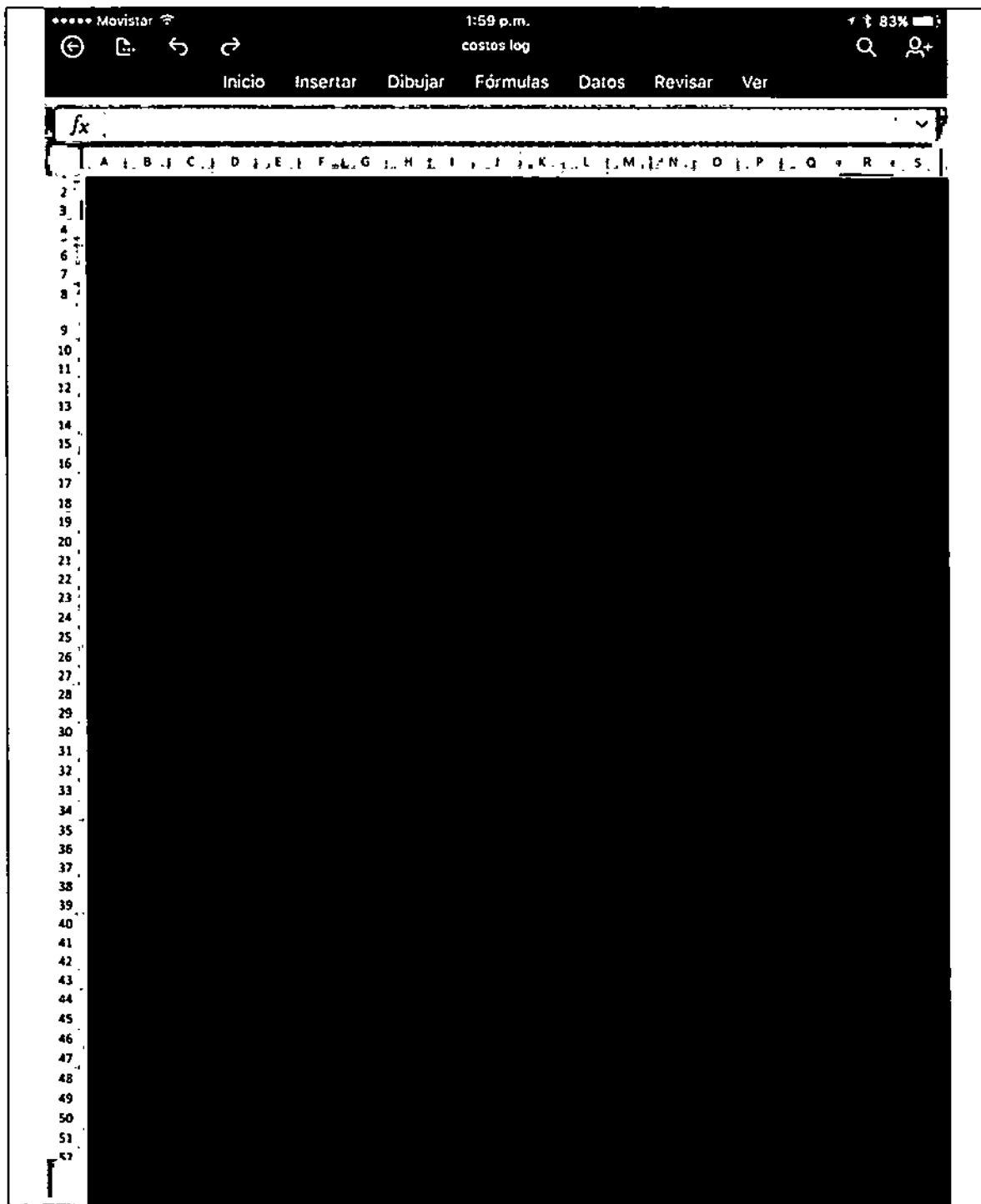
Posterior a la conversación antes presentada, el 6 de febrero de 2017, un día antes de vencerse el plazo para presentar observaciones al proceso de selección **LP-AG-130-2016**, [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) le compartió a [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) una imagen¹⁴⁵ asociada con el proceso de selección **LP-AG-130-2016** con información entendida como sensible, confidencial y exhaustiva, ya que contenía el análisis de costos logísticos adelantados por [REDACTED] para el proceso de contratación mencionado. El traspaso del análisis de costos de un posible competidor a otro constituyó un factor esencial de competencia, en la medida en que le permitía al destinatario adoptar decisiones relacionadas con presentar propuesta o no, elegir el segmento y establecer el valor de la oferta económica. Lo que consecuentemente podría darles una ventaja a sus competidores en futuras ocasiones al anticipar futuras decisiones en escenarios similares.

Imagen No. 17. Documento del 6 de febrero de 2017 circulado a través de mensaje multimedia entre [REDACTED] (controlante de CATALINSA) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER)

¹⁴⁴ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/chat-43.txt. Object ID **4607107** de PAE 2 (chat-43).

¹⁴⁵ Folio 3113 del cuaderno público No. 17. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/attachments43/Adjuntod410a4f6-1090-489d-b6b5 5874fb3c33f0.PNG. (Nota: el material extraído de la visita de que hace parte este archivo pesa 1 TB, por lo que obra fuera del expediente bajo la custodia del Laboratorio de Informática Forense). Object ID **4607402** de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹⁴⁸.

En línea con lo presentado anteriormente, en chat del 1 de marzo de 2017 se evidenció una conversación¹⁴⁷ entre [REDACTED] (controlante de CATALINSA) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBEASER) en el que se refirieron a un documento titulado "Alerta sobre un seguro desabastecimiento en la alimentación escolar de miles de niños en Bogotá"¹⁴⁸. Dicho documento habría sido elaborado por [REDACTED] y [REDACTED] a nombre de ASOPROVAL

¹⁴⁸ Folio 3113 del cuaderno público No. 17. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/attachments43/Adjuntod410a4f6-1090-489d-b6b5-5874fb3c33f0.PNG. (Nota: el material extralado de la visita de que hace parte este archivo pesa 1 TB, por lo que obra fuera del expediente bajo la custodia del Laboratorio de Informática Forense). Object ID 4607402 de PAE 2.

¹⁴⁷ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/chat-38.txt. Object ID 4607105 de PAE 2.

¹⁴⁸ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. #1: chats\iMessages\attachments38\Adjunto70b47c88-fc0c-4324-b001-ef9cff94427f.docx. Object ID 4607162 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

para que, posteriormente, fuera difundido como un comunicado de prensa. Por lo tanto, está acreditado que los investigados, que estaban agremiados a **ASOPROVAL**, acordaron no participar en el proceso de selección **LP-AG-130-2016** y, de esta manera, pretendían generar el supuesto riesgo de desabastecimiento en el desarrollo del **PREB**. Como tal, el único fin era promover que las Entidades contratantes se abstuvieran de emplear los **IAD** en el desarrollo del referido programa, y así retomar el sistema de adquisición anterior.

Adicional al comportamiento demostrado de los recurrentes en los procesos de contratación pública que adelantó la **SED**, se resalta que este Despacho consideró necesario mencionar que los recurrentes adoptaron una conducta procesal irregular durante la actuación administrativa que adelantó esta Superintendencia.

En cuanto al actuar de la controlante de **CATALINSA**, se tiene que, en el marco de la visita administrativa adelantada el 13 de junio de 2017 a la compañía, [REDACTED] no compareció ante el llamado de la Autoridad aun cuando fue requerido presencialmente en las instalaciones de la empresa visitada. Ante la no comparecencia del investigado, la Delegatura al día siguiente, el 14 de junio de 2017, volvió a requerir su presencia, pero no logró su cometido, debido a que [REDACTED] no asistió a la segunda citación. En consecuencia, la Delegatura suspendió la diligencia administrativa y la reprogramó para el 20 de junio de 2017, sin que se lograra la asistencia por parte del investigado quien no atendió el requerimiento ni allegó una excusa que justificara su ausencia. En lo que tiene que ver con **CATALINSA** y **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**) se evidenció que no atendieron los requerimientos efectuados por esta Superintendencia por cuanto no asistieron a las declaraciones programadas para ellos.

En conclusión, el material probatorio presentado en este aparte evidenció que este Despacho cuenta con elementos suficientes para sustentar la responsabilidad de los recurrentes. Elementos de prueba que, valoradas en conjunto, con todas las presentadas en el presente acto administrativo y en la Resolución Sancionatoria, confirmaron que hicieron parte de un esquema de coordinación con los investigados en los procesos **PREB** entre los investigados entre 2007 y 2017. En consecuencia, no son de recibo los alegatos presentados por los recurrentes en el recurso de reposición presentado.

8.11. Consideraciones del Despacho sobre la participación de LA CAMPIÑA en el acuerdo anticompetitivo

LA CAMPIÑA, en el recurso presentado, sostuvo que las pruebas existentes dentro del acervo probatorio del caso son insuficientes para aseverar que participó en un acuerdo colusorio y tampoco que había cercanía con los otros investigados. Con fundamento en lo anterior, el recurrente elaboró siete argumentos tendientes a desacreditar su participación en el presunto acuerdo restrictivo de la competencia.

En primer lugar, indicó que habría una falta de pruebas que lo vincularan con el acuerdo anticompetitivo debido a que, en un periodo de 10 años, solamente se encontraba mencionado en 2 correos electrónicos, uno de 2009 y otro de 2015, que no hacen referencia a repartición de **ZONAS** o grupos, definir términos de las propuestas o boicotear los procesos de selección. Señaló que dichos correos electrónicos no eran prueba de un actuar anticompetitivo, toda vez que un correo electrónico que no fue respondido y en el otro no se relacionó en qué forma deberían presentarse al proceso, solo se sugirió participar en una eventual queja que sería presentada a las autoridades de control, por lo que se criminalizó el uso de diminutivos. En esa medida no debería ser sancionado.

Adicionalmente, se refirió a que el correo electrónico remitido por [REDACTED] a los investigados carece de autenticidad, por lo que no puede ser valorado. Al respecto, indicó que el artículo 244 del **CGP** define que "[e]s auténtico un documento cuando existe certeza sobre la

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento”.

En segundo lugar, adujo que no podrían ser alegados en su contra procesos de contratación estatal en los cuales, a pesar de participar, no fue adjudicatario. Puntualmente hizo referencia a los procesos de selección **LP-SED-SGO-001-2007**, **SED-SI-DBE-122-2013**, **SED-SI-DBE-001-2014** y **SED-SI-DBE-110-2014**. En su concepto, al ser lo mínimo esperable de participar en un acuerdo anticompetitivo que le sean adjudicados los procesos de selección no podría endilgarse responsabilidad sobre estos.

En tercer lugar, indicó que tampoco podrían aducirse en su contra las conductas desplegadas en los procesos de selección **SED-LP-DBE-001-2009**, **BOLSA I 2012** y **LP-AG-153-2017**, con sustento en que en estos procesos existió una dura competencia. Al respecto, añadió que para los procesos adelantados en la **BMC** compitió de manera efectiva, puntualmente, señaló que en el **BOLSA I** bajó su precio en 10,31% y en 11,64%, en **BOLSA II** redujo su precio un 9,54 % y en **Bolsa III** la reducción ascendió a 2,41%.

En cuarto lugar, indicó que existieron razones técnicas que guiaron su comportamiento en los procesos de selección. Para el efecto señaló, como ejemplo, que las razones por las cuales escogió los grupos a participar en el **BOLSA I** se debió a que eligió los mismos grupos que venía atendiendo desde el proceso **SED LP-DBE-020-2011**. Por otra parte, señaló que en el proceso de **BOLSA II** redujo su participación a un solo grupo teniendo en cuenta la baja rentabilidad y la falta de garantías en los procesos adelantados por la **BMC**, a lo que añadió que, para este proceso de selección, el ahorro con la Entidad contratante no fue del 2,13% sino del 9,54% producto de una negociación directa entre el comisionista de **LA CAMPIÑA** y la **SED**.

Al respecto, añadió que el hecho consistente en que hubiese sido único oferente en algunas **ZONAS** no se debió a su participación en el cartel, sino que obedeció al propio comportamiento del proceso. Por ejemplo, en el proceso **LP-SED-SGO-005-2008** había 20 **ZONAS** a adjudicar y solamente hubo 12 proponentes habilitados, así como en el proceso **SED-LP-DBE-020-2011** en el que hubo 22 **ZONAS** y 9 proponentes habilitados.

Así mismo, hizo referencia a que las razones por las cuales se abstuvo de participar en el proceso **SED-SA-SI-DBE-005-2013** y sí se presentó en el proceso **SED-SA-SI-DBE-019-2013-2013** son absolutamente económicas. Dichas decisiones fueron tomadas de manera independiente y manifestadas mediante comunicado a la Entidad contratante. Sobre este particular indicó que, al haber sido la norma imputada el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se debe revisar si son conductas de colusión, más no reprochar una conducta unilateral de no participación en un proceso de selección que no puede ser sancionable.

En quinto lugar, señaló que no podría aducirse que hizo parte del acuerdo continuado por cuanto no participó en la mayoría de los procesos analizados (14 de 21), no resultó adjudicatario en la mayoría de los casos (10 de 21), y, finalmente, no fue único proponente en los 21 procesos que fueron analizados.

En sexto lugar, señaló que otro hecho indicador que daría cuenta de la no participación del recurrente en el acuerdo anticompetitivo es que no fue uno de los operadores subcontratados en el contrato de Plaza Mayor. Así como tampoco habría participado en los procesos de provisión de raciones militares (adelantado por la **ALFM**) que fue utilizado como antecedente anticompetitivo de otros investigados.

Finalmente, en séptimo lugar, señaló sobre los procesos de selección **LP-AG-130-2016** y **SASIP No. 002-045-2017** que desde el año 2016 decidió dejar de participar en los procesos del **PAE**, en particular, la decisión de no participar en el proceso de selección **LP-AG-130-2016** fue

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

absolutamente unilateral, independiente y fundamentada en las pérdidas que le venían generando los contratos celebrados con la **SED**.

Expuestos los argumentos presentados por el recurrente este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Cabe resaltar, que sobre el actuar de **LA CAMPIÑA** existen elementos de prueba que corroboran su participación en el actuar restrictivo de la libre competencia al interior de los procesos de selección que adelantó la **SED** en el periodo investigado. Es por esa razón, que, para resolver lo planteado por la recurrente, es necesario evaluar el comportamiento que desplegó en cada uno de los procesos de selección en los que se presentó. Esto, con el fin de demostrar que las pruebas obrantes en el Expediente son suficientes y permitieron concluir que hizo parte de la conducta sancionada.

Lo primero que se debe señalar, para poner en contexto el actuar, es que el recurrente tenía vínculos de cercanía con diferentes investigados. Esta situación se evidenció en el correo electrónico del 7 de enero de 2015 enviado por [REDACTED], en vigencia del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-110-2014**, a **LA CAMPIÑA, CATALINSA, SPRESS, SURCOLOMBIANA, LIBER, DISERAL, IBEASER y FABIO DOBLADO BARRETO** con el propósito de conminar a los destinatarios para que no participaran en el proceso de selección referido. Según [REDACTED], "por tratarse de un 'trampa' destinada a ocupar su capacidad de planta y dejarlos fuera de un proceso de selección que sería adelantado en febrero del 2015, esto es, el proceso **SED-SA-SI-DBE-017-2015**". El contenido del correo electrónico fue el siguiente:

Imagen No. 18. Correo entre [REDACTED] del 7 de enero de 2015, remitido a varios de los PROPONENTES INVESTIGADOS

From: [REDACTED] <[REDACTED]>
Sent: 1/7/2015 1:09:41 AM +0000
To: [REDACTED]
Subject: PROCESO REFRIGERIOS 110 DE LA SECRETARIA DE EDUCACION

Señores, no se presenten a este proceso de refrigerios ni se desgasten observando, ya que la Secretaría lo que busca con este proceso es que al ustedes ser adjudicatarios de alguno de los grupos del proceso, pierden de una vez la oportunidad de poder ganarse uno de los grupos del proceso grande de refrigerios que debe salir en febrero y que debe valer mas o menos 130 mil millones de pesos, ya que tendrían la capacidad de ensamble ocupado y no les daría para el nuevo proceso. El secretario y la directora de contratos buscan adjudicar el proceso grande a sus amigos y dejarlos a ustedes por fuera. No caigan en la trampa.

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹⁴⁹.

Sobre la solicitud realizada por [REDACTED] a los investigados mencionados, cabe resaltar que al analizar lo sucedido al interior del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-110-2014** se observó que cinco de los ocho investigados a quienes fue dirigido el correo no se presentaron (**LA CAMPIÑA** sí se presentó). Eso permitió evidenciar que algunos investigados acataron la advertencia realizada y prefirieron esperar a participar en el siguiente proceso que, según [REDACTED], iba a sacar la **SED** en febrero de 2015, y donde tenían la posibilidad de percibir mejores beneficios. En el caso de **LA CAMPIÑA**, se tiene que sí presentó en varias **ZONAS**, pero no resultó ser adjudicatario.

¹⁴⁹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: WEB01_REPRESENTANTE-LEGAL-COOPSURCOLOMBIANA.ad1/Outlook:C:\Users\c.jbeltran\AppData\Local\Microsoft\Outlook\Cooperativa Multiactiva SurColombiana de Inversiones Ltda\WEB-01/[REDACTED](2).ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/PROCESO REFRIGERIOS 110 DE LA SECRETARIA DE EDUCACION. Object ID 1821010 de PAE 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Posteriormente, y tal como lo señaló [REDACTED] en el correo arriba transcrito, la SED llevó a cabo el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-017-2015 en donde ofertó 14 ZONAS y tuvo un presupuesto oficial fue de \$175,701,678,702. La SED le destinó a este proceso una mayor cobertura y presupuesto, si se compara con el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-110-2014 que solo tuvo 8 ZONAS y un valor de \$14.319.271.176.

Se destaca, que en el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-017-2015 se presentaron todos los investigados a los que [REDACTED] les remitió el correo electrónico de 7 de enero de 2015, incluido el recurrente, siendo este último adjudicatario como único oferente de dos ZONAS y con un ahorro del 1.50% en cada una de ellas. Los porcentajes de ahorro que obtuvieron los adjudicatarios de las ZONAS ofertadas se presentan en la siguiente tabla:

Tabla No. 8. Resultado de adjudicación en el proceso SED-SA-SI-DBE-017-2015

Zona	Oferentes	Adjudicado	Estado	Porcentaje de ahorro
1	Unión Temporal Pronutrimos 10 (Integrada por: Comercializadora Nutrimos S.A. 59% y Servinutrir 41%)	Adjudicado	Varios oferentes habilitados	1,0%
	Unión Temporal Alicol 2015 (Diseral S.A.S. 70% y Javier Pulido Solano 30%)	Vencido en puja		
2	Consorcio Nutrispress (Integrada por: Alimentos Spress Ltda. 64%, Stella Téllez Hernández 2% e Ismael Bello Pachón 34%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
3	Consorcio Nutrispress (Integrada por: Alimentos Spress Ltda. 64%, Stella Téllez Hernández 2% e Ismael Bello Pachón 34%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
	Unión Temporal Compartir 2015 (Integrada por: Cooperativa de Servicios generales la Heroica Ltda. 60% y Comercializadora Disfruver EU 40%)	No habilitado		
4	Unión Temporal Alimentando 2015 (Integrada por: LE&VE Alimentos Macsol S.A.S. 50% y Fundación Multiactiva Emprendiendo 40% y [REDACTED] 10%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
5	Unión Temporal Alicol 2015 (Diseral S.A.S. 70% y Javier Pulido Solano 30%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
6	Consorcio Nutrispress (Integrada por: Alimentos Spress Ltda. 64%, Stella Téllez Hernández 2% e Ismael Bello Pachón 34%)	Vencido en puja	Varios oferentes habilitados	0,5%
	Unión Temporal Alicol 2015 (Diseral S.A.S. 70% y Javier Pulido Solano 30%)	Adjudicado		
7	Unión Temporal Capitaliños SED 2015 (Integrada por: Ecoalimentos S.A.S. 70% y Corporación hacia un valle solidario 30%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
8	Unión Temporal Nutrir Capital SED 2015 (Integrada por: [REDACTED] 775 y Nutrir de Colombia S.A.S. 20% y Alimso Catering Services S.A. 3%)	No habilitado	Varios oferentes habilitados	6,42%
	Unión Temporal Alicol 2015 (Diseral S.A.S. 70% y Javier Pulido Solano 30%)	Adjudicado		
	Lácteos Appenzell Ltda.	Vencido en puja		
9	Consorcio Refries (Integrado por: Ardio A&S LTDA. 51% y Suministros CJVN S.A.S. 49%)	No habilitado	Único oferente habilitado	1,50%
	Cooperativa Multiactiva SurColombiana de Inversiones	Adjudicado		
10	Cooperativa Multiactiva SurColombiana de Inversiones	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
11	La Campiña	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
12	Unión Temporal Maná (Integrada por: Industria Panificadora el Country Ltda. 99,5% y [REDACTED] 0,5%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
13	La Campiña	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
14	Fabio Doblado Barreto	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en fuentes públicas (SECOP¹⁵⁰) y de conformidad con la información que integra el Expediente. Destacado agregado.

La situación descrita anteriormente reafirma, por un lado, que los investigados tenían un vínculo de cercanía y sostenían constantes comunicaciones entre ellos para coordinar su actuar dentro de los procesos de selección del PREB. Y, por otro lado, que los investigados efectivamente se coordinaron para lograr ser adjudicatarios como únicos oferentes de las ZONAS sin presiones competitivas. En los casos donde decidieron presentarse más de un investigado por ZONA simulaban competencia al ofrecer el margen mínimo de mejora.

¹⁵⁰ Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-9-398252>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Igualmente, se encontró demostrado que las relaciones de cercanía y comunicación constante del recurrente con otros de los investigados facilitaron la ejecución del acuerdo anticompetitivo reprochado, las cuales, fueron llevadas a cabo a través de **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) quien fungía como representante legal de la compañía. Un ejemplo que confirma lo dicho se encuentra en la cercanía que mantuvo **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** con [REDACTED] (asesora de **SPRESS**), con quien concertaba asuntos relacionados con los procesos de contratación en los que participaban las dos compañías. Lo anterior, se puede corroborar con lo sucedió en el correo electrónico del 27 de marzo de 2009¹⁵¹, mensaje que fue encontrado en el computador de **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO**, referido a la concertación de un "lobby" en torno al proceso **LP-SED-001-2009**, y en el que [REDACTED] indicó:

"ENVÍO CARTA A LA CUAL SE LE HIZO EL LOBI RESPECTIVO Y NECESITA DE POR LO MENOS CUATRO EMPRESAS QUE LA ENVIEN. YO YA LA RADIQUE. ESPERO SUS COMENTARIOS. [REDACTED]".

El mensaje de la asesora de **SPRESS** encontrado en el equipo de cómputo de **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) demostró una vez más la efectiva cercanía entre los investigados y, además, la forma en la que se ponían de acuerdo para desarrollar y efectuar las actuaciones relativas a la ejecución de un acuerdo anticompetitivo. Actuación que no solo estaba dirigido a repartirse las **ZONAS**, sino que también creaban estrategias que deslegitimaran los procesos de selección adelantados por la **SED** para el **PREB**, tal como se verá más adelante con los procesos llevados a cabo por los **IAD**.

En segundo lugar, sobre los procesos de selección **LP-SED-SGO-001-2007**, **SED-SI-DBE-122-2013**, **SED-SI-DBE-001-2014** y **SED-SI-DBE-110-2014** referenciados por **LA CAMPIÑA** en los que no resultó adjudicatario, no puede perderse de vista que el recurrente participó en los procesos aunque no ganó en ninguno de ellos. En esos procesos de contratación, tal como se explicó en la Resolución Sancionatoria, los investigados se coordinaron para asignarse las diferentes **ZONAS** ofertadas en los procesos del **PREB** sin que hubiese competencia real. Igual situación que ocurrió en los procesos de selección en los que participó **LA CAMPIÑA** y si resultó adjudicatario, los cuales se presentarán a continuación.

Para empezar, los investigados ostentaron cerca del 66% de participación en los procesos del **PREB** entre 2007 y 2016, incluyendo a **LA CAMPIÑA** en los agentes de mercado con mayor participación con un monto total de adjudicación de \$95.167.486.463 equivalente al 7.08% de participación respecto al total. Respecto a los procesos en los que participó el recurrente presentó el siguiente comportamiento:

En el proceso de selección **LP-SED-SGO-005-2008** la **SED** adjudicó un total de 20 **ZONAS** del **PREB**, así:

Tabla No. 9. Proceso LP-SED-SGO-005-2008 (ZONAS adjudicadas con proponente único vs. ZONAS adjudicadas en competencia)

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con unico proponente no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
	20	13	2	2	0	3	0

¹⁵¹ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. Path: PC_01_JUAN_ALEMAN_GTE_GRAL_LACAMPINA.ad1/Gergeneral:E:\Gergeneral/Documentos/Outlook/archive1.pst/archive1/Elementos eliminados/RE: carta contraloria y personería. Object ID 2994831 de PAE 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
LP-SED-SGO-005-2008		- LIBER (ZONA: 3 y 10); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5 y 17); - JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE e IBEASER (ZONA: 6 y 8); - JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO y DISERAL (ZONA: 7 y 20); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 12); - SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (ZONA: 11 y 16); - MAURO'S FOOD S.A. [REDACTED], ZONA: 13)	ZONA: 18 y 19	- MAUROS FOOD S.A. ([REDACTED]), ZONA: 2); - FDB (ZONA: 15)	-	ZONA: 1, 4 y 14	-

Fuente: Elaboración de la Superintendencia con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente ¹⁵².

La información expuesta en la anterior tabla da cuenta de que, en relación con el proceso de selección LP-SED-SGO-005-2008, 13 ZONAS del PREB fueron adjudicadas a los proponentes investigados, quienes se habilitaron como únicos oferentes por zona, así: 2 ZONAS a LIBER, 2 ZONAS a AERODELICIAS y SERVICIAL, 2 ZONAS a JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE, 2 ZONAS a DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO, 2 ZONAS a LA CAMPIÑA, 2 ZONAS a SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, y 1 zona a MAURO'S FOOD – [REDACTED].

En el proceso de selección SED-LP-DBE-001-2009 la SED adjudicó 6 ZONAS a los investigados, así: 2 ZONAS a AERODELICIAS y SERVICIAL, 2 ZONAS a LA CAMPIÑA y 2 ZONAS a SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ. Los investigados compitieron en las ZONAS adjudicadas únicamente contra terceros no investigados, es decir, en cada una de esas ZONAS no había concurrido más de un investigado. Tal como se muestra en la siguiente tabla:

Tabla No. 10. Proceso SED-LP-DBE-001-2009 (ZONAS adjudicadas con proponente único vs. ZONAS adjudicadas en competencia)

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
SED-LP-DBE-001-2009	20	8 - FDB (ZONA: 1 y 15); - MAURO'S FOOD S.A. [REDACTED], ZONA: 2 y 13); - JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE e IBEASER (ZONA: 6 y 8); - LIBER (ZONA: 10); - JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO y DISERAL (ZONA: 20)	1 ZONA: 14	6 - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5 y 17); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 12); - SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (ZONA: 11 y 16).	0	5 ZONA: 3, 4, 7, 18 y 19	0

Fuente: Elaboración de la Superintendencia con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente ¹⁵³.

En el proceso de selección SED-LP-DBE-020-2011 la SED buscó la adjudicación de 22 ZONAS del PREB, y obtuvo los siguientes resultados:

¹⁵² Folio 4998 del Cuaderno Público 26; folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; folio 5232 del Cuaderno Reservado 2; folio 5600 del Cuaderno Público 29; folio 5661 del Cuaderno Público 30.

¹⁵³ Folio 4998 del Cuaderno Público 26; folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; folio 5232 del Cuaderno Reservado 2; folio 5600 del Cuaderno Público 29; folio 5661 del Cuaderno Público 30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 11. Proceso SED-LP-DBE-020-2011, ZONAS adjudicadas con proponente único vs. ZONAS adjudicadas en competencia

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
SED-LP-DBE3-020-2011	22	12 - FDB (ZONA: 1 y 17); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5 y 16); - JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO y DISERAL (ZONA: 6 y 22); - LIBER (ZONA: 8 y 11); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 10); - JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE e IBEASER (ZONA: 18 y 19)	2 ZONA: 4 y 15	2 SURCOLOMBIAN A (ZONA: 3 y 7)	0	2 ZONA: 20 y 21	4 ZONA: 2, 12, 13 y 14

Fuente: Elaboración SIC con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente¹⁵⁴.

La información expuesta en el anterior cuadro da cuenta, en relación con el proceso de selección SED-LP-DBE-020-2011, que, primero, 12 ZONAS del PREB fueron adjudicadas a los proponentes investigados donde se habilitó a estos como únicos oferentes por ZONA, así: 2 ZONAS a FABIO DOBLADO BARRETO, 2 ZONAS a AERODELICIAS y SERVICIAL, 2 ZONAS a DISERAL y JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO, 2 ZONAS a LIBER, 2 ZONAS a LA CAMPIÑA y 2 ZONAS a IBEASER y JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE. Y, segundo, que 6 ZONAS fueron adjudicadas a los proponentes investigados, 2 ZONAS a AERODELICIAS y SERVICIAL, 2 ZONAS a LA CAMPIÑA y 2 ZONAS a SPRESS y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, donde compitieron únicamente contra terceros no investigados, es decir, a cada una de esas ZONAS no había concurrido más de un investigado.

Sobre los argumentos tercero y cuarto presentados por el recurrente, respecto a los procesos de selección adelantados a través de la BMC, se establece que, en el 2012, la SED recurrió a la modalidad de selección abreviada a través del procedimiento de adquisición o suministro de bienes de características uniformes. El principio de selección objetiva se garantizaba al incluir "como único factor de evaluación el menor precio ofrecido" (numeral 3 del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007). De esta forma la Entidad contratante adelantó los procesos de adquisición del PREB mediante la BMC.

El primer proceso que se adelantó en aquella modalidad fue el proceso de selección BOLSA I (2012). Sobre este proceso en particular, al ser el primero que fue adelantado en la modalidad BMC, se observó un nivel de competencia mayor e inusual en relación con los procesos del PREB anteriores. Situación que puede apreciarse en la siguiente tabla:

Tabla No. 12. Nivel de competencia en el proceso BOLSA I (2012)

Proponente	# ZONA Adjudicada	% de Ahorro	Pluralidad de oferentes
FABIO DOBLADO BARRETO	1	3,09%	No
	17	9,18%	Sí
LA CAMPIÑA S.A.S.	10	11,64%	Sí
	9	10,31%	Sí
COOPERATIVA SURCOLOMBIANA DE INVERSIONES	20	10,81%	Sí
	21	9,62%	Sí
IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A. – IBEASER	18	3,01%	No
	19	3,50%	No
UT REFRILÁCTEOS 2012	11	3,69%	No
	8	7,27%	Sí
UT VISIÓN FUTURA	16	3,02%	No

¹⁵⁴ Folio 4998 del Cuaderno Público 26; folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; folio 5232 del Cuaderno Reservado 2; folio 5600 del Cuaderno Público 29; folio 5661 del Cuaderno Público 30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	5	6,97%	SÍ
UT ALICOL 2012	22	3,38%	No
	6	10,40%	SÍ
UT PRONUTRIMOS 2013	3	15,06%	SÍ
	7	12,38%	SÍ
UT NUTRISERVI 2012	2	10,19%	SÍ
	13	6,19%	No
UT MANÁ-SED 2012	12	10,39%	SÍ
	14	10,38%	SÍ
ALIMENTOS SPRESS LTDA.	15	10,12%	SÍ
ASOCIACIÓN CRISTIANA DE JÓVENES	4	15,05%	SÍ

Fuente: Elaboración SIC con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente¹⁵⁵.

En revisión del resultado obtenido, se evidenció que de un total de 10 ZONAS en las que no hubo concurrencia de más de un investigado como proponente habilitado, resultaron adjudicatarios de la siguiente manera: la zona 2 a CATALINSA, la zona 5 a AERODELICIAS y SERVICIAL, la zona 6 a DISERAL, la zona 8 a LIBER, las ZONAS 9 y 10 a LA CAMPIÑA, la zona 15 a SPRESS, la zona 17 a FABIO DOBLADO BARRETO y las ZONAS 20 y 21 a SURCOLOMBIANA.

Cabe destacar que, aunque en el proceso de selección BOLSA I (2012) se observó un nivel mayor de competencia, se encontró demostrado que varios de los investigados concurren a través de un mismo operador. Tal como se expone a continuación:

Tabla No. 13. Operadores ante la BMC por proponente. BOLSA I (2012)

PROponente	FIRMA COMISIONISTA	OPERADOR
CATALINSA	COMFINAGRO S.A.	[REDACTED]
DISERAL		
IBEASER		
FDB	TORRES CORTES S.A.	[REDACTED]
LA CAMPIÑA	OPCIONES BURSÁTILES S.A.	[REDACTED]
SURCOLOMBIANA		
AERODELICIAS	MERCADO Y BOLSA S.A.	[REDACTED]
SPRESS	CORREAGRO S.A.	[REDACTED]
ASOCIACIÓN CRISTIANA DE JÓVENES		
UT MANÁ - SED2012		
LIBER	VALORAGRO S.A.	[REDACTED]

Fuente: Elaboración SIC de conformidad con la información que integra el Expediente¹⁵⁶.

Como puede observarse, CATALINSA, DISERAL e IBEASER concurren a las ruedas de negociación del proceso de BOLSA I (2012) a través de [REDACTED]¹⁵⁷ (operador de la firma comisionista COMFINAGRO S.A.), mientras que LA CAMPIÑA y SURCOLOMBIANA concurren a través de [REDACTED] (operador de la firma OPCIONES BURSÁTILES S.A.). Es decir, que LA CAMPIÑA, CATALINSA, DISERAL, IBEASER, y SURCOLOMBIANA concurren al Mercado de Compras Públicas de la BMC a través de unos operadores comunes, lo cual, es un aspecto que hace parte del comportamiento anticompetitivo coordinado en este escenario de negociación. Situación que explica, evidentemente, la razón por la cual hubo una repartición casi perfecta de las ZONAS ofertadas entre los investigados sin haber presiones competitivas.

¹⁵⁵ Folio 5232 del cuaderno reservado No. 2.

¹⁵⁶ Folios 5232 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente.

¹⁵⁷ [REDACTED] fue sancionado por esta Superintendencia por infringir el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 bajo a responsabilidad contenida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. Lo anterior, de conformidad con el ARTÍCULO TERCERO de la parte resolutive de la Resolución Sancionatoria No. 42543 del 29 de julio de 2020. Confirmada mediante Resolución No. 69306 del 29 de octubre de 2020.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Posteriormente, en el proceso de selección **BOLSA II (2012-2013)** que estaba segmentado en 22 **ZONAS** se presentaron 13 proponentes habilitados, donde la mayoría correspondían a los investigados. Todos y cada uno de esos 13 participantes (incluida **LA CAMPIÑA**) del proceso resultaron adjudicatarios de, al menos, una zona en la que eran los únicos proponentes. De hecho, 6 de ellos gozaron del beneficio de ser únicos proponentes en 2 **ZONAS**, y 7 de ellos fueron únicos proponentes en 1 zona, con lo que 19 de las 22 **ZONAS** licitadas fueron adjudicadas sin pluralidad de oferentes y sin siquiera una apariencia de competencia. Esto se puede observar en la siguiente tabla:

Tabla No. 14. Nivel de competencia en el proceso BOLSA II (2012-2013)

Proponente	# ZONA Adjudicada	% de Ahorro	Pluralidad de oferentes
UT ALICOL	3	2,30%	No
	22	2,42%	No
ALIMENTOS SPRESS LTDA.	9	2,26%	No
	15	2,27%	No
UT NUTRIR INFANCIA 2012	7	2,26%	No
	17	2,29%	No
UT REFRILÁCTEOS 2012	8	2,23%	No
	16	2,29%	No
FABIO DOBLADO BARRETO	5	2,00%	No
	10	3,67%	No
UT PRONUTRIMOS SED	11	2,27%	No
	19	2,30%	No
ASOCIACIÓN CRISTIANA DE JÓVENES	12	4,23%	No
COOPERATIVA URCOLOMBIANA DE INVERSIONES	2	2,29%	No
[REDACTED]	13	4,50%	No
LA CAMPIÑA S.A.S.	1	2,13%	No
UT MANÁ SED 2012	4	2,32%	No
	14	2,34%	Si
UT NUTRISERVI 2012 II	18	2,28%	No
	6	2,34%	Si
UT AERODELICIAS SED	20	2,27%	No
	21	2,28%	Si

Fuente: Elaboración a SIC con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente¹⁵⁸.

La situación anteriormente presentada en los procesos de selección de **BOLSA I** y **BOLSA II**, en la que hubo una repartición de **ZONAS** por los investigados, también ocurrió en el proceso **BOLSA III**. En este proceso de contratación que adelantó la **SED** a través de la **BMC** en el 2013, los investigados volvieron a presentarse a distintas **ZONAS** y, en los casos donde coincidieron en las mismas, no hubo competencia real, lo que permitió que se distribuyeran los segmentos a su voluntad. La conducta de los investigados en los tres procesos de selección **BOLSA I**, **BOLSA II** y **BOLSA III** se muestra en la siguiente tabla, la cual, presenta un análisis de los procesos adjudicados por los investigados, incluido **LA CAMPIÑA**, que fueron adelantados mediante la **BMC**, así:

Tabla No. 15. Análisis de ZONAS adjudicadas del PREB con proponente único vs. proponentes en competencia BOLSA I, II, III (2012-2013)

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente no Investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no Investigados	ZONAS no adjudicadas (desiortas)
	22	7	0	10	0	5	0

¹⁵⁸ Folio 5232 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

PROCESO	ZONAS DEL PROCESO	ZONAS adjudicadas con único PROPONENTE INVESTIGADO	ZONAS adjudicadas con único proponente no investigado	ZONAS adjudicadas sin competencia entre PROPONENTES INVESTIGADOS	ZONAS adjudicadas con coincidencia de ofertas entre PROPONENTES INVESTIGADOS o con TERCEROS	ZONAS adjudicadas a proponentes no investigados	ZONAS no adjudicadas (desiertas)
BOLSA I 2012		- FDB (ZONA: 1); - LIBER (ZONA: 11); - CATALINSA (ZONA: 13); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 18); - IBEASER (ZONA: 18 y 19); - DISERAL (ZONA: 22)	-	- CATALINSA (ZONA: 2); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 5); - DISERAL (ZONA: 6); - LIBER (ZONA: 8); - CAMPIÑA (ZONA: 9 y 10); - SPRESS (ZONA: 15); - FDB (ZONA: 17); - SURCOLOMBIANA (ZONA: 20 y 21).	-	ZONA: 3, 4, 7, 12 y 14	-
BOLSA II 2012-2013	22	14 - CAMPINA (ZONA: 1); - SURCOLOMBIANA (ZONA: 2); - DISERAL (ZONA: 3 y 22); - FDB (ZONA: 5 y 10); - IBEASER (ZONA: 7 y 17); - LIBER (ZONA: 8 y 18); - SPRESS (ZONA: 9 y 15); - CATALINSA (ZONA: 18); - AERODELICIAS y SERVICIAL (ZONA: 20).	0	0	2	6	0
BOLSA III 2013	11	4 - SPRESS (ZONA: 1); - FDB (ZONA: 5); - CATALINSA e IBEASER (ZONA: 8); - DISERAL (ZONA: 11).	0	1	3	3	0
ZONAS no adjudicadas (desiertas)							18

Fuente: Elaboración SIC con base en el SECOP y de conformidad con la información que integra el Expediente¹⁵⁹.

Los elementos de prueba presentados permitieron concluir que en los procesos de selección **BOLSA I**, **BOLSA II** y **BOLSA III** los investigados, incluido el recurrente sobre quien se está resolviendo los argumentos allegados en el recurso de reposición—, presentaron comportamientos que ratificaron su coordinación colusoria con el fin de resultar adjudicatarios sin que existiera presión competitiva. En particular, se destaca que los investigados usaron el mismo corredor de bolsa para ser representados en una misma rueda de negociación, los cuales, compartieron con sus mandantes información que debía mantenerse en reserva, desatendiendo el principio de "mercado ciego". Situación que estuvo acompañada de la existencia de comunicaciones cruzadas entre los investigados para el momento en el cual se adelantaron los procesos **BOLSA I**, **BOLSA II** y **BOLSA III**.

Posteriormente, la **SED** decidió cambiar la modalidad de selección y utilizar la subasta electrónica inversa que sería adelantada directamente por dicha Entidad. El primer proceso llevado a cabo fue el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013**, sin embargo, este proceso fue declarado desierto y la **SED** tuvo que ofertar otro proceso de selección bajo el mismo modelo.

Sobre los procesos adelantados mediante subasta electrónica inversa el recurrente alegó que se abstuvo de participar por motivos económicos, y la decisión de no participar se tomó de manera independiente. No obstante, en la investigación se evidenció que la justificación que dio **LA CAMPIÑA** no correspondió con la realidad, ya que en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013** (que se declaró desierto) el presupuesto total ofertado era de \$126.914.635.344 con un plazo de participación de 116 días, mientras que el proceso posterior el **SED-SA-SI-019-2013** tenía un presupuesto total de \$126.621.272.250 con un plazo de 125 días y con mayor número de

¹⁵⁹ Folio 4998 del Cuaderno Público 26; folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; folio 5232 del Cuaderno Reservado 2; folio 5600 del Cuaderno Público 29; folio 5661 del Cuaderno Público 30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

refrigerios a entregar. Lo que resultó llamativo fue que, a pesar de tratarse de un proceso supuestamente menos rentable, los investigados (incluida **LA CAMPIÑA**) decidieron participar en el proceso de selección **SED-SA-SI-019-2013** nuevamente con una repartición perfecta, que les permitió la presentación de ofertas como proponentes únicos para los distintos grupos poblacionales.

La dinámica ocurrida en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-019-2013** se puede observar en la siguiente tabla:

Tabla No. 16. Dinámica de competencia SED-SA-SI-DBE-019-2013

Proponente	# ZONA a la que se presentó (Adjudicada)	% de Ahorro / ahorro automático	Pluralidad de oferentes
FABIO DOBLADO BARRETO	1	1,5%	No
ALIMENTOS SPRESS	2	1,5%	No
UT PRONUTRIMOS 6	3	1,5%	No
ASOCIACIÓN CRISTIANA DE JÓVENES	4	1,5%	Sí
UT AERODELICIAS SED	5	1,5%	No
PROALIMENTOS LIBER	6	1,5%	No
UT CAPITALINOS 2013 (ECOALIMENTOS, CORDIN, CORPORACIÓN HACIA UN VALLE SOLIDARIO)	7	0,55%	Sí
UT NUTRIR INFANCIA 2013-1 (IBEASER-JUAN CARLOS ALMANSA)	-		
LA CAMPIÑA S.A.S.	8	1,5%	No
UT NUTRISERVI 2013	9	1,5%	No
COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA	10	1,5%	No
INDUSTRIA PANIFICADORA EL COUNTRY	11	1,5%	No
UT ALICOL 2013	12	1,5%	No
UT NUTRIR INFANCIA 2013-1	13	1,5%	No
	14 (DESIERTA)	NA	No
PROALIMENTOS LIBER	15	1,5%	No
UT PREMIUM	16 (DESIERTA)	NA	No

Fuente: Elaboración de la SIC con base en fuentes públicas (SECOP¹⁶⁰) y de conformidad con la información que integra el Expediente¹⁶¹.

Como se evidenció de la anterior tabla, el recurrente resultó ser adjudicatario de una **ZONA** nuevamente sin pluralidad de oferentes, reafirmando una vez más su participación en el acuerdo anticompetitivo al seguir la conducta de los demás investigados de no presentarse en el primer proceso de selección ofertado y sí en este segundo. Circunstancia que, además, nada tiene que ver con el argumento dado por el recurrente de que dicha decisión correspondía a un factor económico.

Más adelante, se encontró en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-110-2014** (sobre el cual ya se presentó a modo de contexto en este aparte el correo electrónico de 7 de enero de 2015 enviado por [REDACTED] a determinados investigados), donde **LA CAMPIÑA** tuvo un comportamiento propio de un agente de mercado inmerso en un acuerdo contrario a la libre competencia, puesto que presentó oferta en 5 **ZONAS** en donde no resultó adjudicatario por ser vencida en las pujas. En este proceso de selección se evidenció un correo electrónico en el que se les advirtió a los investigados, que incluyó a **LA CAMPIÑA**, que no realizara un esfuerzo por ganar por cuanto el siguiente proceso sería más provechoso para participar.

Es así como posterior al correo electrónico enviado a los investigados, la **SED** publicó el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-017-2015** que, tal y como se los advirtió [REDACTED], tuvo un mayor presupuesto oficial que correspondió con la suma de \$175,701,678,702. En este proceso se presentaron todos los investigados a los que se les remitió el correo electrónico, incluido el recurrente, siendo este adjudicatario como único oferente de dos **ZONAS** ofertadas con ahorro del 1.50% en cada **ZONA**. La situación antes anotada se puede ver en la siguiente tabla que refleja el resultado del proceso:

¹⁶⁰ Folio 4998 del cuaderno público No. 26.

¹⁶¹ Folios 5158 y 5212 del cuaderno público No. 27; folio 5600 del cuaderno público No. 29; folio 5661 del cuaderno público No. 30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 17. Resultado de adjudicación en el proceso SED-SA-SI-DBE-017-2015

Zona	Oferentes	Adjudicado	Estado	Porcentaje de ahorro
1	Unión Temporal Pronutrimos 10 (Integrada por: Comercializadora Nutrimos S.A. 59% y Servinutrir 41%)	Adjudicado	Varios oferentes habilitados	1,0%
	Unión Temporal Alicol 2015 (Diseral S.A.S. 70% y Javier Pulido Solano 30%)	Vencido en puja		
2	Consorcio Nutrispress (Integrada por: Alimentos Spress Ltda. 64%, Stella Téllez Hernández 2% e Ismael Bello Pachón 34%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
3	Consorcio Nutrispress (Integrada por: Alimentos Spress Ltda. 64%, Stella Téllez Hernández 2% e Ismael Bello Pachón 34%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
	Unión Temporal Compartir 2015 (Integrada por: Cooperativa de Servicios generales la Heroica Ltda. 60% y Comercializadora Disruver EU 40%)	No habilitado		
4	Unión Temporal Alimentando 2015 (Integrada por: LE&VE Alimentos Macsol S.A.S. 50% y Fundación Multiactiva Emprendiendo 40% y [REDACTED] 10%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
5	Unión Temporal Alicol 2015 (Diseral S.A.S. 70% y Javier Pulido Solano 30%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
6	Consorcio Nutrispress (Integrada por: Alimentos Spress Ltda. 64%, Stella Téllez Hernández 2% e Ismael Bello Pachón 34%)	Vencido en puja	Varios oferentes habilitados	0,5%
	Unión Temporal Alicol 2015 (Diseral S.A.S. 70% y Javier Pulido Solano 30%)	Adjudicado		
7	Unión Temporal Capitaliños SED 2015 (Integrada por: Ecoalimentos S.A.S. 70% y Corporación hacia un valle solidario 30%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
8	Unión Temporal Nutrir Capital SED 2015 (Integrada por: [REDACTED] 775 y Nutrir de Colombia S.A.S. 20% y Alimso Catering Services S.A. 3%)	No habilitado	Varios oferentes habilitados	6,42%
	Unión Temporal Alicol 2015 (Diseral S.A.S. 70% y Javier Pulido Solano 30%)	Adjudicado		
	Lácteos Appenzell Ltda.	Vencido en puja		
9	Consorcio Refries (Integrado por: Ardio A&S LTDA. 51% y Suministros CJVN S.A.S. 49%)	No habilitado	Único oferente habilitado	1,50%
	Cooperativa Multiactiva SurColombiana de Inversiones	Adjudicado		
10	Cooperativa Multiactiva SurColombiana de Inversiones	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
11	La Campiña	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
12	Unión Temporal Maná (Integrada por: Industria Panificadora el Country Ltda. 99,5% y [REDACTED] 0,5%)	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
13	La Campiña	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%
14	Fabio Doblado Barreto	Adjudicado	Único oferente habilitado	1,50%

Fuente: Elaboración SIC con base en fuentes públicas (SECOP¹⁶²) y de conformidad con la información que integra el Expediente.

Posteriormente, en el año 2016, la SED adelantó dos procesos de subasta inversa electrónica para la "entrega de refrigerios con destino a estudiantes matriculados en colegios oficiales del Distrito Capital"¹⁶³. Uno de ellos fue el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-002-2016 que tuvo como presupuesto oficial la suma de \$174.293.224.182, en el cual participó LA CAMPIÑA en dos ZONAS en las que resultó adjudicatario nuevamente y además como único oferente. En este proceso se evidenció, una vez más, que entre los investigados existió un acuerdo anticompetitivo a través del cual evitaban competir entre ellos para repartirse las ZONAS ofertadas y, en los casos que coincidían en los mismos segmentos, simulaban competencia entre ellos con porcentajes de ahorro mínimo.

Lo anterior, demuestra que si bien el recurrente no resultó adjudicatario en los procesos que mencionó en su recurso –LP-SED-SGO-001-2007, SED-SI-DBE-122-2013, SED-SI-DBE-001-2014 y SED-SI-DBE-110-2014–, si se presentó en cada uno de los procesos para favorecer que se cumpliera el fin de los acuerdos colusorios y repartirse las ZONAS como más les convenía a los investigados.

¹⁶² Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=15-9-398252>.

¹⁶³ Disponible en: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-9-411705>.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En conclusión, el material probatorio expuesto probó el comportamiento anticompetitivo desplegado por el recurrente en los procesos llevados a cabo por la SED en el periodo investigado. En los cuales resultó adjudicatario de ZONAS ofertadas como único oferente, sin que los demás investigados competieran contra ella y, en los casos que coincidieron, no hubo competencia real. Por tanto, no es de recibido el argumento del recurrente con respecto a que no existen pruebas en su contra y que no pueden tomarse como referencia los procesos que se mencionan, por cuanto que, salta a la vista, su participación en el acuerdo colusorio que permitió la coordinación de los investigados en los procesos del PREB.

Sobre el quinto argumento, referente a lo señalado por el recurrente sobre la no participación en todos los procesos de selección (14 de 21) y por lo tanto no podía aducirse su participación en el acuerdo continuado. Además del hecho de que solo resultó adjudicatario en 10 de 21 procesos y no fue único proponente en los 21 procesos que fueron analizados. Sobre los hechos descritos vale la pena recalcar que el hecho de que existieran investigados que se presentaran a unos procesos de selección y no a otros, también hacía parte de la conducta anticompetitiva que es desarrollada a través de acciones y omisiones.

No por ese hecho, concerniente a que algunos de los investigados no participaron en algunos de los procesos de selección, se desdibujó la conducta anticompetitiva, sino que simplemente indicó que en dicho proceso de selección no se presentaron, pero sí participaron en uno posterior y/o anterior. Situación incluso ha sido reconocida en el ámbito internacional, así:

"Varios carteles son complejos y de larga duración. Durante un periodo de tiempo, algunas firmas pueden ser más activas que otras en el desarrollo del cartel; algunas pueden "retirarse" temporalmente pero posteriormente regresar; otras pueden asistir solo a algunas reuniones; puede haber muy pocas ocasiones en donde todos los miembros del cartel se reúnen realmente o se comportan coordinadamente con los demás (...)"¹⁶⁴.

Por lo anterior, el hecho de que un participante en un acuerdo anticompetitivo desarrolló únicamente ciertos elementos de la conducta reprochada o tuvo una participación menor en la misma, en nada desdibuja su responsabilidad por su participación en la conducta colusoria ni pone en duda la existencia de esta.

De hecho, esta Superintendencia ha manifestado ya en distintas oportunidades¹⁶⁵ que una de las estrategias o esquema de colusión que usualmente suelen usar los cartelistas consiste precisamente en la rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo la adjudicación de los contratos¹⁶⁶. Como lo ha incluso reconocido la doctrina nacional especializada en la materia, en estos casos:

***"los integrantes del acuerdo anticompetitivo toman turnos para que a uno u otro proponente le sea adjudicado de manera alternativa el contrato estatal, lo cual se evidencia cuando existe un patrón de rotación, o un proponente frecuente a quien no se le adjudica ningún contrato, o cuando alguno desiste de manera aparentemente inexplicable, y luego resulta subcontratado por quien ganó la licitación, que antes era su competidor"*¹⁶⁷ (subrayado y negrita fuera de texto).**

Ahora, sobre el sexto argumento presentado por el recurrente, referente a que no fue operador subcontratado en el contrato de PLAZA MAYOR, se trae a colación lo expuesto al respecto en la Resolución Sancionatoria, consistente en que el contrato interadministrativo de PLAZA MAYOR no

¹⁶⁴ D. Bailey, W. Wish. (2015) *Competition Law*. Pág 107. 8 Edición. Oxford University Press. Traducción libre.

¹⁶⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 39758 de 2017; y Resolución No. 58961 de 2018.

¹⁶⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal". 2016.

¹⁶⁷ Miranda Londoño, A.; Deik Acostamadiedo, C. (2019). "La colusión en los procesos de selección para la celebración de contratos estatales". Pág. 49. Colección Profesores. Grupo Editorial Ibáñez.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

fue objeto de investigación por parte de esta Superintendencia por tratarse de un proceso que no se adelantó por **ZONAS**, como sí lo fueron los demás contratos investigados. El contrato de **PLAZA MAYOR** y las circunstancias en las que se adelantó se utilizó únicamente como elemento de contexto para acreditar la cercanía entre los investigados, contrato en el que además se logró probar el grado de cercanía, el ambiente de cooperación que existía y la estrategia ejecutada en los procesos objeto de investigación.

Así como tampoco se tomó como antecedente para endilgarle responsabilidad al recurrente en el proceso de provisión de raciones militares adelantado por la **ALFM**, por lo que resulta inoportuno lo afirmado al indicar que este Despacho tuvo en consideración los procesos mencionados.

Finalmente, sobre el séptimo y último argumento presentado por **LA CAMPIÑA**, consistente en la no participación en los procesos de selección **LP-AG-130-2016** y **SASIP No. 002-045-2017**, se aclara que, en la Resolución Sancionatoria, se estipuló que el recurrente, posterior al proceso de selección **CCE-054A-AG-2015**, no participó en aquellos que llevó a cabo la **SED**, por lo que este Despacho solo juzgó los procesos de selección mencionados en los que figura como competidor.

Es así como este Despacho determinó la participación de **LA CAMPIÑA** en los procesos de selección adelantados por la **SED** entre 2007 y 2016, pues quedó en evidenciado que: (i) tenía una relación cercana con los otros investigados; (ii) fue adjudicatario en varias **ZONAS** ofertadas sin tener presión alguna; (iii) se le adjudicaron varios procesos en los que fue único oferente; (iv) participó en procesos de selección con el fin de ejecutar la estrategia acordada con los otros investigados para conseguir mayores rebajas en los procesos del **PREB** adelantados por la **SED**; (v) a pesar de no ser adjudicatario en todos los procesos de selección en los que se presentó y además de tomar la decisión de retirarse de los procesos ofertados por la **SED**, se acreditó que la actitud de no presentarse en **ZONAS** obedeció al comportamiento anticompetitivo del que hacía parte junto con los demás investigados.

Por todo lo anterior se rechazan los argumentos expuestos por **LA CAMPIÑA** en su recurso de reposición sobre su actuación dentro del acuerdo colusorio.

8.12. Consideraciones del Despacho sobre la participación de JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO (controlante de LA CAMPIÑA) en el acuerdo anticompetitivo

JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO (controlante de **LA CAMPIÑA**) indicó en el recurso presentado que, en primer lugar, en cuanto a las pruebas de su participación en acuerdo anticompetitivo llevado a cabo durante diez años solo se tienen dos correos. El primero, con la señora [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) quien no es funcionaria o representante de otro oferente, sino una asesora de la empresa, en particular, en ese mensaje no se discuten asuntos relacionados con la forma de presentar las ofertas a algún proceso de selección. Y, el segundo correo electrónico encontrado, fue con una persona externa que no fue identificada, con la salvedad de que **LA CAMPIÑA** actuó de forma diferente a la señalada en esos dos correos.

Respecto uno de los correos electrónicos, en el que se califica la existencia de un *lobby* conjunto para presentar quejas ante las autoridades administrativas de control, el recurrente señaló que no lo contestó e incluso que **LA CAMPIÑA** habría actuado de forma diferente al presentar derechos de petición por su parte directamente ante la **SED**. Situaciones que le permiten concluir que su actuar no corresponde con ninguna de las conductas descritas en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En línea con lo anterior, el recurrente puso en duda la valoración del acervo probatorio recopilado en el presente caso, puesto que manifestó que no existe prueba directa de una participación activa en el acuerdo anticompetitivo, por cuanto dentro del Expediente no se encuentra prueba de que mantuviera contacto con otros oferentes con el fin de coordinar las actuaciones dentro de los procesos de selección. Por lo cual, para poder haber *“facilitado, autorizado, ejecutado”* un acuerdo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

restrictivo debe probarse que el recurrente realizó acciones para, primero, coordinar con terceros a qué grupos presentar la oferta, segundo, coordinar con terceros abstenerse de presentar ofertas o, tercero, realizar acciones para coordinar con los investigados hasta qué precio pujaría **LA CAMPIÑA** en los procesos de selección. En este sentido reafirmó que no existe prueba directa contra del actuar restrictivo de la competencia imputado.

En segundo lugar, el recurrente señaló que las decisiones de participar o no dentro de los procesos de selección llevados a cabo la **SED** no podrían ser tomadas por él como gerente de operaciones de **LA CAMPIÑA**, puesto que no estaban dentro de sus funciones, como tal, quien tenía la potestad de hacerlo era la junta directiva en cabeza de [REDACTED], por lo que no existe un comportamiento doloso o culposo por su parte.

Expuestos los argumentos presentados por el recurrente este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Se destaca que el actuar anticompetitivo endilgado y sancionado al recurrente fue explicado desde el análisis del material probatorio que reposa en el Expediente, que fue expuesto en la Resolución Sancionatoria. Esos elementos de prueba evidenciaron que el recurrente facilitó, autorizó y ejecutó el acuerdo restrictivo de la competencia llevado a cabo por los investigados en los procesos del **PREB** entre 2007 y 2017. La actuación del recurrente se desarrolló como representante legal y controlante de **LA CAMPIÑA**, sociedad que formó parte de un acuerdo anticompetitivo cuyo objeto fue la coordinación para asignarse los diferentes grupos en los procesos por **ZONAS** del **PREB** adelantados por la **SED** y así repartirse dichas **ZONAS** que les terminaban siendo adjudicadas. La siguiente tabla muestra en los procesos de selección que el recurrente estuvo como representante legal de **LA CAMPIÑA**, tal como se muestra a continuación:

Tabla No. 18. Relación de los procesos de selección en los que se presentó LA CAMPIÑA con JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO como representante legal.

ESQUEMA	No. DE CONTRATO	PROPONENTE	NIT / CC	REP. LEGAL
SED-SA-SI-DBE-019-2013	2459-2013	LA CAMPIÑA	860001847	JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO
SED-SA-SI-DBE-110-2014	1519-2015	LA CAMPIÑA	860001847	JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO
SED-SA-SI-DBE-002-2016	2362-2016 grupo 12	LA CAMPIÑA	860001847	JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO
SED-SA-SI-DBE-002-2016	2362-2016 grupo 4	LA CAMPIÑA	860001847	JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO

Fuente: Elaboración **SIC** con base en el **SECOP** y de conformidad con la información que integra el Expediente¹⁶⁸.

Los datos presentados permitieron observar que el recurrente conoció de primera mano la información de los procesos de selección y los datos de los proponentes, puesto que eran propias de las funciones de su cargo. Y, posteriormente, autorizó y ejecutó las actuaciones realizadas en cada etapa de los procesos de selección del **PREB**, mediante la firma de los diferentes documentos que fueron presentados para la adjudicación de las **ZONAS**.

Además de la suscripción de documentos precontractuales y contractuales en representación de **LA CAMPIÑA** en todo lo relacionado con el **PREB**, sus funciones, tal como el recurrente lo indicó ante esta Superintendencia, también involucraban aspectos como el desarrollar el factor técnico de las licitaciones, "realizar los cálculos matemáticos de las capacidades de las plantas, elaborar los planos

¹⁶⁸ Folio 4998 del Cuaderno Público 26; folios 5158 y 5212 del Cuaderno Público 27; Folio 5232 del Cuaderno Reservado 2; folio 5600 del Cuaderno Público 29; folio 5661 del Cuaderno Público 30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*o layouts de la planta, supervisar la elaboración de la adecuación nutricional de los menús, coordinar el sistema de gestión de calidad y liderar la parte del área logística"*¹⁶⁹.

De esta manera, este Despacho encontró demostrado que el recurrente, en su calidad de representante legal de **LA CAMPIÑA**, autorizó y ejecutó las acciones por las cuales **LA CAMPIÑA** participó en el acuerdo colusorio reprochado.

La conclusión a la que llegó este Despacho también se sustentó en la relación cercana que tenía el recurrente con los investigados. Como tal, este Despacho demostró que las relaciones de cercanía y comunicación constante de **LA CAMPIÑA** con las otras empresas investigadas facilitaron la ejecución del acuerdo anticompetitivo reprochado, las cuales fueron a través de **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** como representante legal de la compañía. Un ejemplo de esto se encuentra con la cercanía que mantuvo el recurrente con [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), con quienes concertaba asuntos relacionados con los procesos de contratación en los que participaban. Tal y como sucedió en el correo electrónico del 27 de marzo de 2009¹⁷⁰, referido a la concertación de un "lobby" en torno al proceso **LP-SED-001-2009**, por lo que el investigado también facilitó la ejecución del acuerdo colusorio en el que participó **LA CAMPIÑA**.

Adicionalmente, dentro de los correos que se recaudaron durante la investigación del proceso se encontró una cadena de correos¹⁷¹ cruzada entre el recurrente, [REDACTED], vinculado a la junta directiva de **LA CAMPIÑA**, y [REDACTED], quien era proponente del **PREB** para aquella época, en donde discutieron sobre un comentario hecho por **LA CAMPIÑA** en contra de la capacidad económica de [REDACTED]. Dicha comunicación fue remitida con copia a **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) y a **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante del **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**).

Los correos presentados evidenciaron que **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) tenía una relación cercana con los investigados con quienes se comunicaban para distintas situaciones, relación que facilitó la ejecución del acuerdo anticompetitivo reprochado. De conformidad con lo anterior, este Despacho encontró demostrado que **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO**, en su calidad de representante legal de **LA CAMPIÑA**, ejecutó, autorizó y facilitó el acuerdo colusorio prohibido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en relación con los procesos de selección del **PREB** adelantados por la **SED** entre 2007 y 2017, por lo que no resultan de recibo los argumentos alegados en su recurso de reposición.

En segundo lugar, respecto de que el recurrente no tenía facultades para definir en qué procesos de selección participaría **LA CAMPIÑA**, ya que estaban en cabeza de [REDACTED], este Despacho considera que es preciso tener en cuenta dos puntos. Primero, que esta Superintendencia probó la participación de **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) en el acuerdo anticompetitivo, puesto que era quien se comunicaba con los investigados y tomaba las decisiones en cabeza de **LA CAMPIÑA**. Y, segundo, sobre la inexistencia de conductas ejecutadas a título de culpa o dolo, es encuentra pertinente señalar que pretender hacer un juicio de responsabilidad penal como lo hace el recurrente resulta a todas luces improcedente en una investigación administrativa de carácter sancionatorio como la presente.

¹⁶⁹ Folio 9981 del Cuaderno Público 52 del Expediente. Declaración de **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO**. Minuto 06:27.

¹⁷⁰ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. Path: PC_01_JUAN_ALEMAN_GTE_GRAL_LACAMPINA.ad1/Gergeneral:E:\Ger-general/Documentos/Outlook/archive1.pst/archive1/Elementos eliminados/RE: carta contraloria y personería. Object ID 2994831 de PAE 4.

¹⁷¹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: PC_01_JUAN_ALEMAN_GTE_GRAL_LACAMPINA.ad1/Gergeneral:E:\Ger-general/Documentos/Outlook/archive1.pst/archive1/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RE: ¿Comentario de La campña? Object ID 2990704 de PAE 4.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sobre el último aspecto, el artículo 9 del Código Penal (Ley 599 de 2000) establece lo siguiente:

"Para que la conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable. La causalidad por sí sola no basta para la imputación jurídica del resultado.

Para que la conducta del inimputable sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y se constate la inexistencia de causas de ausencia de responsabilidad".

Al respecto, este Despacho resalta que el Consejo de Estado ha señalado que el juicio de responsabilidad en materia administrativa sancionatoria, a diferencia de otros ámbitos como el penal, admite un análisis objetivo que excluye cualquier valoración de los factores subjetivos de responsabilidad. En ese sentido, el máximo Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha dicho lo siguiente:

*"(...) En lo que se refiere a la responsabilidad objetiva, la Corporación ha sostenido en reiteradas oportunidades que **en materia del régimen administrativo sancionador, en particular por infracciones al régimen financiero, se deben respetar estrictamente los principios y garantías propias del debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución, pero en esa área no tienen aplicación figuras que son propias del derecho penal, tales como el dolo o la culpa, la imputabilidad y la favorabilidad, dado que la naturaleza y fines de cada una de estas disciplinas son diferentes (...)**"¹⁷².
(subrayado y negrita fuera de texto)*

Conforme con lo anterior, esta Superintendencia de Industria y Comercio ha señalado en varias oportunidades que en materia de derecho administrativo sancionatorio no es necesaria la determinación del factor subjetivo a efectos de determinar la responsabilidad. Por lo tanto, para acreditar la responsabilidad en el derecho administrativo sancionatorio es suficiente probar el supuesto de hecho descrito en la norma presuntamente infringida¹⁷³.

Al respecto el Consejo de Estado también ha manifestado que:

"(...) Para implantar sus políticas, el Estado impone obligaciones administrativas a cargo de quienes ejerzan actividades en el respectivo campo y la eficiencia de la gestión exige un pronto cumplimiento y el control de éste requiere objetividad y no puede quedar condicionada a la difícil prueba de los factores subjetivos, como son el dolo o la culpa, máxime cuando de antemano se sabe que ciertas actividades nunca pueden ser ejercidas por personas naturales sino por personas jurídicas (...)"¹⁷⁴.

En el mismo sentido la Corte Constitucional precisó en sentencia C-595 de 2010 lo siguiente:

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

¹⁷² Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 25 de marzo de 2009. Rad. No. 13495.

¹⁷³ Ver, entre otros. Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 28350 de 2004 (Caso Cristalería PELDAR S.A.); 37033 de 2011 (Caso Centro de Diagnóstico Automotor de Córdoba E.U. y otros); 46111 de 2011 (Caso ACEMI y otros); y 70736 de 2011 (Caso Centro de Diagnóstico Automotor de Caldas y otros).

¹⁷⁴ Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia del 6 de agosto de 1992. Rad. No. 3941.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De esta manera, de conformidad con la jurisprudencia del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, este Despacho reitera que pretender hacer un juicio de responsabilidad penal en el presente caso no procede, así, los argumentos presentados por el sancionado sobre su participación dentro del acuerdo y la responsabilidad de su conducta no resultan de recibo.

8.13. Consideraciones del Despacho sobre la ejecución del cartel en el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-005-2013 y la decisión de no participar en el proceso

AERODELICIAS –coadyuvado por [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**)–, **SERVICIAL**, [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) **SPRESS** e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) indicaron que no existió un boicot para que fuera declarado desierto el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013**.

SPRESS e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) señalaron que abstenerse de presentarse al proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013** no debió ser tenido como un acto anticompetitivo. En razón a que la falta de oferentes en este proceso de selección se derivó de la falta de planeación de la **SED**, en esa medida, no deben ser sancionados por abstenerse de participar en un proceso de selección con defectos en su elaboración.

AERODELICIAS agregó que resultó apenas natural que si las condiciones del proceso de selección no son llamativas se genere un desincentivo para los posibles oferentes en participar. Esto, desde el aspecto financiero, es completamente lógico y el hecho de no presentarse no resultaría ser es una práctica inédita en el mercado. Por el contrario, es una situación que se presenta de manera común y que ha llevado a que procesos de selección en diferentes sectores sean declarados desiertos.

[REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) indicó que no se le puede atribuir responsabilidad al abstenerse de participar en los procesos de selección, en la medida que no fueron solamente los investigados quienes evitaron hacerlo.

Expuestos los argumentos presentados por el recurrente este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En primer lugar, se advierte que este Despacho demostró, en el numeral **15.5.2.3.** de la Resolución Sancionatoria, que los investigados concertaron la no presentación de ofertas en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013** como parte de un aspecto de la dinámica anticompetitiva. El material probatorio presentado en el numeral citado permitió probar que si bien **AERODELICIAS** contaba con los productos requeridos, ya que era proveedor de lácteos para distintos agentes del mercado y puso a disposición, por lo menos, de **DISERAL**, **SPRESS**, **IBEASER**, **LIBER** y **SURCOLOMBIANA** los productos, resultó llamativo la inexistencia de participantes en el proceso de selección. Lo anterior, debido a que estos investigados tuvieron la posibilidad de contar con estos productos para presentar oferta.

Es más, el correo electrónico del 4 de abril de 2013¹⁷⁵ sitúa a **AERODELICIAS**, **IBEASER**, **DISERAL**, **LIBER**, **SPRESS** y **SURCOLOMBIANA**, 6 de los 9 proponentes investigados, en una reunión pocos días antes de la fecha de cierre para la presentación de propuestas en el marco del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013**. Dicha circunstancia resultó concordante con la abstención coordinada de propuestas como mecanismo de presión para que la Entidad contratante ajustara los precios de los refrigerios. Lo cual, permite desacreditar el argumento expuesto por los recurrentes que indicaron que la no presentación de ofertas correspondió con un defecto en la elaboración del proceso de contratación por parte de la **SED**.

¹⁷⁵ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: WEB-02-JAVIER-PULIDO.ad1/WEB-02:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB-02/[REDACTED].ost/[root]/RaÃ-z BuzÃn/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Reunion Muestras Alimentos Pippo. Object ID 2183325 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

A lo expuesto anteriormente, se agrega que las declaraciones de los proponentes investigados¹⁷⁶ y una carta remitida al Alcalde de Bogotá¹⁷⁷, darían cuenta de que además estaban inconformes con la utilización de modalidades de contratación diferentes de la licitación pública. Se recuerda que, para ese momento, la **SED** había pasado de una modalidad de contratación adelantada en la **BMC** a una en la que se empleaba el mecanismo de subasta inversa. Mecanismos de selección sobre los que los investigados habrían manifestado expresamente su inconformidad, pues, deberían adaptar el acuerdo ilegal que venían ejecutando a una nueva modalidad de contratación.

Cabe anotar, que el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013** se trató del primer proceso de selección en el que se incorporó como regla un descuento automático aplicado al proponente único que resultara adjudicatario de la zona ofertada. Esta situación ponía en desventaja a los agentes investigados, en la medida que su modalidad de participación, en la mayoría de los casos, consistía en la búsqueda de adjudicaciones como únicos oferentes. Adicionalmente, en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013** el pliego de condiciones no revelaba la ubicación de las **ZONAS** a atender, sino que se limitaba a señalar el número y tipo de refrigerio que debían ser entregados. Lo que implicaba que resultara más costoso para los investigados la repartición de **ZONAS** usual.

Un elemento adicional expuesto en la Resolución Sancionatoria fue que [REDACTED] (jefe de la Oficina de Apoyo Precontractual de la **SED** para el momento de los hechos) indicó que habrían visto como *"gente que tenía propuestas, como cajas y eso para presentarse, pero llegó las 10 de la mañana, que creo que todos los cierres básicamente los hacemos 10 de la mañana y llegó esa hora y nadie se presentó"*¹⁷⁸. De manera coincidente, [REDACTED] (parte de la Oficina de Apoyo Precontractual de la **SED**) detalló que al momento del cierre del proceso *"todos llegaron, todos llegaron y ehh, se parquearon y no entregaron las propuestas"*¹⁷⁹.

En segundo lugar, **AERODELICIAS** y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) adujeron que no podría tampoco sancionarse la declaratoria de desierto de un proceso de selección, al ser normal que ocurra esa situación durante su trámite. Para sustentar este punto, **AERODELICIAS** aportó dos noticias que daban cuenta de la declaratoria de desierto de dos procesos de selección del **PAE** adelantados en las ciudades de Cartagena y Cúcuta, tituladas como: *"por tercera vez se declara desierto el proceso de adjudicación del Programa de Alimentación Escolar en Cartagena"*, así como *"PAE Cúcuta no se ha podido adjudicar"*.

Sobre este particular, es necesario resaltar que si bien existen procesos de selección que se declaran desiertos tanto en el **PAE** como en distintos sectores de la economía, no por este hecho pueden pasar desapercibidas aquellas concertaciones anticompetitivas que tengan por finalidad su declaratoria de desierto. Esta situación fue desarrollada por esta Superintendencia en la Resolución Sancionatoria No. 71584 del 9 de diciembre de 2019, a través de la cual se sancionó la existencia de un cartel empresarial que tuvo como propósito, entre otros, que se declarara desierto el segmento de las frutas y hortalizas ofertado en un proceso de selección que adelantó la **SED**. La finalidad del actuar anticompetitivo consistió en la abstención de presentar oferta con la finalidad de que se diera apertura a un nuevo proceso de selección que se ajustara a sus intereses conjuntos, esto es, que se incrementara el valor del segmento de las frutas en un 50%. Por lo tanto, no puede argumentarse de manera descontextualizada que por el hecho de que en el país se declaren desiertos procesos

¹⁷⁶ Folios 6128, 6129 y 6130 del Cuaderno Público 2.

¹⁷⁷ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: WEB-02-JAVIER-PULIDO.ad1/WEB-02:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB-02/[REDACTED].ost[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Enviados/Fwd: Borrador carta petro. Object ID 2176746 de PAE 2.

¹⁷⁸ Folio 6128 del cuaderno reservado No. 2 (disco 1). Visita administrativa a la **SED**, el 11 de octubre de 2017. Minuto 32:41.

¹⁷⁹ Folio 6128 del cuaderno reservado No. 2 (disco 1). Visita administrativa a la **SED**, el 11 de octubre de 2017. Minuto 20:30.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de selección, dicha declaratoria de desierto no pueda estar ligada al comportamiento anticompetitivo de un cartel empresarial.

En conclusión, no resultan de recibo los argumentos alegados por **AERODELICIAS**, [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**), **SERVICIAL**, [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) sobre este particular en sus recursos de reposición.

8.14. Consideraciones del Despacho sobre el descuento del 20,11% obtenido en uno de los procesos de selección investigados

AERODELICIAS, coadyuvado por **SERVICIAL** y [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**), indicó que la conclusión obtenida por esta Superintendencia sobre los descuentos significativos obtenidos por la participación terceros en las **ZONAS**, a diferencia de cuando solo estaban presentes los investigados –donde supuestamente no hubo descuentos–, se dio solamente en un proceso de selección, por lo que no podría tomarse como concluyente. Al respecto, adujo que el descuento obtenido por la Entidad contratante del 20,11% en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-110-2014** fue aislado por cuanto solamente ocurrió en una única oportunidad, al ser el porcentaje de ganancia usual de una empresa el 3%. En esa medida, no debería ser utilizado como punto de referencia para indicar que existió un acuerdo restrictivo de la competencia.

Expuestos los argumentos presentados por el recurrente este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Contrario a lo afirmado por el recurrente, el descuento obtenido por la Entidad contratante del 20,11% en la **ZONA 7** del proceso **SED-SA-SI-DBE-110-2014** resultó como contrafactual de los argumentos propuestos por los investigados en este proceso administrativo, esto es, que la competencia por precio sí era posible.

Dicho descuento del 20,11% tuvo lugar en uno de los procesos de selección que se adelantó bajo la modalidad de selección abreviada por subasta inversa. Esta modalidad de procesos se llevó a cabo entre los años 2013 y 2016, y se evidenció que solamente en 9 de las **ZONAS** a adjudicar –de las 111 **ZONAS** en total– coincidió más de un oferente investigado. Se advierte que si bien la adjudicación de los procesos de selección por subasta inversa conllevó a que resultara adjudicatario quien presentara el menor precio a la Entidad contratante, se evidenció que la competencia era mínima cuando se enfrentaban los investigados mientras que si se enfrentaban con un tercero ajeno al acuerdo la competencia era mayor.

En efecto, se evidenció que en las 8 de las 9 **ZONAS** que se iban a adjudicar en las que coincidió más de un oferente investigado el porcentaje de ahorro promedio alcanzado en el ejercicio de competencia trazado entre ellos alcanzó un 0,76%, mientras que en la **ZONA** en la que coincidieron los investigados con un tercero ajeno al acuerdo la competencia alcanzó un porcentaje de ahorro del 20,11%.

A continuación, se presenta la relación de las posturas alcanzadas en las 9 **ZONAS** mencionadas:

Tabla No. 19. Dinámica de competencia entre 2013 y 2016.

Dinámica De Competencia Entre Los Investigados 2013 - 2016					
Proceso	# Zona	Valor Presupuesto	% de Ahorro	Adjudicatario	Participantes
SED-SA-SI-DBE-122-2013	3	\$ 4.187.852.821	0,50%	U.T. Aerodelicias 2014 (Aerodelicias)	U.T. Aerodelicias 2014 Vs. Spress ambos habilitados y pujaron
SED-SA-SI-DBE-017-2015	6	\$ 6.865.755.280	0,50%	U.T. Alicol 2015 (Diseral)	Consortio Nutrisoress (Spress) Vs U.T. Alicol 2015 (Diseral) ambos habilitados y pujaron

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

SED-SA-SI-DBE-002-2016	5	\$ 6.428.664.252	0,50%	U.T. Alicol 2016 (Diseral)	U.T. Alicol 2016 (Diseral) Vs. U.T. Nutrispress 2016 (Spress) ambos habilitados y pujaron, pero hubo rechazo económico a U.T. Nutrispress 2016
SED-SA-SI-DBE-002-2016	17	\$ 5.744.425.601	0,50%	U.T. Alicol 2016 (Diseral)	U.T. Alicol 2016 (Diseral) Vs. U.T. Nutrispress 2016 (Spress) ambos habilitados y pujaron, pero hubo rechazo económico a U.T. Nutrispress 2016
SED-SA-SI-DBE-002-2016	28	\$ 5.101.493.343	0,50%	Fabio Doblado Barreto	Fabio Doblado Barreto Vs. Surcolombiana (Rechazo Económico) Vs. U.T. Nutrir Infancia (Ibeaser - No Habilitado). Los dos proponentes habilitados pujaron, pero hubo rechazo económico a Surcolombiana Ltda.
SED-SA-SI-DBE-042-2016	3	\$ 3.889.943.694	0,50%	Cooperativa Multiactiva Surcolombiana Ltda.	Spress Vs. Surcolombiana ambos habilitados y pujaron
SED-SA-SI-DBE-042-2016	2	\$ 4.582.500.492	1,03%	Alimentos Spress Ltda.	Spress Vs. Surcolombiana. La oferta presentada por Surcolombiana en la puja fue de \$529 Millones. Según lo manifestado por la cooperativa se trató de un error al momento de digitar el valor. La misma fue eliminada por el comité asesor por ser considerada baja y se adjudica Spress.
SED-SA-SI-DBE-122-2013	1	\$ 4.588.719.145	2,06%	U.T. Nutrir Infancia 2014 (Ibeaser)	U.T. Nutrir Infancia 2014 (Ibeaser) Vs. Campiña Vs. U.T. Alicol Bogotá 2013 (Diseral). Todos habilitados y pujaron.
SED-SA-SI-DBE-110-2014	7	\$ 2.214.177.694	20,11%	U.T. Creciendo Juntos	<u>U.T. Creciendo Juntos</u> Vs. Spress Vs. Campiña Vs. U.T. Aerodelicias. Todos habilitados y pujaron

Fuente: Elaboración de la SIC con base en el SECOP y Folio 4998 del cuaderno público No. 26; Folio 5165 del cuaderno público No. 27; Folio 5232 del cuaderno reservado No. 2; Folio 5600 del cuaderno público No. 29 del Expediente.

Esta situación, tal como se señaló en la Resolución Sancionatoria, dio cuenta de que cuando la supuesta competencia se presentaba entre las empresas investigadas el descuento obtenido por la Entidad contratante fue menor que cuando competían, esta vez de verdad, con una empresa ajena al acuerdo anticompetitivo.

Así las cosas, y contrario a lo aducido por los investigados, este Despacho corroboró que no se trató de un porcentaje de ahorro aislado o descontextualizado, por el contrario, el descuento anotado dio cuenta que en la ZONA en la que coincidieron los investigados con una tercera empresa ajena al acuerdo, la competencia se tornaba intensa. Mientras que, cuando se enfrentaron entre ellos, el descuento alcanzado era inferior, por lo tanto, el monto del 20,11% no es relevante en sí mismo, sino que evidencia que cuando los oferentes investigados se enfrentaban el porcentaje de ahorro de la SED era sustancialmente inferior. Esto llevó a evidenciar que existieran ZONAS en las que los investigados adjudicaron a quien hizo la primera postura al no recibir una contra postura, mientras que, cuando coincidieron con un oferente ajeno al acuerdo, este porcentaje de ahorro fue sustancialmente mayor.

Un ejemplo de lo anterior se dio en el proceso de selección SED-SA-SI-DBE-017-2016, en el cual el margen de ahorro alcanzado fue superior cuando los investigados competían con un tercero ajeno que cuando la competencia se daba entre ellos. En efecto, en dicho proceso el ahorro alcanzado al enfrentarse los investigados con terceros ajenos al acuerdo alcanzó el 10,41%. De igual forma, se constató que en el proceso de selección LP-AG-153-2017 en el que los descuentos alcanzados oscilaron entre el 13,3% y el 22,8%, lo que reveló que la competencia por precio era posible y que se intensificaba cuando se enfrentaban a un oferente ajeno al acuerdo anticompetitivo.

En conclusión, no resultan de recibo los argumentos alegados por el recurrente, y coadyuvado por SERVICIAL y [REDACTED] (director de productos nutritivos de AERODELICIAS) sobre este particular en su recurso de reposición.

8.15. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con que no hubo una práctica anticompetitiva en los procesos del PREB adelantados en la BMC

SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de SPRESS), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de SPRESS), **SURCOLOMBIANA, [REDACTED]** (controlante de SURCOLOMBIANA), **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

de **SURCOLOMBIANA**), **LA CAMPIÑA** y **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) sostuvieron que no existen fundamentos jurídicos para afirmar que en los procesos de selección adelantados a través de la **BMC** existiera una limitación para tener corredores comunes en las operaciones. Señalaron que su uso está justificado debido a que en dicho mercado no existen muchos oferentes ni comisionistas de bolsa que los representen. De hecho, solamente existen 10 sociedades comisionistas de bolsa activas en Bogotá, por lo cual, no sería posible que en procesos que se dividen en 22 grupos cada proponente esté representado por una sociedad comisionista distinta.

SURCOLOMBIANA y **LA CAMPIÑA** manifestaron que el hecho de que compartieran el mismo corredor en los procesos de selección adelantados por la **BMC** para los años 2012 y 2013, no supuso ningún tipo de limitación de la competencia ni mucho menos da cuenta del presunto acuerdo anticompetitivo. De hecho, las actuaciones fueron el resultado de tomar decisiones racionales determinadas por condiciones técnicas que, en vista de la diferencia de tamaño entre estas dos compañías, condujeron a que en ningún caso ambas empresas tuvieran interés en presentarse al mismo grupo.

LA CAMPIÑA argumentó que el hecho de que tuviera el mismo comisionista de bolsa con otro de los investigados no es responsabilidad suya. Por el contrario, de existir un conflicto de interés era responsabilidad de la **BMC** y del comisionista de bolsa. Sobre este particular agregó, por un lado, que el corredor que representó a **LA CAMPIÑA** en el proceso de selección no representó a otro proponente para la misma operación y, por otro lado, llamó la atención que el corredor que los representó no compartió información sensible sobre su postura, pues, esta situación se presentó con un corredor distinto a aquel que lo representó en las operaciones de bolsa.

Finalmente, puntualizó **LA CAMPIÑA** que el corredor de bolsa que los representó en las operaciones al interior de los procesos llevados por la **BMC** no realizó ningún intercambio de información con otros proponentes ni coordinó su actuación con ellos. Incluso, los correos relacionados en la Resolución Sancionatoria son de otro corredor que representó a otros de los investigados, lo que indicaría que **LA CAMPIÑA** no hizo parte del actuar anticompetitivo.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que los alegatos no están llamados a prosperar.

La afirmación realizada tiene con sustento en que, según lo señalado en la Resolución Sancionatoria, y al realizar una valoración en conjunto e integral del material probatorio obrante en el Expediente, se consideró que el hecho de que los recurrentes hubiesen concurrido de la forma que lo hicieron a los procesos de selección del **PREB** adelantados en la **BMC** (**BOLSA I: 2012**, **BOLSA II: 2012-2013** y **BOLSA III: 2013**), constituyó uno de los aspectos de la dinámica anticompetitiva ejecutada en este escenario de negociación. Así, no resultó relevante para la presente actuación administrativa determinar si dicha circunstancia configuró o no un conflicto de intereses en los términos del reglamento interno de la **BMC**, o cualquier violación al mismo, ya que no es un asunto que le compete definir a esta Superintendencia.

En efecto, se reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria donde quedó demostrado que los recurrentes, en relación con los procesos de selección por **ZONAS** del **PREB** adelantados en la **BMC**, ejecutaron un acuerdo anticompetitivo con la siguiente dinámica: (i) participaron como proponentes únicos en varias operaciones; (ii) en aquellas operaciones en las que hubo más de un habilitado para participar como proponente no hubo competencia efectiva, por cuanto no realizaban ofertas a la baja, lo que les permitía resultar adjudicatarios de la **ZONAS** sin ninguna presión competitiva; (iii) en las operaciones en las que se habilitaron y participaron proponentes ajenos al acuerdo, los sancionados, a través de su operador, sí realizaron posturas de ofertas a la baja donde presentaron pujas entre los participantes; (iv) varios de los investigados concurrieron a las ruedas de negociación través de un operador común, donde compartieron con sus mandantes y otros

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

competidores información reservada; y (v) los investigados mantuvieron comunicación constante para el momento en que se llevaron a cabo los procesos de selección.

Por ejemplo, en relación con el proceso de **BOLSA I (2012)** se recuerda que 17 de las 22 **ZONAS** ofertadas fueron adjudicadas con las siguientes particularidades:

- (i) 7 **ZONAS** fueron adjudicadas a un único proponente, así: **ZONAS 1 a FABIO DOBLADO BARRETO, ZONA 11 a LIBER, ZONA 13 a CATALINSA, ZONA 16 a AERODELICIAS y SERVICIAL, ZONAS 18 y 19 a IBEASER y ZONA 22 a DISERAL**¹⁸⁰.
- (ii) 10 **ZONAS** fueron adjudicadas a los sancionados sin que hubiese concurrencia entre ellos como proponentes habilitados, así: **ZONA 2 a CATALINSA, ZONA 5 a AERODELICIAS y SERVICIAL, ZONA 6 a DISERAL, ZONA 8 a LIBER, ZONAS 9 y 10 a LA CAMPIÑA, ZONA 15 a SPRESS, ZONA 17 a FABIO DOBLADO BARRETO y ZONAS 20 y 21 a SURCOLOMBIANA**¹⁸¹.
- (iii) Varios de los sancionados concurren a este proceso de selección a través de un mismo operador ante la **BMC: CATALINSA, DISERAL e IBEASER** a través de [REDACTED] (COMFINAGRO S.A.); **LA CAMPIÑA y SURCOLOMBIANA** a través de [REDACTED] (OPCIONES BURSÁTILES S.A.); y **SPRESS, ASOCIACIÓN CRISTIANA DE JÓVENES y UT MANÁ –SED 2012** a través de [REDACTED] (CORREAGRO S.A.)¹⁸².

El comportamiento anticompetitivo de los recurrentes fue evidente también en el proceso de **BOLSA III (2013)**. En el que, al haber sido segmentado en 11 **ZONAS**, 8 de estas fueron adjudicadas al menos a uno de los sancionados y solo 3 a proponentes no investigados. De las 11 **ZONAS** objeto del proceso, el 36.36% (4 **ZONAS**) fue adjudicado a los sancionados en calidad de proponentes únicos, al igual que ocurrió en los procesos de **BOLSA I (2012)** y **BOLSA II (2012-2013)**, 1 **ZONA** fue adjudicada a **LIBER** sin que hubiera coincidencia con otros investigados, mientras que en las operaciones correspondientes a las 3 **ZONAS** restantes los investigados coincidieron como proponentes habilitados. Sin embargo, su competencia fue solo aparente ya que sus operadores comunes ante la **BMC** simulaban interés por la adjudicación de las **ZONAS**. Situación que se observó en la forma como se desarrollaron las operaciones en este proceso de selección, puesto que al encontrarse en una misma operación con un competidor que era parte del acuerdo, solo presentaban una única postura de venta sin realizar más lances a la baja con el fin de que el adjudicatario fuera ese otro competidor investigado¹⁸³.

En particular, respecto de la operación 17268394 correspondiente a la zona 6 del proceso **BOLSA III (2013)**, se encontró que la unión temporal conformada por **AERODELICIAS y SERVICIAL** resultó adjudicataria luego de que el operador común de **SPRESS y LIBER** simulara interés por dicha zona. En este escenario se presentó una postura de venta, donde se realizó un único lance de oferta frente al precio base de compra ofrecido por la **SED** a través de su Sociedad Comisionista de Bolsa y corredor. Esto fue repetido con la operación 17268397, correspondiente a la zona 10, y en la cual **SURCOLOMBIANA** resultó adjudicatario, luego de que el operador común de **SPRESS y LIBER** también realizara solo una oferta. En contraste, respecto de la operación 17334401, correspondiente a la zona 9, se observó que al participar un operador de un proponente no investigado y el operador común de **IBEASER, CATALINSA y DISERAL**, se presentó una real competencia ya que manifestaron 74 posturas con disminución de precio frente a 66 de su contrincante, quien resultó adjudicatario de la zona (para un total de 140 posturas sucesivas)¹⁸⁴.

¹⁸⁰ Folio 5232 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente.

¹⁸¹ *Ibidem*.

¹⁸² Folios 5232 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente.

¹⁸³ *Ibidem*.

¹⁸⁴ *Ibidem*.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Todo lo anterior demuestra que uno de los aspectos determinantes en la dinámica anticompetitiva ejecutada por los sancionados en los procesos del **PREB** en la **BMC** (**BOLSA I: 2012, BOLSA II: 2012-2013 y BOLSA III: 2013**), era precisamente el hecho de concurrir a las operaciones a través de un operador común, quien simulaba competencia por sus mandantes al efectuar únicamente una oferta y así favorecer al competidor investigado con el que concurrían. Tal como ocurrió con **LA CAMPIÑA**, que en el proceso de **BOLSA I (2012)** compartió operador con **SURCOLOMBIANA** y ambos resultaron adjudicatarios de varias **ZONAS**. Esto también sucedió con las operaciones 17268394, correspondiente a la zona 6 del proceso **BOLSA III (2013)**, en la que el operador común de **SPRESS** y **LIBER** favoreció la adjudicación a la unión temporal de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**; y con la operación 17268397, correspondiente con la zona 10, en la que **SURCOLOMBIANA** resultó favorecida con la adjudicación.

En conclusión, y en respuesta a las afirmaciones de los recurrentes, lo reprochable del hecho de que los sancionados hubiesen concurrido a las operaciones de los procesos de selección del **PREB** en la **BMC** a través de un operador común, es que esa circunstancia fue un elemento determinante de la dinámica anticompetitiva del acuerdo ejecutado. Como tal, no se reprochó que se haya configurado una situación de conflicto de intereses en los términos del reglamento de la **BMC**, o cualquier otra violación al mismo, asunto que, se reitera, no es competencia de este Despacho.

Por las razones expuestas, no son válidas las afirmaciones propuestas por **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**), **SURCOLOMBIANA**, [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**), **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**), **LA CAMPIÑA** y **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) sobre este punto.

8.16. Consideraciones del Despacho sobre la garantía de libre asociación, el cruce de información y la conducta desarrollada en torno a ASOPROVAL

[REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) y **LA CAMPIÑA** manifestaron que no tuvieron vinculación con **ASOPROVAL**. Por su parte, **SURCOLOMBIANA** y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) indicaron que su actuación en la asociación nunca fue activa puesto que no participaban en sus reuniones. Finalmente, **ASOPROVAL** y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) señalaron que la asociación solo tenía un carácter gremial. Los argumentos de los recurrentes se presentan con más detalle a continuación.

[REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) destacó que la participación de **IBEASER** con **ASOPROVAL** está relacionada con el ejercicio del derecho fundamental de asociación. Además, justificó que no existen pruebas directas o indirectas que den cuenta de que **ASOPROVAL** incurrió en la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, así como no existe evidencia de que en las reuniones llevadas a cabo en **ASOPROVAL** se haya hecho referencia a precios, **ZONAS**, cantidades o forma de presentación de ofertas en los procesos de selección del **PREB**.

SPRESS, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) indicaron que el material probatorio que reposa en el Expediente no los vincula con **ASOPROVAL**. Por el contrario, si los elementos de prueba existentes hubieran sido evaluados bajo el principio de persuasión racional o la sana crítica por parte de una Autoridad imparcial, demostrarían que los recurrentes no participaron del presunto acuerdo anticompetitivo en los procesos **PREB** investigados. En consecuencia, solicitaron que se declare la nulidad de todo lo actuado puesto que no se probó que **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**)

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

hubiesen integrado la categoría definida en la Resolución Sancionatoria como no integrantes de **ASOPROVAL**, pero con participación en la gestión de dicha asociación.

SURCOLOMBIANA y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) se refirieron sobre su rol frente a **ASOPROVAL**, sobre el cual aclararon que se trató de una actuación pasiva por cuanto nunca se presentaron a asambleas ni tuvieron ningún vínculo con lo sucedido en el proceso **LP-AG-130-2016**, tal y como lo evidenciaron las pruebas.

LA CAMPIÑA destacó que no fue agremiado de **ASOPROVAL** y, agregó, que el papel que se le dio a dicha asociación dentro de la investigación es exagerado y pierde de vista que sus funciones se ejercieron durante una quinta parte de la extensión de la supuesta colusión. Esto le permitió concluir que no existían pruebas suficientes para enjuiciar 8 años de supuestos acuerdos colusorios. Adicionalmente, manifestó que la Doctrina *Noerr Penington* y la Resolución No. 16457 de 2014 identifican que *"la asociación de personas para tramitar normas o procesos que inclusive resulten restrictivos de la competencia no es ilegal. De hecho, si se entendiera de otra manera, sería una coacción a libertad de participación ciudadana"*.

Finalmente, **ASOPROVAL** y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) expresaron que la asociación nunca fue utilizada como un escenario de coordinación entre sus miembros, y mucho menos con el fin de alterar los procesos competitivos en los procesos de selección del **PREB**. Por el contrario, **ASOPROVAL** tenía carácter meramente gremial y su finalidad era el desarrollo de cada proceso en condiciones de transparencia para que se diera una libre competencia, tanto de los afiliados con otras empresas no afiliadas como entre afiliados quienes a su criterio tomaban la decisión de participar de forma individual.

Un argumento general presentado por los recurrentes consistió en que los correos electrónicos que obran en el Expediente, y que fueron presentados por esta Superintendencia a lo largo del proceso administrativo sancionador, no eran prueba directa de que existiera un acuerdo anticompetitivo entre los agremiados. Debido a que la intención de los correos electrónicos no era otra que la de promover, representar y proteger los intereses de sus miembros.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En primer lugar, este Despacho considera pertinente reiterar lo señalado en decisiones anteriores en relación con el ejercicio del derecho de asociación y el derecho a la libre competencia económica¹⁸⁵, en el sentido que el artículo 38 de la Constitución Política¹⁸⁶ que garantiza el derecho de la libre asociación en las distintas actividades que las personas realizan. En efecto, el derecho de asociación consiste en la libertad con que cuentan todos los ciudadanos para constituir formalmente asociación con otros ciudadanos.

Respecto al alcance del derecho de asociación, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

*"El derecho o libertad de asociación contiene en sí mismo dos aspectos complementarios: uno positivo (el derecho a asociarse), y otro negativo (el derecho a no ser obligado directa o indirectamente a formar parte de una asociación determinada). Estas dos dimensiones integran la estructura del derecho de asociación que se enmarca en la cláusula general de libertad, y guarda estrecha relación con la garantía de la autonomía de las personas (Art. 16). En ese orden de ideas, el primer aspecto del derecho de asociación, - de carácter positivo-, puede ser descrito como la **"facultad de toda persona para comprometerse con otras en la realización de un proyecto colectivo, libremente concertado, de carácter social, cultural, político, económico, etc. a través de la***

¹⁸⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30396 de 2021.

¹⁸⁶ Constitución Política. Artículo 38. "Se garantiza el derecho de libre asociación para el desarrollo de las distintas actividades que las personas realizan en sociedad".

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

conformación de una estructura organizativa, reconocida por el Estado”, con capacidad para ceñirse a los requisitos y trámites legales instituidos para el efecto y operar en el ámbito jurídico¹⁸⁷ (subrayado y negrilla fuera del texto).

De lo anterior se entiende que el derecho de asociación está consagrado como derecho fundamental, sin embargo, debe ejercerse conforme a los requisitos y trámites que se requieren teniendo de presente el ordenamiento jurídico vigente. En otras palabras, no se trata de un derecho absoluto.

En este sentido también resulta relevante señalar que la Corte Constitucional ha precisado que uno de los límites a los que se encuentra sujeto el derecho de asociación es la prohibición de abuso del derecho y el respeto de los derechos de los demás:

“A nivel de la Carta Política, existen restricciones que tienen origen expreso en el texto de la Constitución, tales como, la prohibición de su uso abusivo y el respeto de los derechos ajenos (C.P. art. 95-1). De igual manera, existen otros límites que se originan de la aplicación del denominado bloque de constitucionalidad por vía de interpretación, de conformidad con lo previsto en el numeral 2° del artículo 93 de la Carta Fundamental, según el cual: los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”¹⁸⁸ (subrayado y negrilla fuera del texto).

Por su parte, el artículo 333 de la Constitución Política, como parte del régimen económico constitucional, establece que el derecho a la libre competencia es un derecho de todos que supone responsabilidades y faculta al Estado para que impida que los agentes del mercado desarrollen conductas que obstruyan o restrinjan la libertad económica o abusen de la posición de dominio que puedan tener.

En relación con el derecho a la libre competencia económica, la Corte Constitucional ha considerado lo siguiente:

“Este carácter relacional de la libre competencia económica también ha servido para que la jurisprudencia constitucional defina las libertades básicas de los participantes en el mercado, que operan como mecanismos para resolver la tensión generada por los intereses opuestos de dichos agentes. Así, a partir de la revisión de la doctrina sobre la materia, la Corte ha dispuesto que estas libertades refieran a “a) la necesidad que los agentes del mercado puedan ejercer una actividad económica libre, con las excepciones y restricciones que por ley mantiene el Estado sobre determinadas actividades. b) la libertad de los agentes competidores para ofrecer, en el marco de la ley, las condiciones y ventajas comerciales que estiman oportunas, y c) la libertad de los consumidores o usuarios para contratar con cualquiera de los agentes oferentes, los bienes o servicios que requieren”²⁴ (subrayado y negrilla fuera de texto).

De lo expuesto se advierte que las personas podrán asociarse para desarrollar libremente sus actividades culturales, políticas, sociales y económicas, pero como cualquier otro participante del mercado deberán ceñirse a las excepciones y restricciones que establecen las normas de libre competencia y están sometidas a la inspección, vigilancia y control por parte del Estado como agentes del mercado²⁵ que son. Así, todas las personas podrán ejercer su derecho de asociación sin desconocer el derecho colectivo que protege a la libre competencia, de modo que no afecten el funcionamiento del mercado en el que desarrollan su actividad y, por ende, el interés general que, en últimas, protege la libre competencia. Al respecto, la Corte Constitucional señaló:

“Bajo estas condiciones se concibe a la libre competencia económica, como un derecho individual y a la vez colectivo (artículo 88 de la Constitución), cuya finalidad es alcanzar un estado de competencia real, libre y no falseada, que permita la obtención del

¹⁸⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-978 de 2010.

¹⁸⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-865 de 2004.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*lucro individual para el empresario, a la vez que genera beneficios para el consumidor con bienes y servicios de mejor calidad, con mayores garantías y a un precio real y justo. **Por lo tanto, el Estado bajo una concepción social del mercado, no actúa sólo como garante de los derechos económicos individuales, sino como corrector de las desigualdades sociales que se derivan del ejercicio irregular o arbitrario de tales libertades.***

*Por ello, la protección a la libre competencia económica tiene también como objeto, la competencia en sí misma considerada, es decir, más allá de salvaguardar la relación o tensión entre competidores, debe impulsar o promover la existencia de una pluralidad de oferentes que hagan efectivo el derecho a la libre elección de los consumidores, y le permita al Estado evitar la conformación de monopolios, las prácticas restrictivas de la competencia o eventuales abusos de posiciones dominantes que produzcan distorsiones en el sistema económico competitivo. **Así se garantiza tanto el interés de los competidores, el colectivo de los consumidores y el interés público del Estado**¹⁸⁹ (subrayado y negrita fuera de texto).*

La OCDE acerca de los aspectos competitivos y anticompetitivos de las asociaciones comerciales, sostiene que:

*"El derecho a la competencia se aplica tanto para las personas naturales como las jurídicas que actúan en una actividad económica o comercial, siendo irrelevante que se trata de una persona con ánimo o sin ánimo de lucro o que sea una persona de naturaleza pública o privada. **Por lo tanto, las normas de competencia no aplican solamente respecto de las sociedades de responsabilidad limitada, sociedades, individuos que actúan como empresarios individuales, las empresas estatales y organismos sin fines de lucro, organismos sin ánimo de lucro, sino también respecto de las actividades de asociaciones de personas naturales o jurídicas, tales como asociaciones de comercio, asociaciones profesionales.** Frecuentemente, las actividades de las asociaciones comerciales o profesionales, por su propia naturaleza, se constituyen mediante contrato o un acuerdo, **es decir, el elemento mínimo para la aplicación de las normas de la competencia relativas a las restricciones horizontales se cumplen fácilmente.** En algunos casos, las normas de competencia se aplican expresamente a las decisiones de asociaciones, como es el caso en la Unión Europea y en todas aquellas jurisdicciones en las que sus disposiciones sobre cárteles son similares a las de UE, o que tienen disposiciones específicas que regulan las actividades de asociaciones comerciales, como es el caso de Japón"¹⁹⁰ (subrayado y negrita fuera de texto).*

Teniendo en cuenta lo anterior, el argumento presentado por [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) sobre que la participación de **IBEASER** en **ASOPROVAL** estaba relacionada con el ejercicio del derecho fundamental de asociación no resulta aceptable por parte de este Despacho. Lo anterior, con sustento en que en la presente actuación administrativa se encontró plenamente demostrado que los investigados fueron miembros de **ASOPROVAL** o participaron en el funcionamiento de la asociación, con el fin de utilizarla como instrumento para seguir ejecutando la dinámica anticompetitiva del acuerdo colusorio. En particular en lo relacionado con los procesos de selección contractual del **PREB** desarrollados por la **SED** bajo la modalidad de los **IAD**.

En efecto, el material probatorio recaudado en la presente investigación demostró que **ASOPROVAL**, como producto de la coordinación de sus agremiados, ejecutó una serie de prácticas tendientes a limitar la libre competencia en los procesos de selección contractual del **PREB** llevados cabo a través de los **IAD**, con el fin de que la **SED** cambiara el modelo contratación. El boicot se realizó mediante denuncias ante entes de control, acciones de tutela, revocatorias directas, observaciones, derechos de petición con cuestionarios detallados a los funcionarios de la **SED** e,

¹⁸⁹ Corte Constitucional. Sentencia C-815 de 2001.

¹⁹⁰ Pro-Competitive and Anti-Competitive Aspects of Trade/Business Associations" (DAF/COMP(2007)45), 4 de noviembre de 2008.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

incluso, denuncias penales contra algunos de esos funcionarios. Esta estrategia coordinada a través de **ASOPROVAL**, de conformidad con las pruebas obrantes en el Expediente, también comprendió el acuerdo en no presentarse a los procesos de selección adelantados por medios de los **IAD**, con el fin de que fueran declarados desiertos.

Este Despacho reitera que las anteriores circunstancias, soportadas en el material probatorio obrante en el Expediente, demostraron que **ASOPROVAL** incurrió en el comportamiento violatorio de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, esto es "(...) *toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia económica*". Lo anterior, debido a que las acciones ejecutadas por dicha asociación tuvieron la idoneidad de afectar la libre competencia, debido a que efectivamente influyeron de forma negativa los procesos de selección del **PREB**. Esas acciones que, reiterando lo señalado en la Resolución Sancionatoria y en respuesta a lo afirmado por los recurrentes, fueron más allá del simple ejercicio del derecho de asociación de los investigados, ya que lo que se buscaba era impedir el desarrollo de unos procesos de selección que iban en contra de los intereses de sus asociados y del acuerdo anticompetitivo celebrado.

En consecuencia, también carecen de fundamento los argumentos presentados por **ASOPROVAL** y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) según los cuales la finalidad de la asociación era la de garantizar el desarrollo transparente y en libre competencia de los procesos de selección del **PREB**.

Sobre este punto, este Despacho considera pertinente reiterar el análisis del material probatorio obrante en el Expediente, el cual fue ampliamente expuesto en el numeral **15.5.2.6** de la Resolución Sancionatoria, que llevó a demostrar la conducta restrictiva de la competencia por parte de **ASOPROVAL** y sus agremiados.

En primer lugar, se reitera que fueron encontrados elementos probatorios relacionados con los procesos de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** y **SED-SA-SI-DBE-042-2016** que demuestran que **ASOPROVAL** y sus asociados sostuvieron constantes contactos por teléfono, correo electrónico y en persona, en los que se discutieron los pliegos de condiciones, los pagos de la **SED**, las capacitaciones para las subastas, se coordinaron citas con funcionarios de la **SED** y cooperaron para la presentación de recursos de reposición en el marco de los mencionados procesos.

Por ejemplo, se encontró el correo del 12 de enero de 2016¹⁹¹ mediante el cual **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) citó a [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**), [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), **JAVIER IGNACIO PULIDO LOZANO** (controlante de **DISERAL**), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) y [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), en su calidad de los miembros de **ASOPROVAL**, a la reunión programada el 19 de enero de 2016, esto es, antes de la fecha límite para presentar propuestas en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** que correspondió con el 8 de febrero de 2016. En días los días siguientes a la citación hecha por **ASOPROVAL** a sus asociados, se encontró un chat del 19 de enero de 2016¹⁹² en el que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) le hizo énfasis a **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) en que las personas invitadas tuvieran leído el "pliego de condiciones" del proceso con el fin de estar capacitados en las discusiones objeto de la reunión.

¹⁹¹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\1\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS][root]/Users/User/Documents/Archivos.

¹⁹² Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-652.txt. Object ID 6634489 de PAE 2 (chat-652).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Al respecto, también se encontró la conversación del 20 de enero de 2016, un día después de la reunión señalada en la citación de **ASOPROVAL**, entre [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) en la que el primero indicó: "[REDACTED] lo que necesito del contrato es el otro sí mediante el cual se hace una reducción de 60 millones al contrato"¹⁹³.

Posterior a las comunicaciones expuestas, fue encontrado el chat del 25 de enero de 2016 entre [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) en el que se refirieron a una reunión de los miembros de **ASOPROVAL** citada para ese mismo día, dos días antes de la publicación del pliego definitivo y de la resolución de apertura del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**. El tema de conversación fue sobre una "licitación" en la que [REDACTED] manifestó que estaba terminando números y preguntó hasta dónde iría esa licitación¹⁹⁴.

Cabe resaltar, que para la fecha anterior a la entrega de propuestas en el proceso **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, el 2 de febrero de 2016, se encontró otra conversación en la que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) le solicitó a **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) la gestión desde **ASOPROVAL** poder concertar una cita con la **SED**¹⁹⁵.

En los días posteriores, se encontró un chat del 5 de abril de 2016, fecha de la subasta electrónica del proceso **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, en donde **ASOPROVAL** convocó a una reunión para llevar a cabo la asamblea general de la asociación a través del grupo de chat "**ASOPROVAL**". Dentro de los asociados a quienes citaron a la asamblea estaban **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) y **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), a quienes **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) les indicó: "*Estimados asociados quiero recordarles que la Asamblea General Ordinaria de la Asociación es el próximo lunes en 11 de 8 a 10 am en el Metropolitan Club*"¹⁹⁶. Los asociados respondieron de manera afirmativa a la citación.

En la conversación citada, se pudo observar que la reunión fue programada para el 11 de abril de 2016 que era la fecha en la que se publicaría el informe general de evaluación y la resolución de adjudicación del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**. Al respecto, se encontraron varios chats previos entre [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) del 10 de abril de 2016, en los cuales indicaron:

Imagen No. 19. CHAT entre [REDACTED] y MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO el 04/10/2016

(...)
De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
Marca de hora: 4/10/2016 7:14:48 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
Me
Llamo jairo q se le

¹⁹³ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-652.txt. Object ID 6634489 de PAE 2 (chat-652).
¹⁹⁴ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-652.txt. Object ID 6634489 de PAE 2 (chat-652).
¹⁹⁵ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-652.txt. Object ID 6634489 de PAE 2 (chat-652).
¹⁹⁶ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Complica la asistencia Xa mañana

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
Marca de hora: 4/10/2016 7:14:53 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
Q si xfa lo llamas urgente

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:01 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
Ya lo llamo

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:08 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
Q ve q a varios les queda es dificil

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:14 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
X q están en arranque de contrato

(...)
De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:24 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:

Confirmaron todos

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:29 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
Pero ya hablo con el

(...)

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:36 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
Pasaron cosas el veo nque s

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:44 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
El viernes

(...)
De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:52 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
Ah ok ya lo llamo

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]
Marca de hora: 4/10/2016 7:15:57 PM(UTC-5)
Aplicación de origen: WhatsApp
Contenido:
Me
Cuentas xfa

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

(...)

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero

Marca de hora: 4/10/2016 7:23:02 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Quedamos en que él no va pero que le dice a [REDACTED] que vaya para mirar el lío

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero

Marca de hora: 4/10/2016 7:23:09 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Los demás están confirmados

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]

Marca de hora: 4/10/2016 7:24:19 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Ok

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]

Marca de hora: 4/10/2016 7:24:36 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Es prudente llamar a todos y reconfirmar

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero

Marca de hora: 4/10/2016 7:24:38 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Nos vas a hacer falta

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero

Marca de hora: 4/10/2016 7:24:45 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Yo los llame el viernes

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]

Marca de hora: 4/10/2016 7:24:50 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Ok

De: [REDACTED]@s.whatsapp.net [REDACTED]

Marca de hora: 4/10/2016 7:25:02 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

A mí me

Interesa estar en todo lo relativo a la

Asociación

(...)

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Monica Barrera Romero

Marca de hora: 4/10/2016 7:25:30 PM(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Yo sé si esto es tu idea

(...)

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo¹⁹⁷.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Este Despacho verificó que, con base en los elementos probatorios relacionados con el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, cuando [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) indicó que "*pasaron cosas el viernes*" se refirió al viernes anterior a la fecha de la conversación. Que correspondió con el 8 de abril de 2016, fecha en la cual la **SED**, mediante Resolución No. 037 de 2016, declaró el rechazo económico de las propuestas presentadas para las **ZONAS 6, 13, 25 y 26** debido a que los proponentes únicos presentaron ofertas que superaban el presupuesto oficial.

La información obrante en el Expediente dio cuenta que respecto a la zona 6 **SPRESS** se presentó como único proponente, mientras que para la zona 13 se presentó **SURCOLOMBIANA**. Al respecto, en el cruce de mensajes citado se pudo ver como **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) le indicó a "[REDACTED] *vaya a mirar el lio*", refiriéndose a [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**), fundador de **ASOPROVAL** y persona que ejercía el control sobre **SURCOLOMBIANA**. En esta conversación fue evidente que se hizo referencia al rechazo económico de la propuesta por parte de la **SED** y donde **ASOPROVAL** conminó a uno de sus asociados (**SURCOLOMBIANA**) a resolver lo que había ocurrido.

La situación arriba presentada fue verificada con el hecho de que el 13 de abril de 2016, dos días después de la reunión citada por **ASOPROVAL**, **SURCOLOMBIANA** radicó ante la **SED** un recurso y una solicitud de revocatoria contra las decisiones que rechazaron las ofertas de ese proponente en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**¹⁹⁸. Lo ocurrido evidenció que hubo un actuar coordinado entre los investigados miembros de **ASOPROVAL**, ya que, efectivamente, [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) intentó solucionar "*el lio*" de acuerdo con lo conversado con [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**), esto, dentro del contexto de la reunión citada por la asociación para el 11 de abril de 2016. Este Despacho destacó sobre este punto que, de acuerdo con el material probatorio obrante en el Expediente, el recurso y solicitud de revocatoria presentados por **SURCOLOMBIANA** ante la **SED** fueron suscritos por [REDACTED], quien a su vez era abogado de **ASOPROVAL**.

Un aspecto final que permite corroborar el comportamiento coordinado de los asociados de **ASOPROVAL** en el marco del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, correspondió con lo establecido en el correo electrónico del 18 de abril de 2016¹⁹⁹ en el cual **SURCOLOMBIANA** envió a **ASOPROVAL** copia de los medios de impugnación radicados ante la **SED**. En respuesta al correo **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) le solicitó a un tercero que imprimiera el documento. Cabe resaltar que la solicitud de revocatoria presentada por **SURCOLOMBIANA**, en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, no fue aceptada por la **SED** y la oferta quedó rechazada.

Entre otros aspectos que permitieron probar el comportamiento coordinado entre los miembros de **ASOPROVAL** y sus asociados, se encontró que la asociación gestionó una reunión ante la **SED** con el fin de discutir temas que tenían que ver con las noticias que, para ese momento, circulaban sobre el **PREB**. Para estos efectos, los asociados decidieron reunirse para discutir sobre el asunto, como se demuestra en la conversación del chat grupal de "**ASOPROVAL**" del 28 de abril de 2016, en el que definieron los términos del encuentro²⁰⁰. La conversación encontrada evidenció que el

¹⁹⁸ Folio 4998 del cuaderno público No. 26 del Expediente.

¹⁹⁹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC01 [REDACTED] ASISTENTE.ad1\A:\PHYSICALDRIVE0:Partition 2 [204649MB]:NONAME [NTFS][root]/Users/USUARIO/AppData/Local/Microsoft/Outlook/[REDACTED].ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/RV: RECURSOS COOPERATIVA SURCOLOMBIANA - SECRETARIA DE EDUCACIÓN. Object ID 917755 de PAE 2.

²⁰⁰ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

grupo de WhatsApp y las instalaciones de **ASOPROVAL** sirvieron para reunirse y concertar las actuaciones conjuntas que desplegaría la asociación y sus agremiados, con referencia a los procesos de selección que tenían interés como agremiación.

Ahora, en lo que tiene que ver con el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016**, se encontró evidencia de que **ASOPROVAL** citó a su junta directiva a una reunión el 18 de mayo de 2016, día siguiente a la apertura del proceso de contratación referido, tal como se constató en la conversación del 13 de mayo de 2016 entre [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**)²⁰¹. En dicha conversación la directiva de **ASOPROVAL** señaló: *"Estimados asociados tuvimos ayer algunas reuniones en el Senado y una muy importante en la Secretaría de Educación, con el fin de informarles el resultado de estas citas y discutir otros temas me permito citarlos a reunión de Junta Directiva el próximo miércoles 18 de mayo a las 8:00 am en el Metropolitan Club"*.

Sobre el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016**, es necesario resaltar que este fue el concurso que la **SED** sacó de manera posterior a la declaratoria de desiertas de algunas **ZONAS** del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** (que fue presentado en párrafos anteriores). En el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016** se evidenció que los únicos proponentes que se presentaron fueron los miembros de **ASOPROVAL** cuya propuesta económica fue rechazada en el anterior proceso (**SED-SA-SI-DBE-002-2016**), es decir **SPRESS** y **SURCOLOMBIANA**. También que la información obrante en el Expediente demostró que **SPRESS** y **SURCOLOMBIANA** se cruzaron en dos **ZONAS**, una la ganó **SURCOLOMBIANA** con una oferta equivalente a un ahorro del 0,5%, sin contraoferta de **SPRESS**, mientras que la otra la ganó **SPRESS** luego de que **SURCOLOMBIANA** solicitó al comité evaluador que su oferta no fuera tomada en cuenta, debido a que el valor económico que propuso contenía un error de digitación. Comportamiento que, claramente, responde a la dinámica del acuerdo anticompetitivo desarrollado por los investigados dentro del procesos de selección **SED-SA-SI-DBE-042-2016**.

La evidencia que obra en el Expediente también demostró que al interior de **ASOPROVAL** fueron revisados conjuntamente los términos de la negociación de las adiciones de los contratos correspondientes a los procesos de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** y **SED-SA-SI-DBE-042-2016**. Tal como lo prueba la conversación sostenida entre **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**) y **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) del 1 de noviembre de 2016, en la que la primera solicitó que **ASOPROVAL** interviniera para que todos los asociados consiguieran una cita con la **SED**, ya que había varios puntos por aclarar dentro de los que estaban la modificación de algunas cláusulas del contrato²⁰².

También se encontró prueba de que en la misma conversación, al interior del grupo de WhatsApp denominado "**ASOPROVAL**", que la asociación aprobó la sugerencia que hizo **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**) sobre la necesidad de que los asociados se reunieran para unificar conceptos sobre la modificación que haría la **SED** de algunas cláusulas de los contratos. Con tal fin, **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**)²⁰³ indicó que el 8 de noviembre de 2016 quedaba citada la reunión en las oficinas de **ASOPROVAL**, y solicitó que confirmaran asistencia.

Del chat arriba mencionado se destaca un comentario realizado por [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) a **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA**

²⁰¹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588).
²⁰² Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-317.txt. Object ID 6632890 de PAE 2 (chat-317).
²⁰³ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ROMERO (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**), en el que preguntó si la reunión era con la asociación o con los "demás operadores", a lo cual la directiva de la asociación respondió que sería "solo nosotros". Esta circunstancia evidenció el actuar conjunto y la manera cómo se coordinaban **ASOPROVAL** y sus asociados tanto en la etapa precontractual como contractual de los procesos, en particular al intentar tener una postura unificada ante la **SED** cuando en la realidad se habían presentado como proponentes independientes.

En conclusión, este Despacho reitera que los elementos probatorios expuestos evidenciaron la constante comunicación que existía entre los miembros de **ASOPROVAL** para el momento en que se llevaron a cabo los procesos de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** y **SED-SA-SI-DBE-042-2016**. Mediante la cual coordinaron su actuar en asuntos relacionados con aspectos de la etapa precontractual, como la revisión conjunta de los pliegos, gestión de reuniones con funcionarios de la **SED**, la presentación de recursos, solicitudes de revocatoria por parte de uno de los investigados miembros frente al rechazo de sus propuestas, y de la etapa contractual como la negociación de las cláusulas de los contratos. Todo lo cual se suma a la evidenciada falta de presión competitiva entre los investigados en el desarrollo de estos procesos de selección contractual adelantados por la **SED**, según lo demostrado en el presente acto administrativo.

El material probatorio obrante en el Expediente también dio cuenta de que las acciones ejecutadas por **ASOPROVAL** tendientes a limitar la libre competencia en los procesos de selección contractual del **PREB**, fueron mucho más evidentes cuando la **SED** tomó la decisión de adelantar dichos procesos a través del modelo de **IAD** intermediados por **CCE**. En efecto, se encontró que desde el momento en que la **SED** anunció que estaba explorando la posibilidad de contratar el **PREB** a través del modelo **IAD**, los investigados miembros de **ASOPROVAL** se opusieron a la implementación de dicho modelo al coordinar sus acciones a través de la asociación.

Un primer elemento probatorio que dio cuenta de lo anterior es la serie de correos electrónicos remitidos por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) en los que puso a consideración de los asociados a **ASOPROVAL** un proyecto de denuncia sobre supuestos "errores de procedimiento" en el proceso **CCE-054A-AG-2015**. Este borrador de denuncia compartida con los miembros de **ASOPROVAL**, tenía como destino a **CCE**, la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, y su contenido se muestra a continuación:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 20. Correo electrónico de MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO a los miembros de ASOPROVAL del 13 de octubre de 2015

From: monica barrera <[REDACTED]>
Sent: 10/13/2015 7:32:46 PM +0000
To: CATALINSA <[REDACTED]>; COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA <[REDACTED]>; DISERAL <[REDACTED]>; DISERAL <[REDACTED]>; IBEARSEG <[REDACTED]>; IBEARSEG <[REDACTED]>; PROALIMENTOS LIBER <[REDACTED]>
Subject: Proyecto documento
Attachments: Ultima version licitacion alimentos.docx

Estimados asociados

Adjunto estoy remitiendo los principales argumentos que pretendemos esgrimir ante Colombia Compra Eficiente, en los que se relacionan los errores de procedimiento de la Licitación Pública CC 054 A AG de 2.015.

Buscamos con este documento que remitiré tanto a Colombia Compra Eficiente como a la Procuraduría General de la Nación alertar sobre la necesidad de ajustar el procedimiento a la ley en las próximas licitaciones y resaltamos la violación a los principios de contratación estatal.

Este documento no busca atacar el resultado de la adjudicación.

Les agradecería a todos, especialmente quienes participaron en la licitación revisarlo junto a sus asesores legales con el fin de que nos puedan enviar sus comentarios y observaciones que esperamos hasta el próximo jueves, para remitir los documentos el viernes 16 de octubre.

Cordial saludo

MONICA BARRERA ROMERO
 Directora Ejecutiva
ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE ALIMENTOS
"ASOPROVAL"

Conmutador: [REDACTED]

Celular [REDACTED]

Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo²⁰⁴.

El correo electrónico citado contenía un documento adjunto²⁰⁵ en el que, además de la denuncia por supuestas fallas en el procedimiento, fue indicado que algunas propuestas de empresas que no hacían parte de **ASOPROVAL** (como "Unión Capitaliños S.A.S.") debían ser rechazadas por presentar valores muy bajos.

Frente a la citada comunicación remitida por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**), también se encontró la respuesta de **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) en la que indicó que, a pesar de estar de acuerdo con las observaciones, no veía conveniente iniciar una "pelea con CCE", por lo que solicitó a **ASOPROVAL** no radicar ninguna queja ante la Contraloría General de la República o la Procuraduría General de la Nación. No obstante, **ASOPROVAL** terminó radicando la denuncia mencionada al remitir copia a los entes de control tal como se demuestra en la cadena de correos del 16 de octubre de 2015²⁰⁶.

²⁰⁴ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: WEB-01-GERENCIA-GENERAL.ad1/WEB-01:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB-01/[REDACTED].ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Proyecto documento. Object ID 2092842 de PAE 2.

²⁰⁵ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: WEB-01-GERENCIA-GENERAL.ad1/WEB-01:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB-01/[REDACTED].ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/Bandeja de entrada/Proyecto documento/Ultima versión licitación alimentos.docx. Object ID 2092843 de PAE 2.

²⁰⁶ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Desktop/MONICA BARRERA ROMERO/outlook/backup.pst/Archivo de datos de Outlook/Principio del archivo de datos de Outlook/Bandeja de entrada/Re: Proyecto documento. Object ID 1161833 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Las anteriores comunicaciones demostraron, primero, que la adopción del modelo de contratación a través de los **IAD** para los procesos del **PREB** por parte de la **SED** era contraria a los intereses de los sancionados vinculados a **ASOPROVAL**, ya que dicho mecanismo privilegiaba la competencia por precio. Y, segundo, se evidenció que la asociación, fruto de la coordinación de sus miembros, empezó a ejecutar acciones en oposición a dicho mecanismo al atacar su validez y conveniencia en beneficio de sus afiliados, comportamiento que se prolongó durante el tiempo en que fueron adelantados los procesos de selección del **PREB** a través de ese modelo.

En efecto, tal y como lo expuso este Despacho en la Resolución Sancionatoria, la **SED** continuó con la implementación del modelo de **IAD** a través de **CCE**, en donde dividió las actividades del **PREB** entre la elección de los proveedores de alimentos con destino a los refrigerios y la selección de los operadores logísticos responsables de ensamblar y entregar los refrigerios. Así, a finales de 2016 la **SED** adelantó el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, para la selección de proveedores de alimentos con destino a refrigerios, y el proceso de selección **LP-AG-130-2016**²⁰⁷ para elegir a los operadores logísticos responsables de ensamblar y entregar los refrigerios en un total de 30 **ZONAS** del **PREB**. Se resalta que el proceso de selección **LP-AG-130-2016** fue objeto de investigación en la presente actuación administrativa sancionatoria.

Sobre los dos procesos de contratación pública que adelantó la **SED** a través de los **IAD**, el material probatorio recopilado por esta Superintendencia demostró que **ASOPROVAL** acordó y ejecutó con sus asociados acciones relacionadas con boicotear su continuidad. Se encontró, en primer lugar, una cadena de mensajes de texto cruzados entre **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) y **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**)²⁰⁸ en la que se observó que en los mensajes del 29 de diciembre de 2016, enviados 2 días después del aviso de convocatoria del proceso de selección **LP-AG-130-2016** y 10 días después del aviso de convocatoria del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, en donde indicaron que se estaban llevando a cabo varias "reuniones muy productivas para estudiar los pliegos" y que una de ellas se realizaría en la oficina de **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**). Lo mencionado demostró que los investigados miembros de **ASOPROVAL** continuaron con su actuar coordinado en cuanto a la realización de reuniones con el fin de estudiar conjuntamente los pliegos de condiciones de los procesos del **PREB**, adelantados por el modelo **IAD** a través de **CCE**.

Y, en segundo lugar, como se dijo al inicio de este aparte, las pruebas obrantes en el Expediente también dieron cuenta de que, a partir del momento en que fueron adelantados los procesos de selección del **PREB** por el mecanismo **IAD**, **ASOPROVAL** ejecutó una serie de acciones de presión jurídica, fruto de la coordinación con sus asociados, encaminadas a atacar la validez y conveniencia de esta modalidad de selección de contratistas del **PREB**. En efecto, se encontraron pruebas que demostraron que dentro de **ASOPROVAL** se coordinaron revocatorias directas, observaciones, derechos de petición con cuestionarios detallados a los funcionarios de la **SED** e, inclusive, denuncias penales contra algunos de esos funcionarios, como pasa a verse a continuación.

Se encontró, por ejemplo, el correo electrónico del 11 de enero de 2017, mismo día del vencimiento del plazo para presentar observaciones al proceso **LP-AG-130-2016**, enviado por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) a [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), [REDACTED] (asesora de **SPRESS**), [REDACTED] (vinculado con **ASOPROVAL**), **JAIRO HUMBERTO**

²⁰⁷ Convenio 4050 de 2016. Tomado de: <https://www.contratos.gov.co/consultas/detalleProceso.do?numConstancia=16-12-5771767>. Recuperado el 01 de diciembre de 2017.

²⁰⁸ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL-02-JAVIER-PULIDO.ufdr/files/Database/ChatStorage.sqlite/tables/ZWAMESSAGE/rows_0011466_0011759.html. Object ID 3434451 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

BECERRA ROJAS (representante legal de **LIBER**) y **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**), cuyo asunto era "Urgente" y en donde remitió el archivo adjunto denominado "CUESTIONARIO modificado.docx" que tenía como destino la **SED**²⁰⁹.

En el Expediente también se encontró un correo electrónico²¹⁰ que demostró que **ASOPROVAL** manifestó ante la **SED** una serie de argumentos del por qué en su sentir los refrigerios escolares no podían ser considerados como Bienes de Características Uniformes -BCTU-, consideraciones que fueron compartidas con los recurrentes afiliados y con la particularidad de que se indicó que dichos argumentos "pueden ser de utilidad para los recursos que estamos preparando". Esta comunicación confirmó que **ASOPROVAL** y sus agremiados prepararon una estrategia tendiente a atacar la validez y conveniencia del nuevo modelo de contratación adoptado para los procesos de selección del **PREB**.

La estrategia de **ASOPROVAL** en beneficio de sus asociados, y fruto de la coordinación existente entre estos, fue evidenciada igualmente en el contenido del correo electrónico del 23 de febrero de 2017, en el que **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) envió a los miembros de la asociación un documento cuyo destinatario era [REDACTED] (director de bienestar estudiantil de la **SED**). En el correo les solicitó a los asociados que revisaran el documento y, que, posteriormente, ella esperaba "sus observaciones hasta las 11:30 am, hora en que enviaré a radicarla tal como se acordó. Agradezco su colaboración". En particular, el documento adjunto del correo referido correspondió con un borrador de comunicación en el que se manifestaba una serie de cuestionamientos a la **SED** relacionados con la composición nutricional de los menús del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

El material probatorio obrante en el Expediente también acreditó que desde **ASOPROVAL** fueron coordinados los recursos legales en contra de los procesos de selección **LP-AMP-129-2016** y **LP-AG-130-2016**.

En primer lugar, el correo electrónico del 1 de febrero de 2017, en el que fue remitido a los asociados de **ASOPROVAL** un borrador de solicitud de revocatoria directa que debía ser presentado por [REDACTED] (abogado de **LIBER**)²¹¹, con fin de que se revocaran los referidos procesos en su totalidad. El texto del correo citado corresponde con:

Imagen No. 21. Correo electrónico del 1 de febrero de 2017 de ASOPROVAL a sus asociados

From: monica <[REDACTED]>
 Sent: 2/1/2017 3:47:27 PM +0000
 To: [REDACTED]; JAIRO BECERRA ROJAS ([REDACTED]); JUAN CARLOS ALMANSA ([REDACTED]); Stella tellez <[REDACTED]>
 Subject: Revocatoria Directa
 Attachments: revocatoria directa.docx; Datos adjuntos sin título 00147.htm

Estimados asociados

²⁰⁹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\\\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Principio del archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/Urgente. Object ID 1974303 de PAE 2.

²¹⁰ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\\\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/Argumentos. Object ID 1973761 de PAE 2.

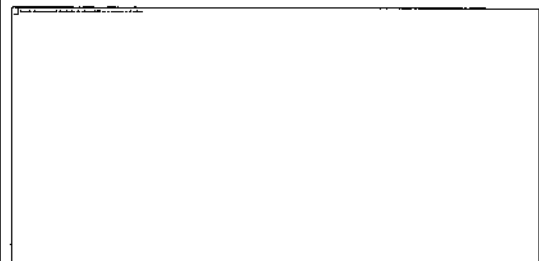
²¹¹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\\\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/Revocatoria Directa/revocatoria directa.docx. Object ID 1973071 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Estoy enviando anexo la solicitud de revocatoria directa que comentamos anoche.

Me parece importante que se analizara por cada una de las empresas y si lo consideran conveniente, solicitar la revocatoria.

Cordial saludo



Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo²¹².

Al revisar del documento adjunto del correo arriba presentado, este Despacho evidenció, primero, que **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) manifestó a sus destinatarios que su contenido correspondió con lo que "comentamos anoche", lo que permitió inferir que hubo una discusión previa sobre el asunto entre los miembros de **ASOPROVAL**. Y segundo, se verificó que **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** instó a las demás empresas para que presentaran recursos similares de manera individual y aparentemente autónoma, donde se destacó que si bien el accionante que suscribía el documento era el abogado de **LIBER**, el recurso fue presentado "en nombre propio" como si se tratara de un tercero ajeno a los investigados.

Como consecuencia del correo y documento adjunto citados, este Despacho encontró igualmente evidencia de que la solicitud de revocatoria directa citada fue efectivamente presentada. Esto se pudo observar mediante el correo electrónico del 2 de febrero de 2017²¹³, en donde [REDACTED] (abogado de **LIBER**) le manifestó a **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) que le enviaba la versión final del documento presentado ante la **SED**. Cabe resaltar, que en revisión del documento adjunto se pudo corroborar que era casi idéntico al compartido por **ASOPROVAL** en el correo electrónico fechado de 1 de febrero de 2017²¹⁴.

Este Despacho, de igual manera, encontró demostrado en la presente actuación administrativa que otra forma en que se materializaron las acciones de **ASOPROVAL** tendientes a impedir la realización de los procesos del **PREB** por el mecanismo de **IAD** y, así, favorecer los intereses de sus asociados, fue a través de la elaboración y presentación coordinada de acciones de tutela.

Se encontró, por ejemplo, el correo electrónico del 13 de enero de 2017 mediante el cual **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) remitió un documento con el nombre de archivo "ACCION DE TUTELA.docx" a **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**), [REDACTED] (vinculado con **ASOPROVAL**), [REDACTED] (asesora de **SPRESS**), [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**), [REDACTED] (gerente

²¹² Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/Revocatoria Directa. Object ID 1973070 de PAE 2.

²¹³ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Bandeja de entrada/RV: SOLICITUD DE REVOCATORIA -DIRECTA- FINAL-. Object ID 1430670 de PAE 2.

²¹⁴ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\.\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/Revocatoria Directa. Object ID 1973070 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

administrativo y financiero de **IBEASER**), **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**):

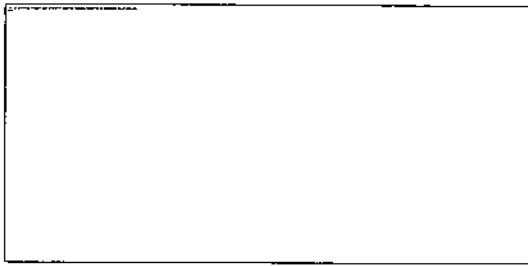
Imagen No. 22. Correo electrónico del 13 de enero de 2017 de ASOPROVAL a sus asociados

From: monica <[REDACTED]>
 Sent: 1/13/2017 2:28:58 PM +0000
 To: JAVIER IGNACIO PULIDO <[REDACTED]>; [REDACTED]; [REDACTED]; JAIRO BECERRA ROJAS <[REDACTED]>; [REDACTED]; JUAN CARLOS ALMANSA <[REDACTED]>; [REDACTED]; Stella tellez <[REDACTED]>
 Subject: URGENTE ACCIÓN DE TUTELA
 Attachments: ACCIÓN DE TUTELA.docx

Buenos días.

Por favor a la mayor brevedad.

Cordial saludo



Fuente: Documento obrante en el Expediente administrativo²¹⁵.

Este Despacho advirtió que, en el documento adjunto a la citada comunicación, denominado "*ACCION DE TUTELA.docx*"²¹⁶, podía observarse el texto de borrador de una acción de tutela que fue proyectado con el fin de que una supuesta trabajadora ("xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx") tendría que aducir que estaba preocupada por su derecho al trabajo en conexidad con la libre escogencia de profesión u oficio, acción que se instauraría contra la **SED** y **CCE**. En particular, las solicitudes tenían como pretensión concreta que se ordenara a **CCE**: (i) que "*declare la **TERMINACIÓN ANORMAL***" del proceso **LP-AMP-129-2016**; (ii) que se abandone la contratación del **PREB** por medio de los **IAD** y que, en su lugar, se adelante la contratación "*como se ha venido adelantando tradicionalmente, es decir, por cualquiera de las modalidades de la contratación pública que no correspondan a acuerdo marco de precios*". Adicionalmente, también se observó la solicitud en el sentido de suspender el mencionado proceso de contratación a manera de medida cautelar. Puede observarse en el texto de borrador de acción de tutela citado que este fue proyectado con el fin de que una supuesta trabajadora ("xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx"), que tendría que aducir que estaba preocupada por su derecho al trabajo en conexidad con la libre escogencia de profesión u oficio, la instaurara contra la **SED** y **CCE**. De otra parte, las solicitudes tenían como pretensión concreta que se ordenara a **CCE**: (i) que "*declare la **TERMINACIÓN ANORMAL***" del proceso **LP-AMP-129-2016**; (ii) que se abandone la contratación del **PREB** por medio de los **IAD** y que, en su lugar, se adelante la contratación "*como se ha venido adelantando tradicionalmente, es decir, por cualquiera de las*

²¹⁵ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\\\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/URGENTE ACCIÓN DE TUTELA. Object ID 1973686 de PAE 2.

²¹⁶ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\\\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/Outlook.pst/Archivo de datos de Outlook/Elementos enviados/URGENTE ACCIÓN DE TUTELA/ACCIÓN DE TUTELA.docx. Object ID 1973687 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

modalidades de la contratación pública que no correspondan a acuerdo marco de precios". Adicionalmente, también se observa la solicitud en el sentido de suspender el mencionado proceso de contratación a manera de medida cautelar.

La presión ejercida a través de medios de control fue corroborada mediante otros documentos similares encontrados en el Expediente. Se recuerda que, dentro de la información entregada por CCE en visita administrativa realizada por la Delegatura, fue encontrado un consolidado de acciones de tutela presentadas contra el proceso LP-AMP-129-2016, en donde se destacan los siguientes documentos: (i) acción presentada por ASOPROVAL que daría cuenta de la estrategia de establecer un ataque en todos los frentes posibles contra la SED y CCE con el fin de que esta última diera por terminado el proceso de selección²¹⁷; (ii) acción de tutela²¹⁸ presentada por CARLOS E. BALLESTEROS PINEDA, representante legal de CONFENALPADRES, y que tenían un objetivo similar a la de ASOPROVAL, esto es, suspender el IAD adelantado por CCE²¹⁹; (iii) 5 acciones de tutela²²⁰ en las que diferentes personas naturales buscaron el amparo de su derecho al trabajo de manera similar al citado borrador preparado por ASOPROVAL, encontrándose que varios de estos escritos fueron presentados usando un mismo formato, idéntico al del borrador compartido entre ASOPROVAL y sus miembros.

Cabe resaltar, sobre las acciones de tutelas referidas, que en la Resolución Sancionatoria, numeral 15.5.2.6., se realizó la comparación entre el borrador de tutela encontrada en el correo de ASOPROVAL del 13 de enero de 2017 y las acciones presentadas ante jueces civiles por parte de [REDACTED], quien aseguró haber trabajado para la "UT NUTRISERVI", y [REDACTED], persona que afirmó haber laborado para la "UT NUTRISERVI" (conformada por CATALINSA). Donde se evidenció que las accionantes utilizaron el formato que estaba en poder de ASOPROVAL, debido a que tenían la misma denominación de las partes, igual texto para las peticiones, igual distribución, entre otros aspectos.

Al revisar los escritos de tutela contra CCE²²¹ este Despacho constató que estos buscaron la terminación anormal del proceso LP-AMP-129-2016, que se ordenara efectuar la contratación en la forma "tradicional" y que no se empleara el mecanismo del acuerdo marco de precios. Todas estas peticiones, al igual que en los demás casos analizados, se fundamentaron en una supuesta vulneración del derecho al trabajo. Igualmente, las tutelas presentadas también incluyeron solicitudes de medida cautelar para provocar la suspensión provisional del mencionado proceso de selección.

De la misma manera, se encontraron elementos probatorios que demostraron la ocurrencia de las acciones ejecutadas por ASOPROVAL y sus asociados tendientes a impedir el desarrollo y adjudicación del proceso de selección LP-AG-130-2016. En particular, se encontró que los agremiados compartieron la información asociada con la presentación de propuestas para este proceso²²² y tomaron la decisión conjunta de no presentarse. Sobre esto último se tiene que en el proceso de selección LP-AG-130-2016 se presentaron un total de 7 proponentes, por lo que solo 10 de las 30 ZONAS objeto del proceso de selección fueron adjudicadas, declarándose desiertas las 20 ZONAS restantes es decir su mayoría.

Sobre este punto, debe tenerse en cuenta que de acuerdo con las comunicaciones y solicitudes radicadas por ASOPROVAL ante la SED y CCE, previamente compartidas con sus asociados, la

²¹⁷ Folio 6166 del cuaderno público No. 33 del Expediente.

²¹⁸ Folio 6166 del cuaderno público No. 33 del Expediente.

²¹⁹ CONFEDERACIÓN NACIONAL DE FEDERACIONES Y LIGAS DE ASOCIACIONES DE PADRES DE FAMILIA.

²²⁰ Folio 6166 del cuaderno público No. 33 del Expediente.

²²¹ Folio 6166 del cuaderno público No. 33 del Expediente. Acciones interpuestas por [REDACTED] y [REDACTED].

²²² Conversación que sostuvieron [REDACTED] (controlante de CATALINSA) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de IBASER), ambos miembros de ASOPROVAL, del 18 de enero de 2017. Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/chat-43.txt. Object ID 4607107 de PAE 2 (chat-43).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

asociación tenía un claro interés en que dicho proceso, al ser adelantado mediante la modalidad de los IAD, no fuera llevado a cabo o adjudicado. Ello sumado a las constantes presiones a través del uso desmedido de medios legales (solicitudes de revocatoria, recursos, acciones de tutela) que buscaban impedir el normal desarrollo de este tipo de procesos, además del antecedente del proceso **SED-SA-SI-DBE-005-2013** en el que los investigados acordaron no presentarse. Esto, con el fin de forzar a la **SED** para que cambiara las exigencias técnicas de los refrigerios. Situación que permite concluir al Despacho que para el proceso **LP-AG-130-2016** los investigados miembros de **ASOPROVAL** acordaron igualmente no presentarse, logrando que la mayoría de las **ZONAS** objeto de este proceso fueran declaradas desiertas. Es decir, su actuar coordinado y el de **ASOPROVAL** en beneficio de sus intereses, fue idóneo para afectar la libre competencia y normal desarrollo del proceso **LP-AG-130-2016**.

Lo anterior, también fue corroborado por el comportamiento y acciones que los investigados miembros de **ASOPROVAL**, así como la asociación misma, desplegaron durante el transcurso del proceso de selección **LP-AG-130-2016** y posterior a este. Al respecto, se encontró un chat del 1 de marzo de 2017 entre [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), que contenía un documento-borrador de un comunicado de prensa a nombre de **ASOPROVAL** y de la Confederación de Padres de Familia (en adelante **CONFENALPADRES**) que fue titulado "*Alertan sobre un seguro desabastecimiento en la alimentación escolar de miles de niños en Bogotá*"²²³. Este borrador, de acuerdo con lo manifestado en la conversación, debía ser difundido por **ASOPROVAL**.

El documento citado permitió al Despacho verificar dos circunstancias en relación con el comportamiento de **ASOPROVAL**: (i) las acciones de la asociación respondieron al actuar coordinado de los investigados asociados a ella, lo cual se evidenció en el hecho que dos de ellos, [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) y [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), hubiesen elaborado un comunicado de prensa a su nombre; y (ii) **ASOPROVAL** ejecutó acciones que buscaron alterar los resultados de los procesos de selección y de las políticas relacionadas con el **PREB**.

Sobre el comunicado de prensa se encontró que el 1 de marzo de 2017 en RCN Radio se alertó sobre un "*posible desabastecimiento en la alimentación escolar en Bogotá*" con fundamento en información originada en **ASOPROVAL** y **CONFENALPADRES**. De la misma forma, el 5 de marzo de 2017 el periódico El Espectador publicó una nota denominada "*Las dudas sobre los nuevos contratos de refrigerios de colegios públicos*"²²⁴; en el periódico El Tiempo también se encontró en uno de sus titulares²²⁵, del 7 de marzo de 2017, que la contratación a través de los procesos **LP-AMP-129-2016** y **LP-AG-130-2016** fue criticada por **ASOPROVAL**, quien ya había anunciado que desde el 20 de febrero de 2017 había instaurado una tutela con el fin de que el proceso de licitación fuera suspendido y que se comprobara que "*a través de este proceso se garantiza la nutrición de los menores*". Finalmente, **CM&** publicó un titular relativo a la incapacidad del Distrito para entregar 490.000 refrigerios, recordando que en la nota de prensa analizada se afirmó que en abril "*Bogotá podía sufrir desabastecimiento de alimentos escolares*" y que el proceso realizado por la **SED** y **CCE** habría sido "*improvisado*".

Este Despacho reitera, así como lo indicó en la Resolución Sancionatoria, que lo sucedido luego de que fueran declaradas desiertas 20 de las 30 **ZONAS** del **PREB** en el proceso **LP-AG-130-2016** fue como consecuencia del actuar coordinado de **ASOPROVAL** y de los investigados asociados a esta. En efecto, para gestionar las **ZONAS** declaradas desiertas en el proceso **LP-AG-130-2016** se encontró que la **SED** suscribió con la **ALFM** un convenio interadministrativo para que dicha agencia

²²³ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL-03-[REDACTED].ufdr/chats/iMessages/chat-38.txt. Object ID 4607105 de PAE 2.

²²⁴ Tomado de <https://www.elespectador.com/noticias/bogota/las-dudas-sobre-los-nuevos-contratos-de-refrigerios-de-colegios-publicos-articulo-683089>, recuperado el 12 de abril de 2017.

²²⁵ Tomado de <http://www.eltiempo.com/bogota/adjudican-licitaciones-publicas-de-alimentos-en-bogota-64516>, recuperado el 12 de abril de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

se encargara de la operación logística del **PREB** en las **ZONAS** no adjudicadas. La **ALFM**, a su vez, adelantó el proceso **002-045-2017** con el fin de subcontratar "el servicio de operación logística para el almacenamiento, ensamble y distribución de refrigerios escolares" en las **ZONAS** declaradas desiertas en el proceso **LP-AG-130-2016**, agrupando las 25 **ZONAS** desiertas en una sola **ZONA** que fue adjudicada a un único proponente habilitado, **MULTIMODAL**.

Este Despacho encontró igualmente demostrado que, desde un inicio, los investigados miembros de **ASOPROVAL** ejecutaron acciones por varios medios con el fin de desacreditar a **CCE**, a la **ALFM** y a **MULTIMODAL**, para atacar la adjudicación de la operación logística del **PREB**. En primer lugar, mediante los correos de 16 de marzo de 2017²²⁶ y 20 de marzo del mismo año²²⁷ se evidenció un ataque sistemático ejecutado por **ASOPROVAL** en virtud de la coordinación existente entre sus asociados en contra de la entidad contratante, a través de la presión que ejercieron como gremio con la excusa de estar salvaguardando los intereses de niños y padres de familia. Otra prueba de las acciones ejecutadas por **ASOPROVAL** con el fin de atacar el normal desarrollo de los procesos fue encontrada en la cadena de correos electrónicos del 19 de abril de 2017, circulada entre **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) y [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), en la que se observó el desarrollo conjunto de un comunicado denominado "CORTINA DE HUMO A UN INCUMPLIMIENTO ANUNCIADO.DOCX"²²⁸. En el comunicado adjunto a la cadena de correos citada²²⁹ se acusó a la **SED** y en especial a [REDACTED] (Secretaria de Educación Distrital), de crear "cortinas de humo sobre un supuesto 'saboteo' al despacho de los refrigerios escolares en Bogotá", lo cual hizo parte de la ejecución de una estrategia de presión que se venía presentando en los últimos años en los procesos del **PREB**.

En adición a lo anterior, se constató que la conducta de **ASOPROVAL** y de sus asociados fue tan habitual y generalizada que, a través del grupo de chat de WhatsApp creado por la misma **ASOPROVAL**, los intercambios de información y coordinación de comportamientos fueron frecuentes para los temas asociados al **PREB**. Esto se evidenció en la siguiente conversación del chat mencionado en la que **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) manifestó: "Podría cada uno ayudarme para que sus abogados nos hagan llegar un análisis frente a los problemas operativos y los posibles incumplimiento de los pliegos haciendo referencia a la parte del pliego incumplida?"²³⁰.

Otras conversaciones halladas en el Expediente también evidenciaron que los mensajes antes presentados se cruzaron con el objetivo de dar a **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) el insumo necesario para unas reuniones que llevaría a cabo con un fiscal y con el **CUERPO TÉCNICO DE INVESTIGACIÓN** que sostendría en

²²⁶ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\...\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de [REDACTED] Outlook/ [REDACTED].pst/[REDACTED]/Elementos

enviados/IMPORTANTE ALFM, Subasta 002-045-2017 [59851]. Object ID 1434323 de PAE 2.

²²⁷ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt. Object ID 6631113 de PAE 2 (chat-148).

²²⁸ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\...\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de [REDACTED] Outlook/ [REDACTED].pst/[REDACTED]/Elementos enviados/RE:

Comunicado. Object ID 1434845 de PAE 2.

²²⁹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: PC03_MONICA_BARRERA.ad1\...\PHYSICALDRIVE0:Basic data partition (5) [926980MB]:Windows8_OS [NTFS]/[root]/Users/User/Documents/Archivos de Outlook/[REDACTED].pst/[REDACTED]/Elementos enviados/RE: Comunicado/CORTINA DE HUMO A UN INCUMPLIMIENTO ANUNCIADO.docx. Object ID 1434846 de PAE 2.

²³⁰ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, mismas que servirían para atacar a la **SED**, así como a las empresas proveedoras del proceso **002-045-2017** y otros procesos anteriores²³¹.

Se encontró también que los investigados miembros de **ASOPROVAL** se reunieron frecuentemente para continuar con su estrategia coordinada encaminada a mantener presión constante sobre la **SED** a fin de volver al antiguo o "tradicional" esquema de contratación²³², que claramente beneficiaba sus intereses, tal como lo evidenció el correo del 29 de mayo de 2017²³³, en el que **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) envió a los asociados de **ASOPROVAL** una respuesta a un derecho de petición formulado a la **ALFM** sobre los supuestos incumplimientos de **MULTIMODAL**.

El análisis probatorio presentado en la presente aparte del acto administrativo le permitió al Despacho concluir que el descrito comportamiento de **ASOPROVAL** y de los investigados afiliados a ella, correspondió a la pretensión de que los procesos de selección fueran declarados desiertos. Comportamiento contrario a la conducta de competidores independientes que habrían decidido, también de manera autónoma, no presentarse a un proceso de selección.

Por lo dicho anteriormente, no resultan de recibo las afirmaciones de los recurrentes según las cuales sus acciones y las de **ASOPROVAL** respondieron al ejercicio del derecho de asociación y de los derechos que les corresponden como empresarios a manifestar "preocupaciones" respecto de los procesos contractuales. Claramente, en la presente actuación, se demostró que **ASOPROVAL**, como producto de la coordinación existente entre los sancionados, ejecutó una estrategia encaminada a impedir la realización de los procesos de selección del **PREB** en las modalidades que no beneficiaban a sus asociados.

Por tal razón, la pretendida alusión a la que hace **LA CAMPIÑA** sobre la doctrina "Noerr-Pennington", la cual parte del principio de la buena fe, tampoco resulta de aplicación en el presente caso²³⁴. Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que esta doctrina, cuyo desarrollo y aplicación es del derecho estadounidense, tiene como eje principal el ejercicio del derecho de petición que tienen los agentes económicos frente a las autoridades estatales con el fin de buscar decisiones políticas legítimas por parte de estas, y que se exceptúa su aplicación en casos en los que se demuestra el uso de estas peticiones y acciones como un "arma anticompetitiva" para defraudar la libre competencia²³⁵.

De esta forma, este Despacho reitera que en la presente actuación se encontró plenamente demostrado que **ASOPROVAL** incurrió en la conducta infractora de la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, ya que desarrolló un sistema y ejecutó una serie

²³¹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Esto mismo puede observarse dentro de las múltiples conversaciones en que **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** requiere información urgente en la medida en se encuentra "con el fiscal". Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588).

²³² Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. 25 de abril de 2017: Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588); 13 de mayo de 2017: Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588); 20 de mayo de 2017: Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588); 01 de junio de 2017: Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588); 08 de junio de 2017: Path: CEL_MONICA_BARRERA_PRESIDENTE.ufdr/chats/WhatsApp/chat-588.txt. Object ID 6634143 de PAE 2 (chat-588).

²³³ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: WEB-01-BEATRIZ-BECERRA-ROJAS.ad1/WEB-01:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\LIBERSAS\WEB-01\ [redacted].ost/[root]/Raiz - Buzón/IPM_SUBTREE/GERENCIA REFRIGERIOS/Respuesta derecho petición agencia Logística FFMM. Object ID 315811 de PAE 3.

²³⁴ Paul Gowder. "Noerr-Pennington Doctrine". THE FIRST AMENDMENT ENCYCLOPEDIA.PRESENTED BY THE JOHN SEIGENTHALER CHAIR OF EXCELLENCE IN FIRST AMENDMENT STUDIES. <https://www.mtsu.edu/first-amendment/article/1122/noerr-pennington-doctrine>

²³⁵ Federal Trade Commission. *Enforcement Perspectives on the Noerr-Pennington Doctrine - An FTC Staff Report*. 2006. Pág. 17.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

de acciones tendientes a impedir la realización de los procesos de selección contractual del **PREB**, conducta que efectivamente fue idónea para limitar la libre competencia en dichos procesos por lo ya expuesto. Así como se demostró el actuar anticompetitivo de sus asociados en el marco de los procesos de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, **SED-SA-SI-DBE-042-2016**, **CCE-054A-AG-2015**, **LP-AMP-129-2016** y **LP-AG-130-2016** con el fin de impedir, en general, la realización de los procesos del **PREB** por el mecanismo de **IAD** y, así, favorecer los intereses de sus asociados. Estrategia de presión y boicot que fue desarrollada y complementada a través de la elaboración y presentación coordinada de acciones de tutela y comunicados de prensa dirigidos a distintos medios de comunicación, así como también con la concertación de no presentarse a los procesos de selección adelantados por medios de los **IAD**, con el fin de que fueran declarados desiertos.

Por las razones expuestas, no son aceptables las afirmaciones de los recurrentes sobre el carácter netamente gremial de **ASOPROVAL** y mucho menos que [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**), **LA CAMPIÑA**, **SURCOLOMBIANA** y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**) no participaron en el acuerdo anticompetitivo. Esta Superintendencia encontró, según el material expuesto en este aparte, que los recurrentes intervinieron en las diferentes actuaciones que desplegaron los asociados y **ASOPROVAL** en el marco de los procesos adelantados por la **SED** a través de los **IAD**, con el fin de que no se llevaran a cabo y volviera la Entidad contratante a la modalidad de contratación anterior.

Finalmente, en relación con los argumentos presentados por **LA CAMPIÑA**, al señalar que no hizo parte de **ASOPROVAL**, este Despacho reitera que el análisis de su responsabilidad, con fundamento en el material probatorio en el Expediente, así como la dosificación de la multa impuesta a esta empresa en la Resolución Sancionatoria (numerales **16.1.1.3.** y **17.1.3.**), recayó únicamente sobre aquellos procesos de selección contractual del **PREB** en los que efectivamente fue demostrado su actuar coordinado con los demás sancionados.

En efecto, se reitera que el análisis probatorio del Despacho demostró la comisión de la conducta anticompetitiva reprochada por parte de **LA CAMPIÑA** inicialmente en los procesos de licitación pública **LP-SED-SGO-005-2008** (resultando adjudicatario de 2 **ZONAS** del **PREB**), **SED-LP-DBE-001-2009** (siendo adjudicatario de 2 **ZONAS**) y **SED-LP-DBE3-020-2011** (adjudicatario de 2 **ZONAS**), sin entrar en competencia con los otros investigados. En cuanto a los procesos adelantados a través de la **BMC** (**BOLSA I - 2012**, **BOLSA II - 2012-2013** y **BOLSA III - 2013**), el material probatorio obrante en el Expediente demostró que **LA CAMPIÑA** y **SURCOLOMBIANA** fueron representadas por el mismo operador ante la **BMC**, lo cual también constituyó un aspecto de la dinámica desarrollada por los investigados en ejecución del acuerdo anticompetitivo reprochado.

Por último, se demostró que en cuanto a los procesos del **PREB** adelantados por la **SED** bajo la modalidad de selección abreviada por subasta inversa entre 2013 y 2016, **LA CAMPIÑA** resultó adjudicatario de **ZONAS** del **PREB** en los procesos **SED-SA-SI-DBE-019-2013** (1 **ZONA**), **SED-SA-SI-DBE-017-2015** (2 **ZONAS**) y **SED-SA-SI-DBE-002-2016** (2 **ZONAS**), en donde se presentó como proponente único, es decir, sin entrar en competencia. Comportamiento que prueba, en conjunto con los demás medios probatorios que fueron expuestos para los procesos de selección imputados, que hizo parte de la dinámica anticompetitiva del acuerdo ejecutado por los investigados.

8.17. Consideraciones del Despacho sobre el cambio de imputación de un acuerdo restrictivo de la competencia a una práctica conscientemente paralela

LIBER, **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**), **CATALINSA**, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**) y [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) señalaron que existió una violación al debido proceso, pues, la investigación inició con una supuesta concertación anticompetitiva y terminó con referencia a que el supuesto acuerdo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

continuado era una práctica conscientemente paralela. Sobre este particular indicaron que, de tratarse de este tipo de práctica no se probó que (i) la existencia de la práctica; (ii) la conciencia de los investigados; y (iii) el paralelismo que deben ser probados. En conclusión, afirmaron que existió una vulneración al debido proceso y al principio de congruencia que le asiste a los actos administrativos expedidos por esta Autoridad.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que los alegatos no están llamados a prosperar.

Los argumentos propuestos parten de un presupuesto errado, esto es, que en el inicio de la investigación administrativa se imputó una conducta consistente en la presunta existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia, mientras que mediante la Resolución Sancionatoria se sancionó a los investigados por otra conducta, correspondiente a la existencia de una práctica conscientemente paralela. Contrario a lo afirmado por los recurrentes, la Resolución mencionada no solo respetó el debido proceso sino también el principio de congruencia, pues, a través de este acto administrativo se sancionó justamente la existencia de un acuerdo restrictivo de la libre competencia que infringió el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, así como la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en lo que concierne a ASOPROVAL y su presidente ejecutivo. Lo que estuvo en línea con lo estipulado en la Resolución de Apertura de Investigación y, también, en el Informe Motivado presentado en el Expediente 17-48794.

La situación descrita anteriormente se pudo observar en la comparación realizada de los cargos imputados en la Resolución de Apertura de Investigación frente a los cargos sancionados en la Resolución Sancionatoria, que se expone en las dos tablas que se presentan a continuación.

Tabla No. 20. Relación de la imputación efectuada contenida en la Resolución de Apertura de Investigación

RESOLUCIÓN DE APERTURA DE INVESTIGACIÓN	
Imputación jurídica	Personas naturales/jurídicas imputadas
<p>ARTÍCULO PRIMERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra las personas relacionadas en la tabla que se presenta a continuación para determinar si, en el curso de los diferentes procesos de selección dentro del PROGRAMA DE REFRIGERIOS ESCOLARES EN BOGOTÁ correspondientes al periodo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo, incurrieron en el acuerdo descrito 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. Los agentes del mercado contra los que se dirige la imputación son los siguientes:</p>	<p>AERODELICIAS S.A.S. SERVICIAL S.A.S. LA CAMPIÑA S.A.S. INDUSTRIAS ALIMENTOS Y CATERING S.A.S. – CATALINSA S.A.S. DISERAL S.A.S. FABIO DOBLADO BARRETO IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S. PROALIMENTOS LIBER S.A.S. ALIMENTOS SPRESS S.A.S. COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA DE INVERSIONES LTDA.</p>
<p>ARTÍCULO SEGUNDO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra las personas relacionadas en la tabla que se presenta a continuación para determinar si, en el curso de los diferentes procesos de selección dentro del PROGRAMA DE REFRIGERIOS ESCOLARES EN BOGOTÁ correspondientes al periodo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo, incurrieron en el acuerdo descrito 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 como imputación principal y, <u>subsidiariamente</u>, para determinar si 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. Los agentes del mercado contra los que se dirige la imputación son los siguientes:</p>	<p>GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO [REDACTED] JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ [REDACTED]</p>
<p>ARTÍCULO TERCERO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra las personas relacionadas en el cuadro que se presenta a continuación para determinar si en el curso de los diferentes procesos de selección dentro del PROGRAMA DE REFRIGERIOS ESCOLARES EN BOGOTÁ correspondientes al periodo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo, 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. Las personas contra las que se dirige la imputación son las siguientes:</p>	<p>[REDACTED] DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ WILLIAM FAJARDO ROJAS [REDACTED] BEATRIZ BECERRA ROJAS [REDACTED] ISMAEL BELLO PACHÓN</p>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

<p>ARTÍCULO CUARTO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS contra la ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORES DE ALIMENTO – ASOPROVAL, con NIT 900.858.768, para determinar si en el curso de los diferentes procesos de selección dentro del PROGRAMA DE REFRIGERIOS ESCOLARES EN BOGOTÁ correspondientes al periodo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo, incurrió en una práctica, procedimiento o sistema tendiente a limitar la libre competencia económica conforme con la prohibición general establecida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, 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.</p>	<p style="text-align: center;">LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN</p> <p style="text-align: center;">ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORES DE ALIMENTO – ASOPROVAL</p>
<p>ARTÍCULO QUINTO: ABRIR INVESTIGACIÓN y FORMULAR PLIEGO DE CARGOS en contra de MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO, identificada con la C.C. 51.835.643, para determinar si en el curso de los diferentes procesos de selección dentro del PROGRAMA DE REFRIGERIOS ESCOLARES EN BOGOTÁ correspondientes al periodo señalado en la parte considerativa del presente acto administrativo, incurrió 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.</p>	<p style="text-align: center;">MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO</p>

Como puede observarse, es claro que mediante la Resolución de Apertura de Investigación se imputaron las personas jurídicas investigadas por la infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) y el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general). Por su parte, las personas naturales investigadas fueron imputadas con el cargo de haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas mencionadas y, subsidiariamente, respecto de algunas de ellas, como agentes de mercado por tener el control competitivo de las personas jurídicas investigadas.

Es de advertir que la imputación tuvo como actuación previa la tramitación de una averiguación preliminar, en la cual se recogieron y analizaron diversas pruebas con el fin de verificar información y lograr determinar si existía mérito o no para abrir la investigación formal e imputar cargos. De acuerdo con lo anterior, la imputación se fundó en la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia para coludirse en los procesos de selección adelantados por la **SED** cuyo objeto era proveer los refrigerios destinados al programa **PAE-PREB** entre el 2007 y el 2017. Lo que implicó una serie de comportamientos que buscaron aumentar sus probabilidades de resultar adjudicatarios en dichos procesos de selección sin las presiones competitivas propias de un escenario en el que se presente competencia efectiva, así como la concertación de actuaciones que buscaban boicotear los procesos de selección que no respondían a sus intereses conjuntos.

Como se verá a continuación en la Resolución Sancionatoria fueron sancionados los investigados de conformidad con la imputación efectuada:

Tabla No. 21. Relación de la declaración de responsabilidad contenida en la Resolución de Sanción

RESOLUCIÓN SANCIONATORIA	
Sanción jurídica	Personas naturales/jurídicas sancionada
<p>ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR que violaron la libre competencia por haber incurrido en la conducta anticompetitiva descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en los procesos de selección del PREB investigados.</p>	<p style="text-align: center;">SERVICIAL S.A.S. A CAMPIÑA S.A.S. INDUSTRIAS ALIMENTOS Y CATERING S.A.S. – CATALINSA S.A.S. DISERAL S.A.S. IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S. PROALIMENTOS LIBER S.A.S. ALIMENTOS SPRESS S.A.S. COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA DE INVERSIONES LTDA.</p>
<p>ARTÍCULO SEGUNDO: DECLARAR que incurrieron en el comportamiento sancionable previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los procesos de selección del PREB investigados.</p>	<p style="text-align: center;">JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ</p>

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	<p>██████████ WILLIAM FAJARDO ROJAS ██████████ BEATRIZ BECERRA ROJAS ██████████ ISMAEL BELLO PACHÓN LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN</p>
<p>ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR que incurrió en una práctica tendiente a limitar la libre competencia económica, de acuerdo con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en la modalidad de responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en el marco de los procesos de selección del PREB investigados.</p>	<p>ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE ALIMENTOS – ASOPROVAL</p>
<p>ARTÍCULO CUARTO: DECLARAR que incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los procesos de selección del PREB investigados.</p>	<p>MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO (presidente ejecutiva de ASOPROVAL)</p>
<p>ARTÍCULO NOVENO: ARCHIVAR la investigación respecto de la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, por presuntamente haber incurrido en el acuerdo previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.</p>	<p>En favor de FABIO DOBLADO BARRETO</p>
<p>ARTÍCULO DÉCIMO: ARCHIVAR la investigación respecto de la presunta 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, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.</p>	<p>En favor de ██████████ DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ</p>
<p>ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO: ARCHIVAR la investigación por la responsabilidad imputada en la Resolución de Apertura de Investigación prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009</p>	<p>GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO ██████████ JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ ██████████</p>

Como se pudo observar de con las dos tablas antes presentadas, que permitieron comparar las conductas imputadas en la Resolución de Apertura y las sancionadas en la Resolución Sancionatoria, que fueron los mismos cargos y guardaron congruencia tanto en la etapa inicial del proceso administrativo como en la etapa que sancionó a los investigados. Por lo tanto, los argumentos allegados por los recurrentes no tienen sustento alguno y no son procedentes en el presente caso.

Cabe advertir sobre los argumentos presentados, que ya en la Resolución Sancionatoria se había pronunciado puntualmente en el numeral **15.6.5.4.**, en donde sostuvo lo siguiente:

*"En este caso, nuevamente los investigados parten del supuesto equivocado. Contrario a lo afirmado, tanto en la Resolución de Apertura de Investigación como en el Informe Motivado, se hizo alusión a la comisión de una infracción de las normas que protegen la libre competencia al contravenir el contenido del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Y, por parte de **ASOPROVAL**, y las personas vinculadas con ella, la infracción de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. De entrada, debe advertirse que la imputación no varió en el Informe Motivado. De allí, que en la Resolución que nos ocupa se decida sobre la infracción de los numerales mencionados, esto es, por la estructuración de un acuerdo anticompetitivo que tenía por objeto la colusión en procesos de contratación pública y como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas.*

Sobre el acuerdo colusorio reprochado, es preciso mencionar que el concepto de acuerdo es amplio. En ese sentido corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio acreditar que la coordinación hace parte de un 'objetivo común' que incluye una serie de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*conductas, como elementos constitutivos de una sola infracción²³⁶ a la luz de la legislación aplicable. Al respecto, la Delegatura presentó pruebas suficientes para sustentar la imputación formulada a los investigados, sobre el escenario que existió entre ellos para la coordinación de los agentes para evitar la competencia entre ellos y resultar adjudicatarios de los procesos de selección del **PREB** entre 2007 y 2017".*

De acuerdo con lo anterior, no resulta posible afirmar que en la Resolución Sancionatoria se utilizó como presupuesto la existencia de una práctica conscientemente paralela, pues, como se pudo observar, fue con base en los cargos imputados que fueron sancionados los investigados, esto es que:

*"[L]os investigados habrían celebrado y ejecutado, al menos desde el año 2007, de manera continuada, y hasta por lo menos 2017, un acuerdo restrictivo encaminado a suprimir la competencia en los procesos de selección contractual del **PREB** (alrededor de 21 procesos en el periodo comprendido entre 2007 y 2017), así: (i) se coordinaron para asignarse los diferentes grupos en los procesos por **ZONAS** y por tanto adjudicarse los contratos; (ii) se coordinaron para evitar la competencia en los diferentes procesos; (iii) se coordinaron para mantenerse en el mercado y ser asignatarios de los contratos más grandes dentro de los diferentes procesos; y, (iv) se coordinaron para mantener la estructura ilícita del acuerdo frente a los cambios de la entidad contratante con el fin de evitar que la estructura de los procesos se modificara en perjuicio de sus intereses. Por su parte, respecto de **ASOPROVAL** la Delegatura concluyó que esta asociación; (v) sirvió de escenario común de concertación; (vi) fue instrumentalizada con fines anticompetitivos por parte de sus miembros y (vii) actuó por fuera de los límites constitucionales y legales del derecho de asociación".*

En conclusión, y por lo expuesto anteriormente, no resultan de recibo los argumentos alegados por **LIBER**, **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), **BEATRIZ BECERRA ROJAS** (representante legal suplente de **LIBER**), **CATALINSA**, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**) y [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) en los recursos de reposición presentados ante esta Superintendencia.

8.18. Consideraciones del Despacho sobre la indebida imputación de las personas naturales al ser imputadas como agentes de mercado y subsidiariamente como facilitadores de la conducta

GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) indicó que existió una violación al debido proceso al haber sido imputado de manera principal como agente de mercado y, de manera subsidiaria, como facilitador de la conducta, puesto los cargos endilgados suponen la realización de conductas distintas. Con sustento en lo anterior, señaló el recurrente que una persona no puede tener las dos calidades. Sobre este particular, añadió que, al no participar directamente en los procesos de contratación como persona natural, sino que su participación se dio a través de **AERODELICIAS**, no puede ser sancionado como agente de mercado en la conducta anticompetitiva.

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de **IBEASER**), línea con lo anterior, sostuvo que al no contar con el control directo de la empresa que representa no puede ser sancionado como agente de mercado por este hecho.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La afirmación realizada por los recurrentes se sustentó en que, tal como fue expuesto en la Resolución de Apertura, la imputación efectuada a **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS**) y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) **SERVICIAL**) fue como "agentes de mercado" en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 y, subsidiariamente, como facilitadores de la conducta, esto es, 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.

Cabe aclarar, que en el **ARTÍCULO DÉCIMO PRIMERO** de la Resolución Sancionatoria se archivó la responsabilidad imputada en la Resolución de Apertura de Investigación por el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 a **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS**), **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** (controlante de **LIBER**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) y [REDACTED] (controlante de **SURCOLOMBIANA**).

En línea con lo anterior, se resalta que los argumentos presentados por **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) no son de recibo por cuanto en la Resolución Sancionatoria los recurrentes no fueron sancionados como agentes de mercado –cargo principal que fue archivado–, sino como facilitadores de la conducta. Por lo anterior, no es válido alegar que se vulneró el debido proceso por ser imputados como agentes de mercado por su condición de controlantes si justamente fue archivada a su favor la imputación por la responsabilidad 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. En efecto, la sanción impuesta a una persona natural o jurídica a través de la responsabilidad contenida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, resultó imputable solamente a los agentes de mercado que efectivamente participaron como oferentes directamente en los procesos de selección o mediante estructuras plurales.

Ahora bien, en lo que respecta a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**), si bien este investigado participó en los procesos de selección como un agente de mercado, debido a que era uno de los integrantes de las uniones temporales constituidas con **IBEASER** para participar en los procesos de selección, la imputación de la responsabilidad contenida en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se dio en consideración de su condición de controlante de **IBEASER**, más no de oferente. Por lo anterior, se archivó la imputación principal de la responsabilidad 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 y se declaró su responsabilidad como facilitador de la conducta de acuerdo con la responsabilidad contenida en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

El anterior razonamiento se tuvo al momento de analizar la responsabilidad de **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**), quien, al no participar como persona natural ni integrar en dicha calidad las uniones temporales constituidas por **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**, no actuó como agente de mercado en los procesos de selección. En esta medida, este Despacho ordenó el archivo de la investigación respecto de la imputación efectuada al investigado por la Delegatura en la Resolución de Apertura como un "agente del mercado" en los términos del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En conclusión, y por lo dicho anteriormente, no resultan de recibo los argumentos alegados por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) en sus recursos de reposición.

8.19. Consideraciones del Despacho sobre la responsabilidad sobre los administradores de las empresas inmersas en el acuerdo anticompetitivo

WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de **CATALINSA**) solicitó que sea archivada la investigación iniciada en su contra, en la medida en que no existen pruebas directas o indirectas de su participación en el presunto actuar anticompetitivo, dado que la única razón por la cual fue imputado fue por su condición de representante legal de **CATALINSA**.

Sobre el particular, el recurrente señaló que esta Superintendencia se habría abstenido de aplicar su propio precedente, haciendo referencia a la Resolución No. 12992 del 10 de mayo de 2019, a través de la cual se decidió una investigación por infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en la que se sostuvo que *"no puede predicarse incuestionablemente que las funciones desempeñadas por su cargo"*, como representante legal, implicaran que *"debieron conocer de la existencia de las conductas reprochadas"*. Por lo anterior, solicitó que la investigación sea archivada en su favor.

ISMAEL BELLO PACHÓN (representante legal suplente de **SPRESS**) indicó que no existen pruebas en el Expediente que permitan concluir que actuó como controlante de **SPRESS** durante los años 2007 a 2017, periodo en el que aseguró que no participó en ninguna reunión convocada por [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**). En tal sentido, el recurrente mencionó que se le inculpó por las conductas realizadas por **SPRESS** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) por su calidad de representante legal sin que existieran pruebas que hubiesen llevado a esta Superintendencia a concluir –con algún nivel de certeza– que el recurrente hizo parte de un acuerdo anticompetitivo y/o que colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó o toleró conductas anticompetitivas.

LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) alegó que no existen, de forma precisa, fáctica, jurídica y probatoria, razones para atribuirle responsabilidad por parte del Despacho que sustente su participación en los procesos investigados. Señaló que a pesar de ser la representante legal de **SURCOLOMBIANA** no era ella quien tomaba la decisión de participar en un proceso en concreto, ya que era [REDACTED] quien controlaba y tomaba las decisiones de **SURCOLOMBIANA**. Por otro lado, alegó que esta Superintendencia pasó por alto varios elementos que darían cuenta de que efectivamente no participó ni tuvo inferencia en la adjudicación de los contratos en los que resultó beneficiario **SURCOLOMBIANA**. Finalmente, la recurrente concluyó que no existieron elementos de prueba que indicaran que toleró o facilitó el supuesto acuerdo colusorio sancionado.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Sobre el argumento presentado por los recurrentes, este Despacho reitera lo señalado en la Resolución Sancionatoria con relación el comportamiento de las personas facilitadoras de una conducta anticompetitiva, que:

"Para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona involucrada con la conducta anticompetitiva, en 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:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- *Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que se cometiera la infracción principal.*
- *Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.*
- *Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, conocía o por lo menos debió haber conocido o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.*

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

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".

Así mismo, esta Superintendencia ha señalado que las pruebas para determinar la responsabilidad de las personas facilitadoras identificadas en el transcurso de la actuación administrativa están relacionadas con el modo en que opera la conducta anticompetitiva. Al respecto, este Despacho reitera lo señalado en Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015, según la cual:

"(...) 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 (...)"²³⁷.

Resulta importante señalar que en la valoración probatoria que realizó esta Superintendencia, el cargo que tienen las personas 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 de los agentes del mercado.

En primer lugar, la normatividad nacional establece que se consideran administradores de una sociedad a los representantes legales, quienes están obligados a obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios tal y como se establece en el artículo 23 de la ley 222 de 1995 que determina los principios y deberes de los administradores.

De lo anterior se deriva como principio rector de un administrador la diligencia de un buen hombre de negocios que de acuerdo con la Circular N.º 100-006 en su numeral 2.1.3., de la Superintendencia de Sociedades se define como:

"2.1.3 La diligencia de un buen hombre de negocios hace relación a que las actuaciones de los administradores no sólo deben encontrarse acompañadas de la prudencia de un buen padre de familia, sino que su diligencia debe ser la que tendría un profesional, un comerciante sobre sus propios asuntos, de manera que su actividad siempre debe ser

²³⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 del 30 de diciembre de 2015.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

oportuna y cuidadosa, verificando que la misma esté ajustada a la ley y los estatutos, lo que supone un mayor esfuerzo y una más alta exigencia para los administradores en la conducción de la empresa.

La diligencia del buen hombre de negocios lleva implícitos deberes como el de informarse suficientemente antes de tomar decisiones, para lo cual el administrador debe asesorarse y adelantar las indagaciones necesarias, el de discutir sus decisiones especialmente en los órganos de administración colegiada, y, por supuesto, el deber de vigilancia respecto al desarrollo y cumplimiento de las directrices y decisiones adoptadas” (subrayado fuera de texto).

Con sustento en lo anterior, se pudo concluir que dentro del deber del representante legal se encuentra la vigilancia del negocio en marcha y, por tanto, de los contratos que se encuentren en curso, con la finalidad de que estos cumplan con las directrices establecidas y no sean contrarias a la ley, para lo cual, deberán ser diligentes e informarse a cabalidad de los pormenores del negocio en el que se encuentran incurriendo.

Bajo el anterior presupuesto, el deber de **WILLIAM FAJARDO ROJAS, ISMAEL BELLO PACHÓN** y **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN**, como gerentes de las **CATALINSA, SPRESS** y **SURCOLOMBIANA**, respectivamente, era la vigilancia, cumplimiento y desarrollo de los negocios en marcha de las empresas. Como tal, debieron comportarse como *buenos hombres de negocios*, ser diligentes e informarse con el suficiente nivel de detalle para la toma de decisiones que les permitiera cumplir con sus obligaciones como administradores.

En consecuencia, al revisar la actuación de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) y **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**), este Despacho encontró que lo que afirmaron en los recursos de reposición presentados no son aceptables. Por cuanto, en el curso del presente proceso administrativo, se demostró que su responsabilidad se derivó en que sus actuaciones permitieron la participación de las empresas que representaban dentro del acuerdo anticompetitivo y también, en algunos casos, que actuaron de manera activa en la concertación con los demás investigados. Por lo tanto, la sanción a los recurrentes se dio producto de la evaluación conjunta del material probatorio que reposa en el Expediente y no de una simple deducción sin ningún sustento como lo señalaron equivocadamente.

Para este Despacho, los recurrentes tenían cargos directivos y funciones de gerentes y subgerentes que ejercieron en **CATALINSA**²³⁸, **SPRESS**²³⁹ y **SURCOLOMBIANA**²⁴⁰ durante el periodo investigado, lo que lleva a considerar que tenían el deber de conocer de los asuntos comerciales de las empresas dentro de las que se encuentra la participación en los procesos de selección. En esa

²³⁸ **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (socio y representante legal de **CATALINSA**) no solamente fungió como socio de **CATALINSA S.A.S.** desde el 9 de noviembre de 2007 cuando elevaron a escritura pública la cesión de cuotas de la que es titular con el 50% de participación, sino también como miembro de junta directiva y como gerente de **CATALINSA** –en ese momento denominada **REPRESENTACIONES BOCA LTDA.**–, desde el año 2007 cuando fue nombrado como en dicho cargo por parte de la Junta Directiva en reunión en la que [REDACTED] fungió como presidente y que se llevó a cabo el 27 de noviembre de 2007. El nombramiento como gerente y representante legal se mantuvo vigente durante todo el periodo investigado, pues solo hasta el 8 de enero de 2021 fue nombrada a **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** como representante legal en asamblea extraordinaria de accionistas –acta No. 89–.

²³⁹ **ISMAEL BELLO PACHÓN** (socio y subgerente de **SPRESS**) no solamente fungió como socio de **SPRESS S.A.S.** desde el 11 de abril de 1996 con un porcentaje de participación del 50%, sino también como subgerente administrativo de dicha sociedad desde dicha fecha, esto es, durante todo el periodo investigado. Es de advertir que **ISMAEL BELLO PACHÓN** es además cónyuge de la socia y representante legal de **SPRESS S.A.S. STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**. Es de anotar que **ISMAEL BELLO PACHÓN** también fungió como representante legal de **SPRESS S.A.S.** desde el 26 de septiembre de 2017.

²⁴⁰ **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** suscribió contrato con [REDACTED] el 1 de junio de 2011, en el que se pactó vigencia de un año, prorrogable automáticamente, estipulándose una remuneración para el contratista de 20'000.000 de pesos mensuales juntos con un reajuste de valor “de acuerdo al desempeño del CONTRATISTA”.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

medida, tenían que conocer de las conductas y prácticas ejecutadas en el marco de los procesos de selección en los que participaron las sociedades y, por supuesto, del acuerdo anticompetitivo del cual hicieron parte sus respectivas empresas.

De acuerdo con lo anterior, en la Resolución Sancionatoria se sostuvo respecto de la responsabilidad de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**) lo siguiente:

*"Sobre este punto, el Despacho encuentra pertinente señalar que teniendo en cuenta el cargo directivo y funciones de Gerente y Representante Legal que ejerció **WILLIAM FAJARDO ROJAS** durante parte el periodo investigado, llevan a que el investigado tenga el deber de conocer de los asuntos comerciales de **CATALINSA**, tales como su participación en los procesos de selección contractual del **PREB** adelantados por la **SED** y, en esa medida, conocer igualmente de las conductas y prácticas ejecutadas en el marco de estas negociaciones, como lo fue el acuerdo anticompetitivo del cual hizo parte la empresa.*

*En tal sentido, el Despacho reitera que la determinación de la responsabilidad del investigado no se encuentra delimitada por el simple hecho de encontrarse vinculado con **CATALINSA**, sino que esta se relaciona directamente, en primer lugar, con las funciones propias de su cargo directivo ejercido en el periodo investigado y, en segundo lugar, con su conducta omisiva frente a las prácticas restrictivas de la competencia efectuadas por la empresa, las cuales conoció o debió haber conocido precisamente por la naturaleza de su cargo y funciones.*

*Lo anterior lleva a concluir que **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (Representante Legal y Gerente de **CATALINSA**), quien debía al menos conocer de la participación de la empresa en el acuerdo colusorio reprochado debido a su calidad de Representante Legal y Gerente, respondiendo también a las directrices impartidas por [REDACTED] (asesor de **CATALINSA**) y al ser quien formalmente suscribía los actos de **CATALINSA**, toleró y facilitó la comisión de la práctica anticompetitiva.*

*En consecuencia, este Despacho encuentra mérito suficiente para declarar responsable **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (Representante Legal y Gerente de **CATALINSA**), 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, teniendo en cuenta que toleró y facilitó la conducta imputada a **CATALINSA**".*

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, que 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.

Sobre **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) se confirmó lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria, que sostuvo sobre su responsabilidad lo siguiente:

*"Las pruebas recaudadas en la actuación administrativa evidencian que **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) tuvo pleno conocimiento acerca del acuerdo anticompetitivo reprochado, en su calidad de socio de **SPRESS**; ello teniendo en cuenta que inició su actuación como representante legal de **SPRESS** desde el 2 de octubre de 2017, ya que antes de ello quien ejercía ese cargo era **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**.*

*Se encontró demostrado, por ejemplo, que **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) fue uno de los destinatarios de una reunión que fue convocada por [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**), como vocero de una de las empresas del grupo **AERODELICIAS**, para dar a conocer a varios de sus competidores algunos productos que fueron desarrollados por dicha empresa para el proceso **SED-SA-SI-DBE-005-2013**) lo que denota la relación de cercanía con varios de los investigados, y lo cual constituyó un elemento facilitador del acuerdo anticompetitivo demostrado en la presente actuación.*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

De otra parte, y en relación con ciertas decisiones tomadas por **SPRESS** en lo atinente a su participación en procesos de selección del **PREB**, en el período en el cual ya fungía como representante legal, se encuentra lo ocurrido en el proceso **SED-SA-SI-DBE-042-2016**, en el que se presentó la repartición de las **ZONAS 2 y 3** entre **SPRESS** y **SURCOLOMBIANA**, conforme con la dinámica del acuerdo anticompetitivo. Esta repartición de estas **ZONAS** tuvo como objeto que cada uno de estos **PROPONENTES INVESTIGADOS** resultaran adjudicatarios de estas como una estrategia para no perder su participación en el **PREB** y compensar las **ZONAS** que no habían asignadas en el proceso anterior (**SED-SA-SI-DBE-002-2012**), debido al rechazo de sus ofertas. De esta manera, **ISMAEL BELLO PACHÓN** ejecutó acciones por las cuales **SPRESS** participó en el acuerdo colusorio reprochado en la presente actuación.

Ahora bien, la colaboración por parte de **ISMAEL BELLO PACHÓN** en la participación de **SPRESS** en el acuerdo anticompetitivo existente con los otros investigados, puede evidenciarse en el hecho de haberse presentado en varios procesos de selección del **PREB** a través de estructuras plurales constituidas con la misma **SPRESS** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (representante legal de **SPRESS**).

Particularmente, se encuentra lo sucedido con los procesos **SED-SA-SI-DBE-017-2015**, en el que el investigado se presentó formando parte del consorcio **NUTRISPRESS** junto con **SPRESS** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, y el proceso **DBE-002-2016** en el que también se presentaron estas tres personas a través de la Unión Temporal **NUTRISPRESS 2016**; tal y como ha sido demostrado en la presente actuación, en estos procesos **SPRESS** se presentó y resultó adjudicataria de varias **ZONAS** del **PREB** sin competir con los otros investigados, en virtud y ejecución del acuerdo restrictivo de la competencia con ellos celebrado.

Así las cosas, este Despacho encuentra mérito suficiente para declarar responsable a **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) 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, teniendo en cuenta que ejecutó y colaboró la conducta imputada a **SPRESS**".

Finalmente, respecto de **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) este Despacho también reitera lo dicho en la Resolución Sancionatoria que sostuvo sobre la responsabilidad, que:

*"(...) de acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, que **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**), toleró y facilitó el acuerdo el acuerdo colusorio prohibido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en relación con los procesos de selección contractual del **PREB**, adelantados por la **SED** en el periodo comprendido entre 2007 y 2017.*

*Si bien en el presente caso está demostrado que quien impartía las instrucciones que determinaban el comportamiento en el mercado de **SURCOLOMBIANA** era [REDACTED], quien figura como su asesor externo, debe tenerse en cuenta en todo caso que quien ostentó la calidad de representante legal de esta cooperativa fue **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN**, desde el 2008 y hasta 2017.*

*Es esta calidad que ostentó **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** en **SURCOLOMBIANA** la que, en consideración del Despacho, la vincula con la comisión de la conducta colusoria en la cual participaron las empresas investigadas, por cuanto fue a través de sus actos como representante legal es que la empresa definió su participación en los procesos de selección del **PREB** adelantados por la **SED**, en el periodo investigado. Debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con la información obrante en el expediente sobre los procesos de selección del **PREB**, **SURCOLOMBIANA**, y por ende **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** como su representante legal, inició su participación en el acuerdo anticompetitivo a partir del proceso **BOLSA I (2012)** y hasta la hasta la liquidación del contrato 3522 de agosto de 2016, derivado del proceso **SED-SA-SI-DBE-042-2016**.*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*Sobre este punto, el Despacho encuentra pertinente señalar que teniendo en cuenta el cargo directivo y funciones representante legal que ejerció **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** durante parte el periodo investigado, llevan a que la investigada tenga el deber de conocer de los asuntos comerciales de **SURCOLOMBIANA**, tales como su participación en los procesos de selección contractual del **PREB** adelantados por la **SED** y, en esa medida, conocer igualmente de las conductas y prácticas ejecutadas en el marco de estas negociaciones, como lo fue el acuerdo anticompetitivo del cual hizo parte la cooperativa.*

*En tal sentido, el Despacho reitera que la determinación de la responsabilidad de la investigada no se encuentra delimitada por el simple hecho de encontrarse vinculado con **SURCOLOMBIANA**, sino que esta se relaciona directamente, en primer lugar, con las funciones propias de su cargo directivo ejercido en el periodo investigado y, en segundo lugar, con su conducta omisiva frente a las prácticas restrictivas de la competencia efectuadas por la empresa, las cuales conoció o debió haber conocido precisamente por la naturaleza de su cargo y funciones.*

*Lo anterior lleva a concluir que **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**), quien debía al menos conocer de la participación de la empresa en el acuerdo colusorio reprochado debido a su calidad de representante legal, respondiendo también a las directrices impartidas por [REDACTED] y al ser quien formalmente suscribía los actos de **SURCOLOMBIANA**, toleró y facilitó la comisión de la práctica anticompetitiva.*

*En consecuencia, este Despacho encuentra mérito suficiente para declarar responsable a **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**), 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. Para el efecto, deberá tenerse en cuenta la conducta procesal irregular que adoptó durante la actuación administrativa sancionatoria de acuerdo con lo expuesto en el acápite **16.1.1.10** relacionado con la responsabilidad de **SURCOLOMBIANA**".*

Al confirmarse lo dicho en la Resolución Sancionatoria, el Despacho concluyó que la actuación realizada por **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) y **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) fue contraria a los principios rectores de un buen administrador, por consiguiente, los recurrentes se apartaron del actuar de las funciones propias de un representante legal al facilitar las conductas anticompetitivas que fueron realizadas por las sociedades sancionadas al interior de los procesos del **PREB**.

Un ejemplo de la labor realizada por los recurrentes en los procesos objeto de investigación, corresponde con que, primero, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**) suscribió la oferta presentada por **CATALINSA**²⁴¹ en varios procesos de selección, lo que resultó en un aspecto relevante para el desenvolvimiento de la dinámica anticompetitiva. Segundo, que **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) conformó el **CONSORCIO NUTRISPRESS** junto con **SPRESS** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) para presentar oferta en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-017-2015**, así como en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-002-2016** en el que participó a través de la unión temporal **NUTRISPRESS 2016** que conformó junto con **SPRESS**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** e **ISMAEL BELLO PACHÓN**. Y, tercero, que **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) hizo las veces de representante legal en la participación de **SURCOLOMBIANA** en los procesos de selección **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, **SED-SA-SI-DBE-017-2015** y **SED-SA-SI-DBE-042-2016**.

²⁴¹ **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (socio y representante legal de **CATALINSA**) suscribió entre otras, la oferta presentada por **CATALINSA** en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-019-2013** a través de la unión temporal **NUTRISERVI 2013**, así como en el proceso **SED-SA-SI-DBE-001-2014** en el que participó a través de la unión temporal **NUTRISERVI 2014**.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

De esta forma, este Despacho reitera que la determinación de la responsabilidad de los investigados no se encuentra delimitada por el simple hecho de encontrarse vinculados con **CATALINSA**, **SPRESS** y **SURCOLOMBIANA**, respectivamente, sino que se relaciona directamente, en primer lugar, con las funciones propias de los cargos directivos ejercidos en el periodo investigado. Y, en segundo lugar, con su conducta omisiva frente a las prácticas restrictivas de la competencia efectuadas por las empresas, las cuales, debieron haber conocido precisamente por la naturaleza de su cargo y funciones²⁴². En consecuencia, se confirma lo dispuesto en la Resolución Sancionatoria sobre *“la persistencia en la conducta infractora”* de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) y **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**), por cuanto participaron activamente en la conducta restrictiva de la libre competencia económica sancionada. Toda vez que, en sus calidades de representante legales y representante legal suplente, fueron determinantes en la adjudicación de contratos en el marco del acuerdo anticompetitivo demostrado para las compañías que representaban.

En conclusión, y por los argumentos presentados en este aparte, no resultan de recibo los planteamientos de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) y **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** (representante legal de **SURCOLOMBIANA**) en sus recursos de reposición.

8.20. Consideraciones del Despacho sobre una falla en el debido proceso al ser incluido en el Informe Motivado un análisis contable y financiero realizado por la Delegatura

AERODELICIAS, coadyuvado por **SERVICIAL** y [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**), señaló que no se podían generar aclaraciones o explicaciones a través de estudios por parte de esta Superintendencia con posterioridad a la expedición de la Resolución de Apertura de Investigación. En su concepto, al tener los investigados solo una oportunidad para solicitar y aportar pruebas dentro del proceso de selección, esto es, durante del traslado de la Resolución de Apertura de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, no se deberían tener en cuenta las explicaciones realizadas por la Delegatura en el Informe Motivado.

Adicionalmente, indicó que las pruebas que fueron decretadas de oficio para recaudar la información que sirvió de fundamento para los análisis económicos, no fueron trasladadas a los investigados para su pronunciamiento. Lo anterior, por cuanto al compartir los investigados *“determinada comunidad de suertes”* les debió ser trasladada la información contable aportada por las demás empresas investigadas, debido a que *“cualquier prueba que se use para desvirtuar la defensa de una de las investigadas, es una prueba que a la vez afecta la defensa de las demás investigadas”*.

Expuestos los argumentos presentados por el recurrente este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Contrario a lo afirmado por el recurrente en el recurso de reposición presentado, el procedimiento administrativo aplicado por esta Superintendencia tiene disponible un número plural de oportunidades para que los investigados discutan los elementos probatorios presentados en los distintos actos administrativos del proceso administrativo.

De acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el procedimiento para determinar la existencia de una infracción de las normas que protegen la libre competencia económica es el siguiente:

“Artículo 52. Procedimiento. Para determinar si existe una infracción a las normas de promoción a la competencia y prácticas comerciales restrictivas a que se refiere este decreto, la Superintendencia de Industria y Comercio deberá iniciar actuación de oficio o

²⁴² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 23157 de 2018.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por su solicitud de un tercero y en caso de considerarla admisible y prioritaria, adelantar una averiguación preliminar, cuyo resultado determinará la necesidad de realizar una investigación.

Cuando se ordene abrir una investigación, se notificará personalmente al investigado para que en los veinte (20) días hábiles siguientes solicite o aporte las pruebas que pretenda hacer valer. Durante la investigación se practicarán las pruebas solicitadas y las que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia considere procedentes.

Instruida la investigación el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia citará, por una sola vez, a una audiencia dónde los investigados y terceros reconocidos dentro del trámite presentarán de manera verbal los argumentos que pretendan hacer valer respecto de la investigación. La inasistencia a dicha audiencia no será considerada indicio alguno de responsabilidad.

Una vez se ha desarrollado la audiencia verbal, el Superintendente Delegado presentará ante el Superintendente de Industria y Comercio un informe motivado respecto de si ha habido una infracción. De dicho informe se correrá traslado por veinte (20) días hábiles al investigado y a los terceros interesados reconocidos durante el trámite.

Si la recomendación del informe motivado considera que no se cometió infracción alguna, el Superintendente de Industria y Comercio podrá acoger integralmente los argumentos del informe motivado mediante acto administrativo sumariamente sustentado.

Durante el curso de la investigación, el Superintendente de Industria y Comercio podrá ordenar la clausura de la investigación cuando a su juicio el presunto infractor brinde garantías suficientes de que suspenderá o modificará la conducta por la cual se le investiga. En lo no previsto en este artículo se aplicará el Código Contencioso Administrativo".

Por lo tanto, contrario a lo afirmado por el recurrente, el procedimiento aplicable en el presente proceso establece que con posterioridad a la expedición del informe motivado los investigados tienen la oportunidad de discutir o no los elementos de prueba que obran en el expediente y las conclusiones contenidas en el informe. De hecho, justamente al formular las observaciones frente al informe motivado de que trata el inciso 4 del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 es que los investigados pueden proponer los argumentos que pretendan presentar ante el Superintendente de Industria y Comercio –quien será el que decida de fondo la actuación–.

Por otra parte, se resalta que en caso de que el Superintendente de Industria y Comercio no acoja los argumentos que los investigados hubieran formulado al presentar observaciones frente al Informe Motivado elaborado por la Delegatura, y hubiese adoptado una decisión sancionatoria en contra, los investigados también pueden proponer la discusión sobre los mismos asuntos mediante la interposición de un recurso de reposición contra el acto administrativo sancionatorio. A través de dicho recurso, los investigados pueden presentar los argumentos sobre los asuntos que consideren convenientes y solicitar –en los términos del artículo 79 del CPACA– las pruebas que resulten conducentes, pertinentes y útiles dentro de la investigación. En efecto, tal y como obra en el Expediente, **AERODELICIAS, SERVICIAL y GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS y SERVICIAL**), entre otros, solicitaron la práctica de pruebas en el escrito que describió traslado de la Resolución Sancionatoria, que en el caso particular de estos investigados fueron decretadas a través del **ARTÍCULO PRIMERO** de la Resolución No. 55448 del 18 de agosto de 2022.

Como tal, el procedimiento administrativo aplicado por la Superintendencia de Industria y Comercio tiene disponible un número plural de oportunidades para que los investigados discutan, en el marco de los mecanismos ordinarios de protección, los asuntos que consideren pertinentes, incluso con posterioridad a la expedición del Informe Motivado de que trata el inciso 3 del artículo 52 del Decreto

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2153 de 1992. Así las cosas, no existe violación sustancial real del derecho de contradicción de los investigados²⁴³ conforme con el principio de trascendencia.

Adicionalmente, cabe advertir, como lo han hecho las altas cortes, que pueden ser incluidos al proceso argumentos adicionales a los señalados en la Resolución de Apertura siempre y cuando guarden correspondencia con la imputación fáctica y jurídica y las pruebas que los soporten se encuentren dentro del Expediente debidamente practicadas, pues, *"de no ser así, la etapa de investigación formal sencillamente no tendría razón de ser"*²⁴⁴.

Sobre este particular el Consejo de Estado ha sostenido que:

"(...) si bien el Auto de formulación de cargos determina el marco dentro del cual se adelantará la actividad probatoria, la acusación y la defensa, no es inamovible, porque en él se establece una calificación provisional de la falta y del grado de culpabilidad, quedando supeditados a los que resulte demostrado una vez se agote el debate probatorio"²⁴⁵ (subrayado y negrita fuera de texto).

En el mismo sentido, el Tribunal Administrativo de Cundinamarca ha sostenido lo siguiente:

"Es importante advertir que el hecho de que no se indicara en forma expresa, detallada y puntual cuáles eran las conductas discriminatorias, ello no implica que en el transcurso de a investigación y de las pruebas válidamente solicitadas, decretadas y practicadas surgieran hechos adicionales que también formaban parte de los planteados inicialmente (...) sin que ello implique vulneración alguna del derecho del debido proceso en la medida en que precisamente la investigación administrativa tenía como finalidad establecer si la parte actora había incurrido en conductas (...) que generaban prácticas comerciales restrictivas"²⁴⁶ (subrayado y negrita fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior también esta Superintendencia ha concluido que:

"La resolución que abre la respectiva investigación administrativa determina cuáles son las conductas objeto de investigación, lo cual conlleva a la lógica conclusión de que mal podría ser el momento en que la autoridad determina definitivamente todas y cada una, sin exclusión, de las circunstancias de modo, tiempo y lugar que deban ser analizadas por la autoridad administrativa para establecer la existencia de una conducta anticompetitiva imputada, pues serán los elementos recaudados durante la indagación preliminar y la investigación, las que darán lugar al análisis final en la resolución que ponga fin a la actuación para determinar si efectivamente la conducta anticompetitiva se ha perpetrado o si por el contrario está descartada su ocurrencia.

(...)

Sostener que las únicas pruebas que pueden mencionarse en el Informe Motivado o en la decisión final de la investigación son las mencionadas en la Resolución de

²⁴³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 81391 de 2017. En esta resolución se citó una sentencia de la Corte Suprema de Justicia, así: *"[r]ealmente lo que la Corte tiene establecido es que en virtud del principio de trascendencia que rige en materia de nulidades (no hay nulidad sin daño), su declaratoria solo es posible si la irregularidad que se demanda realmente afecta las garantías de los sujetos procesales o, dado el caso, si desconoce las bases fundamentales de la actuación o del juzgamiento, pero no que ella no proceda cuando haya prueba afirmativa de la responsabilidad del acusado, como se sugiere en el concepto. (...) Además, toda nulidad supone perjuicio real para la garantía y si ésta no se produce, no es posible demandar la invalidez de la actuación. De allí que sea importante demostrar las consecuencias del yerro, como reiteradamente lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala".* Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 3 de octubre de 2001. Rad. No. 1503.

²⁴⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 13112 de 2019.

²⁴⁵ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Segunda. Sentencia del 11 de julio de 2013. Rad. No. 11001-03-25-000-2011-00674-00 (2601-11).

²⁴⁶ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección B. Sentencia del 22 de enero de 2015. Rad No. 25000-23-41-000-2013-00414.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Apertura o Pliegos de Cargos, es creer, que los periodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales son etapas decorativas, innecesarias e inútiles. Al contrario, los esquemas procesales vigentes dan cuenta de que en el proceso o actuación administrativa es dable hacer uso de cualquier prueba aportada en forma legal a la actuación administrativa o judicial, por cualquiera de los sujetos procesales, en virtud, incluso, de los principios de legalidad y de comunicad de la prueba.

(...)

Aceptar la tesis de los investigados llevaría a la conclusión absurda de que se debería prescindir del periodo probatorio por cuanto las pruebas practicadas con posterioridad a la apertura de la investigación serían inexistentes para la Autoridad²⁴⁷ (subrayado y negrita fuera de texto).

Así las cosas, y tal como se sostuvo en la Resolución Sancionatoria, los análisis o conclusiones de carácter económico que se plasmaron en el Informe Motivado, derivados de las particularidades de la conducta anticompetitiva, responden a su condición de organismo técnico y especializado en la materia –con fundamento en el artículo 1 del Decreto 2153 de 1992–. Lo que quiere decir que esta Superintendencia está facultada para realizar el ejercicio de análisis en cuestión, en su condición de organismo técnico y especializado, para hacer los análisis técnicos en asuntos relacionados con sus funciones, en este caso, con aquellas relacionadas con la protección de la competencia²⁴⁸.

Se destaca que la prueba a través de la cual se solicitó la información financiera y contable que sirvió de base para el análisis cuestionado del Informe Motivado fue decretada y practicada durante la etapa probatoria de la investigación, esto es, mediante la Resolución No. 33592 del 30 de junio de 2020. De hecho, el decreto y práctica de dicha prueba tuvo lugar en la etapa probatoria que inició con la expedición de la Resolución No. 21136 del 13 de junio de 2019 y finalizó con la Resolución No. 65200 del 16 de octubre de 2020, a través de la cual se cerró la etapa probatoria.

Por lo anterior, se reitera que *“sostener que las únicas pruebas que pueden mencionarse en el Informe Motivado o en la decisión final de la investigación son las mencionadas en la Resolución de Apertura o Pliegos de Cargos, es creer, que los periodos probatorios de las actuaciones administrativas o judiciales son etapas decorativas, innecesarias e inútiles”*²⁴⁹.

Finalmente, es importante advertir que, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, no se puede considerar que se vulneró el derecho de defensa por la circunstancia consistente en no dar traslado de la información financiera y contable de los demás investigados, la cual fue solicitada por esta Superintendencia. En primer lugar, la información contable fue allegada por cada investigado de manera individual, esto es, que cada investigado conocía la información que había entregado en esta actuación administrativa de conformidad con el requerimiento de información formulado por la Delegatura. Y, en segundo lugar, la información allegada por cada investigado fue utilizada con el objeto de someter a examen la propia tesis de defensa de cada investigado de manera independiente e individual en relación con el criterio de elección de grupos a participar que denominaron **ZONAS PREFERENTES**.

En consecuencia, la información contable aportada por los investigados al no ser utilizada como prueba contra los demás, sino solamente para sustentar la conclusión respecto del propio investigado, no correspondía dar traslado de dicha información que se incorporó en cuadernos reservados y sirvió para el análisis efectuado por esta Superintendencia frente a cada investigado.

²⁴⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015. Por medio de la cual se resuelven los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución No. 80847 del 7 de octubre de 2015. En el mismo sentido, la Res. 23157 del 6 de abril de 2018 por medio de la cual se resolvieron los recursos de reposición interpuestos contra la Resolución 81391 del 11 de diciembre de 2017.

²⁴⁸ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 42368 de 2021. En esta resolución se cita la siguiente sentencia del Consejo de Estado. Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. Sentencia del 5 de diciembre de 2019. Rad. No. 250002324000 2012 00790 01.

²⁴⁹ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 103652 de 2015.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En efecto, con base en lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, en los principios referidos en el artículo 3 del CPACA y el artículo 164 del CGP, la decisión de fondo adoptaba se fundó en los elementos de prueba que cada investigado tuvo la oportunidad de conocer.

En conclusión, no resultan de recibo los argumentos alegados por **AERODELICIAS**, coadyuvado por **SERVICIAL** y [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**), en su recurso de reposición.

8.21. Consideraciones del Despacho sobre la supuesta multa moral impuesta a [REDACTED] (director de productos nutritivos de AERODELICIAS) al haber caducado la facultad sancionatoria de esta Superintendencia

[REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**) sostuvo que si bien no se le impuso una sanción económica al haber operado la caducidad de la facultad sancionatoria en su favor, sí se le impuso una sanción moral al afirmarse en la Resolución Sancionatoria que facilitó el acuerdo anticompetitivo. Sobre este particular, añadió que los indicios usados por esta Superintendencia no sirven de fundamento para concluir que facilitó el acuerdo, puesto que al tratarse de indicios del 2013 no entiende cómo se afirmó que había hecho parte de la concertación ilícita entre 2010 y 2014.

De acuerdo con lo anterior, el recurrente solicitó la revocatoria de la Resolución Sancionatoria por haber operado la caducidad puesto que, en su concepto, esta Superintendencia debió abstenerse de hacer referencia a su responsabilidad en la medida en que *"la falta de competencia temporal para ejercer a través de actos administrativos, atribuciones administrativas, es causal de nulidad. Lo anterior por cuanto uno de los requisitos de legalidad del acto administrativo es la competencia del funcionario que lo emite, de manera que si el funcionario no tiene asignada función para el efecto o teniéndola la ejerce fuera de los términos establecidos en la norma, el acto queda viciado y la misma puede ser declarada por la jurisdicción de lo contencioso administrativa"*²⁵⁰.

Expuestos los argumentos presentados por el recurrente este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En primer lugar, si bien el investigado manifestó que al operar la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia se debía abstener de si quiera mencionar su nombre en el acto administrativo por medio del cual se pone fin a la actuación administrativa, lo cierto es que la facultad sancionatoria limita el *ius puniendi* del Estado más no su análisis. En efecto, de acuerdo con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009 *"La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado"* (subrayado y negrita fuera de texto). De acuerdo con lo anterior, la restricción que trae la norma para esta Autoridad es la de imponer una sanción en contra de un investigado cuya conducta haya caducado dentro del trámite.

En el caso del recurrente la Resolución Sancionatoria mencionó lo siguiente:

*"El Despacho encontró demostrado, de acuerdo con las pruebas que obran en el Expediente, que [REDACTED] en su calidad de director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**, facilitó el acuerdo el acuerdo colusorio prohibido en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de contratación pública) en relación con los procesos de selección contractual del **PREB**. Sin embargo, la vinculación de [REDACTED] con **AERODELICIAS** como director de*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

productos nutritivos, fue durante un período particular, esto es desde 2010 hasta el 30 de abril de 2014²⁵¹.

Esta Superintendencia hace énfasis que de acuerdo al material probatorio, se demuestra un comportamiento del investigado que facilitó el acuerdo anticompetitivo reprochado; ejemplo de ello, es lo ocurrido en el marco del proceso **SED-SA-SI-DBE-122-2013**, lo cual se evidenció con el correo de 27 de diciembre de 2013 enviado por [REDACTED] (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (representante legal de **IBEASER**), en el que se habla de un ajuste conjunto del valor ofertado del refrigerio tipo A junto con **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (representante legal de **DISERAL**) y con "[REDACTED]" ([REDACTED]), vinculado a **AERODELICIAS**).

Si bien, la conducta de este investigado demuestra un comportamiento que facilitó el acuerdo anticompetitivo, su participación se encuentra establecida hasta un punto en el tiempo, de manera que frente a él habría operado la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia. En consecuencia, el Despacho archivará la presente actuación respecto de [REDACTED].

Contrario a lo indicado por este investigado, en la citada Resolución se señaló que en la medida en que solamente hasta el 30 de abril de 2014 [REDACTED] habría fungido como director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**, y no obran elementos de prueba que dieran cuenta del actuar anticompetitivo con posterioridad a la mencionada fecha, habría operado la caducidad de la facultad sancionatoria. En consecuencia esta Superintendencia se abstuvo de imponer una sanción en su contra y ordenó el archivo de la investigación en su favor.

La descripción sobre la participación del recurrente en el desarrollo de la conducta anticompetitiva en la Resolución Sancionatoria, aun cuando se le archivó porque operó la caducidad de la facultad sancionatoria, no es extraña, pues en casos como el decidido por medio de la Resolución Sancionatoria No. 43218 del 28 de junio de 2016, y confirmado mediante la Resolución No. 86817 del 16 de diciembre de 2016, esta Superintendencia zanjó la discusión afirmando:

*"Lo que pretende el recurrente entonces, es que este Despacho ignore todas las pruebas y elogie el comportamiento de **DRYPERS**, de quien se encuentra plenamente demostrado que participó y sin duda conoció de los acuerdos restrictivos de la competencia investigados, al menos entre 2005 y 2006. Por esa razón, es imposible para el Despacho concluir algo distinto que la efectiva participación de **DRYPERS** en el cartel empresarial de pañales desechables para bebé en el mercado colombiano durante los años 2005 y 2006, aunque al mismo tiempo se reconozca la caducidad de la acción sancionatoria del Estado".*

Una situación similar se dio en el caso decidido mediante Resolución No. 82510 del 28 de diciembre de 2020, y confirmado mediante la Resolución No. 30343 del 20 de mayo de 2021, en el que esta Superintendencia, a pesar de declarar la caducidad de la facultad sancionatoria respecto de dos de los cargos imputados, referenció los hechos probados sobre cada uno de los cargos y ordenó el archivo de estos dentro la investigación.

Así las cosas, no se puede obviar que [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**)²⁵² apareció relacionado en los correos electrónicos que son utilizados por esta Superintendencia en la Resolución de Apertura de Investigación y en la Resolución Sancionatoria como medio de prueba del actuar anticompetitivo, por lo que "es imposible para el Despacho concluir algo distinto (...) en el cartel empresarial (...) aunque al mismo tiempo se reconozca la caducidad de la acción sancionatoria del Estado"²⁵³.

²⁵¹ Folio 9973 del Cuaderno Público 52 del Expediente. Declaración de [REDACTED]. Minuto 31:19.

²⁵² [REDACTED] suscribió entre otras la propuesta presentada por **AERODELICIAS** a través de la **UNIÓN TEMPORAL AERODELICIAS SED** en el proceso de selección investigado **SED-SA-SI-DBE-019-2013**.

²⁵³ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 86817 de 2016.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En conclusión, al haber operado el fenómeno de la caducidad respecto del comportamiento desplegado por el recurrente esta Superintendencia se abstuvo de *"imponer sanciones"*²⁵⁴ en su contra, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, norma que no prohíbe desarrollar el respectivo análisis de la conducta desplegada por el recurrente al interior del acuerdo restrictivo de la libre competencia sancionado. Por lo anterior, se desestimará la solicitud presentada y se confirma lo estipulado en la Resolución Sancionatoria.

8.22. Consideraciones del Despacho sobre la indebida notificación de [REDACTED] (asesora de SPRESS) de los actos administrativos expedidos en el marco del proceso administrativo sancionatorio

[REDACTED] (asesora de SPRESS) señaló que existió una indebida notificación y/ comunicación de la Resolución de Apertura de Investigación, así como de los actos administrativos posteriores emanados en el presente proceso administrativo. En esa medida, solicitó que le fueran notificadas las actuaciones adelantadas dentro del trámite y le fueran restituidos los términos a efectos de ejercer su derecho de defensa y contradicción.

Puntualmente, solicitó que (i) le fueran notificadas las actuaciones adelantadas; (ii) le fueran restablecidos los términos a los que hubiere lugar; y (iii) le fueran expedidas las constancias correspondientes del medio de notificación utilizado para las notificaciones que no recibió, en donde se indicara para el efecto la fecha, lugar y ubicación de los documentos dentro del Expediente.

Expuestos los argumentos presentados por la recurrente este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Contrario a lo indicado por la recurrente, la totalidad de los actos administrativos expedidos en el marco del presente proceso administrativo sancionatorio fueron notificados y/o comunicados según correspondía hacerlo en su momento. En consecuencia, no resulta procedente notificar y/o comunicar nuevamente los actos administrativos expedidos ni reestablecer términos que precluyeron por, supuestamente, no cumplir su carga procesal que tenía esta Superintendencia.

De acuerdo con el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, correspondía a esta Entidad notificar personalmente la resolución de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación, la que decide los recursos de la vía gubernativa y aquellas en la que se rechazan pruebas solicitadas. Por su parte, deben comunicarse los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la libre competencia. Asimismo, la norma referida establece que, la comunicación para lograr la notificación personal, así como el aviso que se remite al no lograr la comparecencia para la notificación personal del investigado, deben ser dirigidos a *"la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil"*. En el mismo sentido, el artículo 68 del CPACA indica que la comunicación para que comparezca el investigado a la diligencia de notificación personal dentro del trámite se enviará a la *"dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o pueda obtenerse del registro mercantil"*.

De acuerdo con lo anterior, las comunicaciones adelantadas en el curso del proceso fueron remitidas a la recurrente a las direcciones contenidas en el Expediente. Tal fue el caso de la Resolución de Apertura de Investigación No. 46587 expedida el 5 de julio de 2018, cuya comunicación para lograr la notificación personal fue remitida mediante consecutivo No. 292 del 18 de julio de 2018 a la dirección carrera 94 No. 66A - 35²⁵⁵ de la ciudad de Bogotá, en la que se ubican las instalaciones de la empresa SPRESS, de la cual era asesora. Comunicación que fue recibida en las instalaciones de la compañía tal como consta en la Guía de Rastreo No. RN983660799CO de los Servicios

²⁵⁴ Ley 1437 de 2011. Artículo 52. Ley 1340 de 2009. Artículo 27.

²⁵⁵ Cuaderno Público No. 11. Folio 2049 y ss. Cons. 50. Acta de visita administrativa a Spress. Adelantada en la Carrera 94 No. 66A - 35.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Postales Nacionales S.A. (4-72). Lo mismo ocurrió con la comunicación de aviso remitida mediante consecutivo No. 345 de 2 de agosto de 2018, al no lograr la notificación personal de la investigada, cuyo contenido también fue recibido en la mencionada dirección de SPRESS como consta en la Guía de Rastreo No. RN991244013CO de 4-72. A continuación se presentan las guías:

Guía de Rastreo No. RN983660799CO de los Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72

REPÚBLICA POSTALES NACIONALES S.A. 4-72

CORREO CERTIFICADO NACIONAL

UAC.CENTRO 10106772 19/07/2018 12:19:44

RN983660799CO

Nombre/Razón Social: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - INDUSTRIA Y COMERCIO - BOGOTÁ Dirección: CARRERA 13 27 - 00 PISO 1 Referencia: 17 48794 292 Ciudad: BOGOTÁ D.C.	NTIC/GT: 2900176098 Teléfono: Código Postal: 110311084 Depto: BOGOTÁ D.C. Código Operativo: 1111752	<input type="checkbox"/> Rehusado <input type="checkbox"/> No existe <input type="checkbox"/> No reside <input type="checkbox"/> No reclamado <input type="checkbox"/> Desconocido <input type="checkbox"/> Dirección errada	<input type="checkbox"/> Cerrado <input type="checkbox"/> No contactado <input type="checkbox"/> Fallido <input type="checkbox"/> Apertura Clausurada <input type="checkbox"/> Fuerza Mayor
Nombre/Razón Social: Dirección: Tel: Ciudad:	Código Postal: Depto:	Fecha de entrega: 20/07/2018 Distribuidor: C.C.: Guía de entrega: 101 03 7983 4444	UAC.CENTRO 1111 CENTRO A 752
Peso Fiscal (grs): 500 Peso Volumétrica (grs): 0 Peso Facturado (grs): 500 Valor Declarado: 30 Valor Neto: \$3.200 Costo de manejo: 30 Valor Total: \$3.200	Observaciones del clase: PLANILLA 1816284 DEP 104		

111175211135079983660799CO

Postales Nacionales S.A. 4-72. No garantiza el tiempo de entrega de los paquetes. El tiempo de entrega depende de la distancia y del tipo de servicio. El tiempo de entrega puede variar. El tiempo de entrega puede variar. El tiempo de entrega puede variar. El tiempo de entrega puede variar. El tiempo de entrega puede variar.

Fuente: Información que puede ser consultada en <https://www.4-72.com.co>.

Guía de Rastreo No. RN991244013CO de los Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

472

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A N° 900 062 917 4



CORREO CERTIFICADO NACIONAL

UAC.CENTRO 10252720 Fecha de Admisión: 03/08/2018 15:00:51

RN991244813CO

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A

Nombre/Razón Social: SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO - INDUSTRIA Y COMERCIO - BOGOTÁ Dirección: CARRERA 13 27 - 00 PISO 1 NITC.07.1800178000 Referencia: 17 48794 345 Teléfono: Código Postal: Ciudad: BOGOTÁ D.C. Depto: BOGOTÁ D.C. Código Operador: 1111000		
Nombre/Razón Social: Dirección: Tel: Ciudad: Código Postal: Depto: Código Operador:		
Peso Faltante(gms): 500 Peso Volumétrico(gms): 0 Peso Factorado(gms): 500 Valor Declarado: \$0 Valor Flete: \$5.200 Costo de manejo: \$0 Valor Total: \$5.200	ALIMENTOS SPRESS SAS NIT 830.023.946 Sin Comprobación	Observaciones del cliente: NIT 75150EP1000

Causal de devoluciones: <input type="checkbox"/> No recibida <input type="checkbox"/> No cobrada <input type="checkbox"/> No recibida <input type="checkbox"/> No reclamado <input type="checkbox"/> Desconocido <input type="checkbox"/> Dirección errada		<input type="checkbox"/> Cerrado <input type="checkbox"/> No contactado <input type="checkbox"/> Faltante <input type="checkbox"/> Apertura Cláusula de Fianza Mayor
Firma nombre y sello de quien recibe: C.C. Tit: _____ Nbre: _____ Fecha de entrega: 03/08/2018 C.C. _____ Cód. Postal: _____ Tarifa: 505 200		

UAC.CENTRO 1111 CENTRO A 000



1111000111150500991244813CO

Postal Reg. N.º 260 de Bogotá, D.C. 2018. No se permite el uso de esta información para fines de lucro. No se permite la explotación económica ni la transformación de esta información. Queda permitida la impresión en su totalidad. Prohibida la explotación económica ni la transformación de esta información. Prohibida la explotación económica ni la transformación de esta información. Prohibida la explotación económica ni la transformación de esta información.

Fuente: Información que puede ser consultada en <https://www.4-72.com.co>.

De acuerdo con lo anterior, la recurrente quedó notificada el 8 de agosto de 2018 como se evidencia en la certificación expedida por la Secretaria General, que da cuenta de la notificación del acto administrativo y que obra en el consecutivo No. 420 del Expediente.

Realizar la notificación de la recurrente en la dirección de SPRESS fue una decisión completamente razonable y, además, está fundada en los principios de debido proceso, eficacia, economía y celeridad previstos en los numerales 1 y 11 a 13 del artículo 3 del CPACA. No debe perderse de vista que la recurrente funge como asesora de SPRESS y su hermana STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ y su cuñado ISMAEL BELLO PACHÓN, han fungido el cargo de representación legal en la mencionada sociedad, además de ser accionistas de la misma.

De acuerdo con lo anterior, existían elementos de juicio suficientes para considerar que la remisión de la citación a la dirección de notificación judicial de esta sociedad permitiría enterar a las personas naturales del acto administrativo cuya notificación se pretendía llevar a cabo. Tres consideraciones respaldan esta conclusión: (i) la comunicación fue enviada en los términos del artículo 68 del CPACA, a la dirección que figuraba en el Expediente para que compareciera a la diligencia de notificación personal; (ii) las comunicaciones enviadas a la recurrente a las instalaciones de SPRESS para lograr su notificación fueron recibidas en la mencionada sociedad como certificó la empresa de Servicios Postales 4-72; (iii) los administradores de SPRESS —entre ellos STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ e ISMAEL BELLO PACHÓN— tenían el deber constitucional de colaborar con la administración de justicia remitiendo la citación y el aviso que fueron recibidos por la sociedad SPRESS, a su destinataria o informando a esta Superintendencia el lugar en el que podría ser localizada. Tal y como puede concluirse con base en el numeral 7 del artículo 95 de la Constitución, esto es, que "son deberes de la persona y del ciudadano (...) colaborar para el buen funcionamiento de la administración de la justicia", de otro modo no tendría sentido que en SPRESS hubiera recibido la correspondencia dirigida a la recurrente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Adicionalmente, no debe perderse de vista que la vinculación de la recurrente en la presente actuación administrativa se dio por la actuación desplegada como asesora de **SPRESS**, empresa a cuya dirección se remitió la citación de notificación personal de la Resolución de Apertura de Investigación y, posteriormente, el aviso de notificación.

En este caso en particular, existen elementos de juicio suficientes para considerar que la recurrente contaba con los elementos suficientes para notificarse y se abstuvo de hacerlo: (i) las comunicaciones fueron enviadas justamente a **SPRESS**, cuya dirección obra en el expediente y en la que se adelantaron las visitas administrativas y se recaudó información sobre la vinculación de la recurrente con **SPRESS** y el acuerdo anticompetitivo; (ii) las comunicaciones dirigidas a [REDACTED] (asesora de **SPRESS**), esto es, la citación de notificación personal de la Resolución de Apertura de Investigación y el posterior aviso de notificación de dicho acto administrativo fueron recibidas en **SPRESS**; (iii) los documentos fueron recibidos por la sociedad, en la que además de prestar sus servicios, fungen como representantes legales su hermana **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) y su cuñado **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**), quienes no solo son socios de **SPRESS**, sino que además fungen como investigados dentro de este mismo trámite y cuya citación de notificación recibieron en la misma sociedad (**SPRESS**); (iv) a pesar de que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** e **ISMAEL BELLO PACHÓN** presentaron descargos frente al mismo acto administrativo cuya notificación se pretendía, la recurrente se abstuvo de hacerlo.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los actos administrativos subsiguientes a la expedición de la Resolución de Apertura de Investigación deben comunicarse y no notificarse como lo indica el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, los actos administrativos expedidos fueron remitidos a un correo electrónico utilizado por la recurrente. Lo anterior, tal como obra en las distintas pruebas que reposan en el Expediente que se relacionan a continuación desde el que cruzaba comunicaciones con otros investigados.

A continuación, se relacionan los actos administrativos expedidos y la forma de comunicación utilizada:

Tabla No. 22. Actos administrativos de trámite expedidos en la investigación y su comunicación a [REDACTED]

Resolución	Fecha	Objeto	Comunicación remitida		Certificación de Secretaria General	
			Correo al que se envió	Certimail ubicación ²⁵⁶	Fecha en la que se surtió la comunicación	Ubicación Expediente de la certificación
2909	08/02/2019	Por la cual se corre traslado de una solicitud de intervención de tercero interesado	[REDACTED]	Cons. 627	08/02/2019	Cons. 644
21136	13/06/2019	Por la cual se resuelven unas solicitudes de reconocimiento de tercero interesado, de declaración de nulidad, de corrección del expediente, se corrige un error formal, se pronuncia sobre la práctica de unas pruebas y se adoptan otras disposiciones	[REDACTED]	Cons. 1117	13/06/2019	Cons. 1336
22203	13/06/2019	Por la cual se examina el cumplimiento de requisitos para la admisión de unos	[REDACTED]	Cons. 719	20/06/2019	Cons. 1275

²⁵⁶ De acuerdo con los certificados de "acuse de correo electrónico" de los Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72 que se encuentran relacionados en los consecutivos señalados, el correo electrónico con la comunicación de los actos administrativos anotados permite evidencia que las comunicaciones fueron enviadas y recibidas en el correo electrónico relacionado.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Resolución	Fecha	Objeto	Comunicación remitida		Certificación de Secretaria General	
			Correo al que se envió	Certimail ubicación ²⁵⁶	Fecha en la que se surtió la comunicación	Ubicación Expediente de la certificación
		dictámenes periciales y se cita a unas audiencias de contradicción				
23097	26/06/2019	Por medio de la cual se acepta el desistimiento de la práctica de unas pruebas, se reprograma la práctica de otras y se adoptan otras disposiciones		Cons. 754	26/06/2019	Cons. 1338
24206	28/06/2019	Por medio de la cual se reprograma la práctica de unas pruebas		Cons. 791	28/06/2019	Cons. 1337
26653	08/07/2019	Por medio de la cual se reprograma la práctica de unas pruebas		Cons. 862-874	09/07/2019	Cons. 1339
36301	14/08/2019	Por medio de la cual se acepta el desistimiento de la práctica de unas pruebas, se rechaza la reprogramación de otra, se reprograman unas pruebas, se realiza una corrección y se adoptan otras disposiciones		Cons. 1151-1314	14/08/2019	Cons. 1285
38733	22/08/2019	Por la cual se corre traslado de un informe y se reitera el requerimiento de unas pruebas ya decretadas		Cons. 1185 - 1328	23/08/2019	Cons. 1315
10758	11/03/2020	Por la cual se resuelven unos recursos de reposición dentro de una investigación, se decide sobre varias solicitudes de nulidad, se emite un pronunciamiento sobre la práctica de unas pruebas y se adoptan otras disposiciones		Cons. 1387	16/03/2020	Cons. 1429
33592	30/06/2020	Por la cual se reprograma la práctica de unas pruebas, se decretan pruebas de oficio y se adoptan otras disposiciones		Cons. 1486	01/07/2020	Cons. 1508
42970	29/07/2020	Por la cual se resuelve una solicitud de aclaración y adición, se reiteran unos requerimientos, se resuelve un recurso de reposición y se adoptan otras disposiciones		Cons. 1564 - 1692	21/08/2020	Cons. 1701
49346	21/08/2020	Por medio de la cual se concede un término adicional para allegar respuesta a un requerimiento decretado de oficio		Cons. 1716	21/08/2020	Cons. 1718
65200	16/10/2020	Por la cual se cierra la etapa probatoria, se cita a la audiencia prevista en el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 y se adoptan otras disposiciones		Cons. 1773	16/10/2020	Cons. 1787

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Buenas tardes: le envío sugerencia para la exposición. La idea es que tratemos los mismos temas de cada empresa y finalmente realizar una sola exposición. Los temas a tratar:

(...)

Fuente: Información recolectada durante las visitas administrativas.

Esa no sería la única forma en la que se hace evidente el correo electrónico utilizado por [REDACTED] ([REDACTED]), como asesora de **SPRESS**, sino son distintos los elementos de prueba en los que se encuentra relacionado dicho correo electrónico como, por ejemplo, los que se enlistan a continuación:

- Correo electrónico del 27 de marzo de 2009 compartido entre [REDACTED] (asesora de **SPRESS**) y **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**)²⁵⁸.
- Correo electrónico del 27 de marzo de 2009 compartido entre **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) y [REDACTED] (asesora de **SPRESS**)²⁵⁹.
- Correo electrónico del 28 de agosto de 2013 compartido entre **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**), **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**), y [REDACTED] (asesora de **SPRESS**)²⁶⁰.
- Correo electrónico del 13 julio de 2015 con el asunto: "**RESPUESTAS DE LA CONTRALORIA A CONTRATO CON PLAZA MAYOR**" enviado por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) a [REDACTED] (jefe de licitaciones de **AERODELICIAS**), documento que fue copiado a [REDACTED] (asesora de **SPRESS**)²⁶¹.

Teniendo en cuenta lo anterior, y una vez surtida la investigación, mediante la Resolución Sancionatoria se decidió el trámite que nos ocupa y fueron impuestas las sanciones correspondientes a los investigados. Tal y como lo indica el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 158 del Decreto 19 de 2012, al ser la Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022 por medio de la cual se "*pone fin a la actuación*", resultó ser un acto susceptible de notificación personal.

Así las cosas, a través del consecutivo No. 1956 se remitió al correo de la recurrente la comunicación que tenía por finalidad lograr la notificación personal de la investigada, sin embargo, al no lograrse dicha notificación, se remitió el aviso de que trata el mencionado artículo 23 de la Ley 1340 de 2009, de acuerdo con el cual "*Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo.*" De acuerdo con lo anterior, mediante

²⁵⁸ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: PC_01_JUAN_ALEMAN_GTE_GRAL_LACAMPINA.ad1/Ger-general:E:\Ger-general/Documentos/Outlook/archive1.pst/archive1/Principio de las Carpetas personales/Elementos enviados/RE: CONTESTAME. Object ID 2992731 de PAE 4.

²⁵⁹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: PC_01_JUAN_ALEMAN_GTE_GRAL_LACAMPINA.ad1/Ger-general:E:\Ger-general/Documentos/Outlook/archive1.pst/archive1/Elementos eliminados/RE: carta contraloria y personería. Object ID 2994831 de PAE 4.

²⁶⁰ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: 01_AERODELICIAS_GUSTAVO_DONADO.ad1/Users:C:\Users\gdona_000/outlook/Outlook.pst/[deleted]/Refrigerios SED. Object ID 826529 de PAE 4.

²⁶¹ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2. Path: WEB-01-[REDACTED].ad1/WEB-01:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\AERODELICIAS\WEB-01\ [REDACTED].ost/[root]/Raíz - Buzón/IPM_SUBTREE/[Gmail]/Importantes/Fwd: RESPUESTAS DE LA CONTRALORIA A CONTRATO CON PLAZA MAYOR/RESPUESTA CONTRALORIA.pdf. Object ID 2855249 de PAE 3.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

consecutivo No. 2015²⁶² se remitió al correo de la recurrente el aviso correspondiente, surtiendo así el trámite de notificación del acto administrativo.

En conclusión, esta Superintendencia realizó la notificación de la Resolución de Apertura de Investigación No. 46587 expedida el 5 de julio de 2018 así como de la Resolución Sancionatoria No. 35069 del 6 de junio de 2022 de conformidad con la normativa aplicable, al igual que de los demás actos administrativos que le fueron comunicados a la recurrente. En consecuencia, se desestimará la solicitud presentada.

8.23. Consideraciones del Despacho sobre la solicitud de realización de una audiencia ante el Superintendente de Industria y Comercio

AERODELICIAS –coadyuvado por **SERVICIAL**, [REDACTED] (director de productos nutritivos de **AERODELICIAS**) y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**)–, **LA CAMPIÑA** y **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) en sus recursos de reposición solicitaron que fuera realizada por el Superintendente de Industria y Comercio una audiencia en la que escuchara de manera directa los argumentos de defensa propuestos por los recurrentes. Solicitud que la sustentaron en lo dispuesto en el artículo 35 del CPACA que señala que *"las autoridades podrán decretar la práctica de audiencias en el curso de las actuaciones con el objeto de promover la participación ciudadana, asegurar el derecho de contradicción, o contribuir a la pronta adopción de decisiones"*.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En primer lugar, de acuerdo con el artículo 52 contenido en el Decreto 2153 de 1992 por medio del cual se fija el procedimiento en los procesos administrativo-sancionatorios que tienen por objeto determinar la existencia de una infracción a las normas que protegen la libre competencia económica, no se prevé la realización de una audiencia con la finalidad de que el Superintendente de Industria y Comercio escuche a viva voz los argumentos de defensa propuestos por los investigados dentro del trámite. Esto no significa, como infiere el investigado, que el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 no permita una instancia en la que las personas investigadas tengan la oportunidad de presentar su defensa directa ante el Superintendente de Industria y Comercio. De hecho, el párrafo 4 del precitado artículo establece que una vez el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presente al Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con los resultados de la investigación adelantada, los investigados pueden pronunciarse nuevamente, esta vez, no ante la Delegatura de Protección de la Competencia, sino ante el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

Así las cosas, si bien el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 establece una remisión al Código Contencioso Administrativo –actual Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA)–, la referida ley solo opera en aquellas materias no previstas en el Decreto 2153 de 1992. Por lo tanto, teniendo en cuenta que en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 se prevé el procedimiento del proceso administrativo sancionatorio que nos ocupa y las fases que lo integran, no resulta procedente la remisión al artículo 35 del CPACA.

Por lo anterior, una vez agotado el procedimiento contenido en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992 que prevé para la defensa múltiples intervenciones como: la radicación de los escritos de descargos sobre la imputación de cargos; la solicitud y práctica de las pruebas decretadas en el trámite; la realización de una audiencia para la presentación verbal de los argumentos que los investigados pretendan hacer valer dentro de la investigación ante el Superintendente Delegado; la presentación de escritos pronunciándose sobre el Informe Motivado que recoge las conclusiones de

²⁶² Correo electrónico que llegó al destinatario como obra el certificado de "acuse de correo electrónico" de los Servicios Postales Nacionales S.A. 4-72 que se encuentra en el consecutivo 2039 del 14 de junio de 2022, de acuerdo con el cual el aviso fue enviado y entregado el 14 de junio de 2022 al correo electrónico [REDACTED].

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la investigación ante el Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. En consecuencia, se advierte que este Despacho cumplió con el procedimiento descrito en la norma que regula el proceso administrativo sancionatorio y, por lo tanto, no procede la solicitud realizada por los recurrentes.

8.24. Consideraciones del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta desproporcionalidad de las multas impuestas

AERODELICIAS, SERVICIAL, GUSTAVO ENRIQUE DONADO (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**), **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**), **SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**), **LA CAMPIÑA, LIBER, JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) e **IBEASER** señalaron que las sanciones impuestas fueron desproporcionales y solicitaron la disminución de los montos.

AERODELICIAS alegó que el cálculo de la multa se basó en los estados financieros equivocados ya que esta Superintendencia debió tomar los estados financieros a corte de diciembre de 2021, y no en la forma en que lo realizó.

MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**), **LA CAMPIÑA, SERVICIAL, JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) e **IBEASER** manifestaron que su patrimonio líquido en el momento de la imposición de la multa era inferior al de 2016, año que fue tomado por esta Superintendencia al momento de graduar la sanción.

LIBER, por su parte, alegó que fue sancionado con un porcentaje del ■% de su patrimonio líquido sin tener en cuenta que su participación fue menor en comparación con otras sociedades, razón por la que afirmó que no fue proporcional la sanción impuesta.

LA CAMPIÑA también indicó que la sanción impuesta por el ■% de su patrimonio no da cuenta de la realidad de los hechos, por cuanto fue sancionada con un porcentaje similar al de otros investigados que tuvieron mayor participación en los procesos de selección. Sumado a ello, informó que se encuentra en liquidación voluntaria desde el 2018 motivo que expuso para la disminución de la sanción impuesta.

IBEASER solicitó que fuera graduada la sanción impuesta teniendo en cuenta el dictamen pericial que aportó en el recurso de reposición.

SERVICIAL consideró que esta Superintendencia debe tener en cuenta que su participación se dio en las uniones temporales conformadas junto con **AERODELICIAS**, quien tenía una participación del 65%, mientras que **SERVICIAL** tenía una participación del 35%, razón por la cual encontró que la sanción impuesta es desproporcional al darle el mismo trato que a sociedades que claramente estaban en situaciones diferentes.

GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) alegó que la multa impuesta fue desproporcional porque, en primer lugar, se tomó el ■% de su patrimonio como persona natural, y, en segundo lugar, porque también fueron sancionadas sus empresas **AERODELICIAS** y **SERVICIAL** como agentes de mercado. En consecuencia, la sanción impuesta resulta ser superior al porcentaje mencionado del ■%.

JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO (controlante de **LA CAMPIÑA**) afirmó que la multa que le fue impuesta fue desproporcional si se compara con la sanción que tuvo **LA CAMPIÑA**, en la medida en que la multa que le aplicaron correspondió a la cuarta parte de la impuesta a la persona jurídica. Al respecto, señaló el recurrente que, de los 10 años que fueron objeto de investigación, solo fue representante legal de **LA CAMPIÑA** en 3 de ellos. Por tal motivo, debe tenerse en cuenta dicha

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

diferencia dentro del análisis realizado por esta Superintendencia al momento de determinar su participación en los hechos objeto de investigación.

Finalmente, cabe agregar, que **AERODELICIAS, SERVICIAL, GUSTAVO ENRIQUE DONADO** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**), **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**), **SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**), **LA CAMPIÑA, LIBER, JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) e **IBEASER** solicitaron como primera medida el archivo de la investigación, y en subsidio, de no ser atendido su requerimiento de archivo, pidieron que se les redujera la multa de acuerdo con su situación financiera.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Respecto al argumento según el cual las multas impuestas a las personas naturales y jurídicas resultaron ser desproporcionadas, este Despacho se permite recordar que las sanciones impuestas por esta Superintendencia, en el presente caso, atendieron al principio de proporcionalidad y se hicieron con fundamento en los hechos que se encontraron probados. En consecuencia, el argumento expuesto por los recurrentes no tiene ningún mérito de prosperidad.

A manera de contexto, se indica que en ejercicio del principio de legalidad y de libertad de configuración legislativa en las sanciones administrativas, el Congreso de la República decidió, mediante la Ley 1340 de 2009, robustecer la capacidad sancionatoria de esta Autoridad de Competencia para reprimir las prácticas restrictivas de la competencia, hasta el punto de incrementar cincuenta (50) veces el nivel de las multas imponibles en relación con la normatividad anterior.

En otras palabras, el legislador colombiano consideró que con la Ley 1340 de 2009 se hiciera un incremento en el monto de las sanciones con respecto a los que se tenían antes de la mencionada ley. Este aumento se fundamentó en la necesidad de lograr que la sanción como represión al infractor no resultara irrisoria frente a los potenciales beneficios indebidos que pueden obtenerse mediante prácticas restrictivas de la competencia, así como en la necesidad de alcanzar un efecto disuasivo para que con ellas se mande un mensaje de corrección y auto regulación a los mercados y sus agentes. Lo cual evite futuras infracciones a los regímenes respectivos, en este caso, al de la protección de la libre competencia económica, columna vertebral de nuestra economía social de mercado²⁶³.

Con lo dicho en mente, este Despacho le recuerda a los sancionados que, con el fin de tasar las multas a imponer, esta Superintendencia tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por lo general, la situación financiera, así como la actividad que cada persona en el mercado no es la misma, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior, implicó que las sanciones a imponer resulten en términos absolutos diferentes entre sí, pero asegura que se cumpla con la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Sin perjuicio de lo hasta aquí señalado, no debe perderse de vista que los criterios de graduación de la multa previstos en los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009 no son una lista exhaustiva para la totalidad de los casos, ya que los mismos deben ser utilizados dependiendo de las particularidades de cada caso. De hecho, sobre esta interpretación el Tribunal Administrativo de Cundinamarca se ha pronunciado en los siguientes términos:

²⁶³ Rama Legislativa del Poder Público. Gaceta del Congreso No. 583 del 16 de noviembre de 200. Pág. 5.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

*“De la norma transcrita [numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009] se deriva que **para imponer una sanción de multa a las personas jurídicas deben tenerse en cuenta siete criterios**, a saber: (i) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor de la conducta; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota de mercado de la empresa infractora; y, (vii) el patrimonio del infractor; **lo que no implica que necesariamente deban concurrir los siete elementos de que se trata en un caso determinado**”²⁶⁴ (subrayado y negrita fuera de texto).*

En línea con lo establecido por la ley y el citado Tribunal, al momento de analizar el proceso de dosificación de las multas impuestas deben considerarse conjuntamente los diferentes criterios utilizados, de modo que de la lectura integral de los mismos se evidencie la motivación del Despacho para el cálculo de estas, así como la proporcionalidad de las sanciones impuestas. Eso sí, donde se garantice, por un lado, que las mismas no fueran confiscatorias o expropiatorias y, por el otro, la capacidad de pago de los infractores.

Así las cosas, este Despacho coincide con los recurrentes que al realizar el proceso de dosificación de las sanciones esta Superintendencia tiene en cuenta, entre los demás criterios que estipula la ley, la capacidad financiera de cada uno de los infractores. Por lo tanto, se debe considerar, primero, que **AERODELICIAS, LA CAMPIÑA, SERVICIAL** y **IBEASER** aportaron en el trámite de los recursos de reposición los documentos que acreditan su actual situación financiera, en consecuencia, se procedió a evaluar la información y establecer que, frente a los recurrentes mencionados, las multas a imponer serán las siguientes:

A **AERODELICIAS** se le impondrá una multa de **MIL TRESCIENTOS DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.316.610.576,00)** equivalentes a **TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTAS CUARENTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (34.644 UVT)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en modalidad de responsabilidad 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.

Esta sanción equivale al **■**% 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, así como aproximadamente el **■**% del patrimonio reportado en 2021 por **AERODELICIAS**.

A **LA CAMPIÑA** se le impondrá una multa de **CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$191.312.136,00)** equivalentes a **CINCO MIL TREINTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (5.034 UVT)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en modalidad de responsabilidad 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.

Esta sanción equivale al **■**% 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, así como aproximadamente el **■**% del patrimonio reportado en 2021 por **LA CAMPIÑA**.

A **SERVICIAL** se le impondrá una multa de **MIL TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.032.188.640,00)** equivalentes a **VEINTISIETE MIL CIENTO SESENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (27.160 UVT)**.

²⁶⁴ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Sentencia del 29 de junio de 2017. Rad. No. 25000-23-41-000-2015-00326-00.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Esta sanción equivale al ■% 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, así como aproximadamente el ■% del patrimonio reportado en 2021 por **SERVICIAL**.

A **IBEASER** se le impondrá una multa de **NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$90.943.572,00)** equivalentes a **DOS MIL TRESCIENTAS NOVENTA Y TRES UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (2.393 UVT)**.

Esta sanción equivale al ■% 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, así como aproximadamente el ■% de los activos reportados en 2021 por **IBEASER**.

Y segundo, que frente a la sanción impuesta a **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** (presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**) se encontró que hubo en error en el cálculo de la multa impuesta, que, a continuación, se procederá a corregir. Por cuanto que, en la Resolución Sancionatoria, se dispuso que la multa se calcularía con aproximadamente el ■% del patrimonio líquido reportado por la investigada en el año 2016, el cual, correspondía con el ■% de la multa máxima potencialmente aplicable. No obstante, al revisar el cálculo realizado la operación aritmética correspondiente al ■% del patrimonio líquido (correspondiente a 2016) que equivale al ■% de la multa máxima potencialmente aplicable. Con sustento en lo anterior, la multa a imponer será la siguiente:

A **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** se le impondrá una multa de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$54.801.768,00)** equivalentes a **MIL CUATROCIENTAS CUARENTA Y DOS UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (1.442 UVT)** porque incurrió en el comportamiento sancionable previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al participar activamente, en su calidad de presidenta ejecutiva de **ASOPROVAL**, tanto por acción como por omisión, en el desarrollo de la práctica tendiente a limitar la competencia económica en la que incurrió **ASOPROVAL** en los procesos de selección del **PREB** investigados.

Esta sanción equivale al ■% 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, así como aproximadamente el ■% del patrimonio líquido reportado en 2016 por **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO**.

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

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de **SPRESS**) e **ISMAEL BELLO PACHÓN** (representante legal suplente de **SPRESS**) alegaron que esta Superintendencia no tuvo en cuenta el impacto de la conducta al momento de sancionar, ya que, a su juicio, se pierde de vista que no hubo una afectación al mercado ni existió beneficio o ingreso producto de su participación en el supuesto cartel. Alegaron, además, que su participación en el **PREB** no tuvo impacto en los procesos de selección porque los objetos contractuales fueron llevados a cabo.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

En cuanto al argumento que estipuló que las conductas imputadas no tuvieron impacto real en el mercado y, por lo cual, debió ser elemento tenido en cuenta por esta Superintendencia al momento sancionar, por cuanto no podían ser objeto de sanción a la luz del régimen de libre competencia económica, este Despacho debe reiterar lo dicho en la Resolución Sancionatoria sobre esa situación. Así, se reitera que, en los casos de conductas anticompetitivas, por su objeto, no es

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

necesario que esta Superintendencia demuestre la existencia de efectos en el mercado para que dichas conductas puedan ser sancionadas. Lo anterior tiene sustento en la doctrina internacional especializada, la cual ha reconocido que, si una conducta tiene por su objeto la potencialidad, idoneidad y capacidad de afectar la libre competencia, no hay necesidad que la Autoridad de Competencia demuestre los efectos de la conducta²⁶⁵.

De este modo, respecto al numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, esto es, los acuerdos que tengan por objeto la colusión en licitaciones o concursos, es importante precisar que esta norma trae consigo un reproche negativo de valor, lo que implica que el objeto o la idoneidad de las conductas que se encuadren en su descripción normativa para afectar la libre competencia está dada por ley²⁶⁶. Esto corresponde al hecho que este tipo de conductas tienen un alto grado de probabilidad de generar efectos anticompetitivos en el mercado, especialmente en lo relacionado con los precios, calidad y cantidad de los bienes ofrecidos, por lo cual sería redundante para la autoridad de competencia el demostrar los efectos de la conducta investigada²⁶⁷.

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

En consecuencia, este Despacho no encuentra sustento normativo que soporte el argumento expuesto por los recurrentes respecto a la falta de impacto o efecto en el mercado de los acuerdos colusorios evidenciados para que pueda ser sancionable la conducta. Puesto que, como ya fue dicho, su afectación a la libre competencia está dada por la ley y por el objeto mismo de los acuerdos, por lo cual el resultado de estos resulta irrelevante para el análisis de esta Superintendencia.

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

DISERAL y **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) afirmaron que la tasación de la multa impuesta a los dos investigados por separado se hizo tomando en cuenta los contratos investigados en los que participó **DISERAL** como persona jurídica. En esa medida, al depender obligatoriamente su participación en el mercado de su representante legal, a **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** no se le debió sancionar por separado por los mismos hechos. De allí que se haya incurrido en una doble penalización que transgrede la prohibición constitucional de *non bis in idem*.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

²⁶⁵ Bailey, David. (2012). Common Market Law Review, *Restrictions of Competition By Object Under Article 101 TFEU*. 49: 559-600. UK. Pp. 566-567.

²⁶⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 1728 de 2019; 35082 de 2020; 42543 de 2020; entre otras.

²⁶⁷ Corte de Justicia de la Unión Europea. Sentencia del 2 de abril de 2020. Caso C-228/18. "[C]ertain collusive behaviour, such as that leading to horizontal price-fixing by cartels, may be considered so likely to have negative effects, in particular on the price, quantity or quality of the goods and services, that it may be considered redundant, for the purposes of applying Article 101(1) TFEU, to prove that it has actual effects on the market. Experience shows that such behaviour leads to falls in production and price increases, resulting in poor allocation of resources to the detriment, in particular, of consumers".

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Se señala sobre el principio del *non bis in ídem* que se encuentra previsto en diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos²⁶⁸ y en la misma Constitución Política de Colombia²⁶⁹. En virtud de esa garantía, existe una prohibición de doble incriminación, doble juzgamiento y doble sanción por un mismo hecho o circunstancia. Además, resulta procedente mencionar que el referido principio no es exclusivo del ámbito penal, sino que es extensivo al derecho administrativo sancionatorio²⁷⁰, situación que incluye los procedimientos que adelanta esta Superintendencia.

Sin embargo, como ha sido desarrollado ampliamente por la jurisprudencia colombiana, esta prohibición no impide que un mismo comportamiento pueda dar lugar a diferentes investigaciones y sanciones²⁷¹, siempre y cuando cada una de estas atiendan a los siguientes criterios: (i) que la conducta imputada atente contra distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) que las investigaciones y las sanciones tengan distintos fundamentos normativos; y, (iii) que los procesos y las sanciones atiendan a distintas finalidades. Precisamente, en ocasiones anteriores este aspecto ha sido precisado por la Superintendencia de Industria y Comercio al señalar que debía revisarse en cada caso "(...) *que el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto, sujetos, acciones, fundamento normativo, alcance y finalidad*"²⁷².

Al respecto, la Corte Constitucional en Sentencia C-096 de 1993 sostuvo que:

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

Asimismo, mediante Sentencia C-088 de 2022 la misma Corporación manifestó:

*"Esta Corte ha precisado que el **non bis in ídem veda es que exista una doble sanción, cuando hay identidad de sujetos, acciones, fundamentos normativos** y finalidad y alcances de la sanción"* (subrayado y negrita fuera del texto).

Igualmente, en la Sentencia C-471/06 la misma Corte reiteró que:

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

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

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

(...)

*A manera de conclusión, esta Corporación ha considerado que es posible juzgar y sancionar un mismo comportamiento en los siguientes casos: (i) cuando la conducta imputada ofenda distintos bienes jurídicamente protegidos; (ii) cuando las investigaciones y **las sanciones tengan distintos fundamentos normativos**; (iii) cuando los procesos y*

²⁶⁸ Convención Americana de Derechos Humanos. Artículo 8-4. "El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos" y el Art. 14-7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos: "Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido ya condenado o absuelto por una sentencia en firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país".

²⁶⁹ Constitución Política de Colombia. Artículo 29: "(...) Quien sea sindicado tiene derecho a (...) no ser juzgado dos veces por el mismo hecho".

²⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-162 de 1998.

²⁷¹ Corte Constitucional. Sentencia C-088 de 2002.

²⁷² Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30343 de 2021.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

las sanciones atiendan a distintas finalidades; y (iv) cuando el proceso y la sanción no presenten identidad de causa, objeto y sujetos" (subrayado y negrita fuera del texto).

En ese orden de ideas, para este Despacho es evidente que en la presente actuación administrativa no se presentó una violación al principio del *non bis in idem* en el caso de las sanciones impuestas a **DISERAL** y **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**). Toda vez que las imputaciones y sanciones impuestas a los recurrentes se sustentaron en distintos fundamentos normativos, diferentes acciones de los sancionados y con elementos de prueba independientes para cada sanción.

Tal como se indicó en la Resolución Sancionatoria, el material probatorio obrante en el Expediente permitió comprobar que **DISERAL** coordinó su comportamiento en el marco de los procesos de selección **BOLSA I 2012**, **BOLSA II 2012-2013** y **BOLSA III**. Lo anterior, con fundamento en que se demostró que **DISERAL** utilizó al mismo corredor de bolsa que **IBEASER** y **CATALINSA** que les compartía información confidencial sobre quiénes serían sus competidores en los próximos procesos del **PREB**²⁷³.

Específicamente, en el proceso **SED-SA-SI-DBE-122-2013** **DISERAL** participó en dos de las tres **ZONAS** ofertadas de las cuales una le fue adjudicada con un porcentaje de ahorro del 0,78%. Debe enfatizarse que en este mismo proceso **DISERAL**, **IBEASER** y **AERODELICIAS** se comunicaron mediante correo electrónico con el propósito de discutir la manera cómo debían solicitarle a la **SED** la aplicación del ajuste del valor de las **ZONAS** adjudicadas²⁷⁴.

Por su parte, en el marco del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-019-2013**, **DISERAL** resultó adjudicatario de una zona como único oferente producto del acuerdo anticompetitivo. Lo mismo ocurrió en el proceso **SED-SA-SI-DBE-001-2014**, en el que resultó adjudicatario de los de las **ZONAS** ofertadas como único oferente y en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-017-2015** en el que **DISERAL** también resultó adjudicatario de una de las **ZONAS** ofertadas sin competencia como único oferente. Asimismo, llamó la atención de este Despacho que **DISERAL** participó en una reunión días antes a la fecha destinada para presentar oferta en el proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-005-2013**. En lo que concierne el proceso **SED-SA-SI-DBE-002-2016**, **DISERAL** resultó adjudicatario de dos **ZONAS** venciendo a **SPRESS** con un ahorro del 0,5%, adjudicatario de dos **ZONAS** como único oferente y vencido por un tercero ajeno al acuerdo por 0,5%.

Ahora bien, a propósito del vínculo entre **DISERAL** y **ASOPROVAL**, si bien es cierto que **DISERAL** fue participe como miembro oficial hasta el 11 de abril de 2016²⁷⁵, este Despacho demostró que existía intercambio de correos electrónicos y de mensajes instantáneos con invitaciones a participar en reuniones de dicha asociación²⁷⁶. De igual forma se comprobó la participación de **DISERAL** en las acciones tomadas por los asociados de **ASOPROVAL** para no presentarse en el proceso **LP-AG-130-2016** con el fin de ejercer presión a la **SED**.

Finalmente, debe recordarse que el último proceso en el que participó y en el que sacó provechó **DISERAL** del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica fue el **SED-SA-SI-DBE-002-**

²⁷³ Folio 6124 del Cuaderno reservado 2 del Expediente. Path: WEB-02-JAVIER-PULIDO.ad1/WEB-02:C:\Users\user\AppData\Local\Microsoft\Outlook\DISERAL\WEB-02/[REDACTED].ost/[root]/Raiz.

²⁷⁴ Folio 6124 del cuaderno reservado No. 2 del Expediente. Path: 06_WEB_DESCARGA_CORREOS_NUBE.ad1/F:\15-294203_2 [NTFS]/[root]/RAO_JCA_IBEASER_IBEMP/WEB-06-DESCARGAS-CORREOS-NUBE/CORREOS/[REDACTED].ost/[root]/RaA-z BuzÃn/IPM_SUBTREE/Sent/SimulaciÃn ajuste precio sed. Object ID 2205430 de USPEC.

²⁷⁵ Folio 9962 del Cuaderno PÃblico 52 del Expediente. Descargos de **ASOPROVAL**. Folio 7866 del Cuaderno PÃblico 41 del Expediente.

²⁷⁶ Folio 6124 del Cuaderno Reservado 2 del Expediente. Path: CEL-02-JAVIER-PULIDO.ufdr/files/Database/ChatStorage.sqlite/tables/ZWAMESSAGE/rows_0011466_0011759.html. Object ID 3434451 de PAE 2.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

2016, el cual le fue adjudicado mediante contrato 2370 de 2016 que fue ejecutado hasta el 7 de abril de 2017²⁷⁷ y su acta de liquidación fue suscrita el 28 de agosto de 2017.

Por todo lo anterior, resulta claro para este Despacho que **DISERAL** violó lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 y, por tanto, se declaró su responsabilidad en los términos previstos en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

Ahora bien, distinto es el caso de **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) quien, en su calidad de representante legal de **DISERAL**, fue sancionado por ejecutar, autorizar y facilitar el acuerdo colusorio. A partir de las pruebas obrantes en el Expediente, este Despacho demostró que **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** tuvo conocimiento de todos los asuntos comerciales de **DISERAL**, como por ejemplo su participación en los procesos del **PREB** y por tanto en la determinación de la adjudicación de contratos en el acuerdo anticompetitivo.

Asimismo, a lo largo de la actuación se comprobó que **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) tenía relaciones de confianza con [REDACTED], corredor en bolsa, circunstancia que facilitaba que entre ellos intercambiaran información confidencial sobre quiénes eran los proponentes en el mercado de la **BMC**. En paralelo, en el marco del proceso de selección **SED-SA-SI-DBE-019-2013** se evidenció que **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) mediante correo electrónico del 9 de julio de 2013 compartieron observaciones sobre el proceso, sumado al hecho de que se probó que **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** tuvo una participación activa en **ASOPROVAL**. Estas situaciones permitieron determinar que el administrador de **DISERAL** llevó a cabo distintas acciones que facilitaron la materialización del acuerdo anticompetitivo en el que participó la compañía que representaba.

Es así como, en virtud de lo señalado, este Despacho encontró mérito suficiente para declarar responsable a **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** (controlante de **DISERAL**) 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, autorizar y facilitar la conducta imputada a **DISERAL**.

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

8.27. Consideraciones del Despacho sobre los criterios de graduación de la multa impuesta

CATALINSA, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), **SPRESS**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) e **IBEASER** cuestionaron los criterios de graduación de las multas contenidas en la Resolución Sancionatoria, al considerar que para su correspondiente imposición se tomaron en cuenta antecedentes que desfavorecen y afectan la dosificación de la sanción.

IBEASER alegó que resultó injusto que se le haya imputado una conducta irregular, la cual, afectó el criterio de graduación de la multa, conforme a que la sociedad cumplió sin ningún contratiempo con todo lo solicitado por esta Superintendencia en la visita administrativa realizada.

²⁷⁷ Información tomada del SECOP I. Disponible en: <https://bit.ly/3SP1IU8>, consultado el 13 de enero de 2022.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

CATALINSA, WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de **CATALINSA**) y [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**) señalaron que los antecedentes que sirvieron como criterio de graduación de la multa no podían ser tenidos en cuenta, en la medida en que se encuentran actualmente demandados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativa.

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ (controlante de **SPRESS**) y **SPRESS** solicitaron la nulidad de todo lo actuado, conforme a que esta Superintendencia tuvo como prueba y criterio de graduación el proceso con número de expediente administrativo 17-292981 (PAE FRUTAS), a través del cual fue sancionada **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **SPRESS**.

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de **IBEASER**) señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio tiene un sesgo procesal al hacer referencia a las sanciones que se le impusieron con anterioridad en los procesos de selección adelantados por la **ALFM**. Al respecto, el recurrente estableció que los hechos anteriores afectaron la graduación y calificación de la multa y, por tanto, existió una afectación directa.

LA CAMPIÑA se refirió a la dosificación de la sanción, sobre la que indicó que contradice los principios de legalidad y favorabilidad, puesto que encontró que la sanción impuesta se aplicó con fundamento en una legislación que no estaba vigente al inicio de la conducta reprochada, al basarse en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que dispone que la multa será calculada hasta por 100.000 SMMLV, norma que era la menos favorable. Por otro lado, consideró que debía tomarse el salario mínimo legal mensual vigente del momento de la comisión de la infracción y no el salario del momento de la imposición de la sanción, al igual que el cálculo de las UVT que debió hacerse con el valor vigente al momento de la comisión de la infracción.

GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) indicó que al haberse iniciado la conducta restrictiva de la competencia en el año 2007 y, al haber culminado en el año 2017, debía aplicarse la norma más favorable que, para el presente caso, era el Decreto 2153 de 1992. En tal sentido, la multa máxima a imponer no podía ser la de 100.000 SMMLV establecida en la Ley 1340 de 2009.

JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO (controlante de **LA CAMPIÑA**) manifestó que la sanción que se le impuso desconoció los principios de legalidad y favorabilidad, por cuanto la multa debió ser de 1.35 SMMLV que se toman como base en la legislación anterior, Decreto 2153 de 1992, que definió que el monto máximo de sanción es de 300 SMMLV. Por lo tanto, no correspondía la aplicación de artículo 25 de Ley 1340 de 2009 que establece una sanción máxima de 2.000 SMMLV lo que equivale al [REDACTED]% de su patrimonio líquido.

Expuestos los argumentos presentados por los recurrentes este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

Como se mencionó en el numeral 8.24. de este acto administrativo, esta Superintendencia con el fin de tasar las sanciones tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, en donde debe considerar las condiciones particulares de cada persona sancionada y tiene que reconocer que, por lo general, la situación financiera, así como la actividad comercial de cada persona en el mercado no es la misma, entre otras condiciones diferenciadoras.

En ese sentido, este Despacho reitera que según lo dispuesto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la ley 1340 de 2009, por la violación de cualquiera de las disposiciones en materia de protección de la libre competencia económica los criterios que tendrá en cuenta esta Autoridad para graduar individualmente cada multa son: (i) el impacto que la conducta tenga sobre el mercado; (ii) la dimensión del mercado afectado; (iii) el beneficio obtenido por el infractor con la conducta; (iv) el grado de participación del implicado; (v) la conducta procesal de los investigados; (vi) la cuota de mercado de la empresa infractora, así como

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción; y, (vii) el patrimonio del infractor.

Sumado a lo anterior, en el párrafo del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, se establece que serán circunstancias de agravación para los efectos de 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 y el haber actuado con líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta.

Por su parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, precisa que, en el caso del monto de las multas a imponer a las personas naturales, la Superintendencia de Industria y Comercio tomará en consideración como criterios de dosificación la persistencia en la conducta infractora, el impacto que la conducta tenga sobre el mercado, la reiteración de la conducta prohibida, la conducta procesal del investigado y el grado de participación de la persona implicada. De tal suerte, que en contraposición a lo que afirman los recurrentes la legalidad del acto administrativo prevalece hasta que un juez determine lo contrario.

Es así como al analizar el proceso de dosificación de las multas impuestas debían considerarse conjuntamente los diferentes criterios utilizados, de modo que de la lectura integral de los mismos se evidencie la motivación del Despacho para el cálculo de las sanciones.

Llegado a este punto, este Despacho destaca que, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, **CATALINSA**, [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), **IBEASER** y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) adoptaron una conducta procesal irregular en el marco de la actuación administrativa al no atender los requerimientos realizados durante las visitas administrativas practicadas. Además, que los investigados fueron sancionados en 2020 por esta Superintendencia por participar en un acuerdo anticompetitivo que afectó los procesos de selección adelantados por la **ALFM** a través de la **BMC** para la adquisición de productos de comidas listas y panadería larga vida que conformaban las "Raciones Militares". Ambas circunstancias fueron estudiadas a la luz de lo dispuesto en la ley y, por consiguiente, fueron consideradas como agravantes al momento de dosificar la sanción impuesta a los mencionados.

Asimismo, este Despacho agrega que **SPRESS** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**) también adoptaron una conducta procesal irregular durante el trámite del proceso administrativo, tal y como se precisó en el Informe Motivado y en la Resolución de Apertura y, sumado a ello, fueron encontrados responsables y sancionados en 2019 por esta Superintendencia al participar en un acuerdo anticompetitivo que afectó el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Toda vez que fijaron, directa e indirectamente, los precios y otras condiciones técnicas del segmento correspondiente a "frutas y hortalizas". Las circunstancias presentadas fueron consideradas como circunstancias de reiteración de la conducta prohibida y, por tanto, como un agravante al momento de dosificar la presente sanción siguiendo lo dispuesto en la normatividad vigente.

Finalmente, respecto a los argumentos de **LA CAMPIÑA**, **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) según los cuales las sanciones impuestas tenían que ser tasadas a partir del salario mínimo mensual legal, y por ende de las UVT, vigentes al momento de la comisión de la infracción y no al vigente al momento de la imposición de la multa, considera este Despacho que los mismos constituyen una interpretación que resulta ser inaceptable y a todas luces improcedente. La simple lógica, por utilizar las palabras del Consejo de Estado, indica que el salario mínimo que debe aplicarse es el mensual legal vigente al momento de la imposición de la sanción:

"(...) Al respecto, la Sala estima que este cargo no tiene vocación de prosperar, por cuanto la sanción de multa aplicada, (...), debe ser impuesta bajo el salario mínimo mensual

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

vigente a la fecha de imposición de la sanción y no al momento de la ocurrencia de los hechos irregulares.

(...)

Considera esta Sala, que si bien la Ley (...) no indica el momento que debe tenerse en cuenta para la aplicación de la sanción en salarios mínimos mensuales vigentes, **es lógico que deba imputarse dichos salarios en la fecha de la sanción** (...) pues de lo contrario, sería ilógico pensar que por cada hecho deba sancionarse, aplicando el salario mínimo mensual de ese momento, máxime cuando en el sub iudice, se trataba inicialmente de 13.840 instalaciones no revisadas por la empresa demandante (...)”²⁷⁸ (subrayado y negrita fuera de texto).

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

Ahora, con respecto a la sanción impuesta a **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** (controlante de **LA CAMPIÑA**) y **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** (controlante de **AERODELICIAS** y **SERVICIAL**) se observa que la Ley 1340 de 2009 al modificar el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, que se refiere a las sanciones que puede imponer la Superintendencia de Industria y Comercio a las personas naturales por infracciones al régimen de libre competencia, describe expresamente a “**salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción**” (subrayado y negrita fuera de texto). Por lo cual, en lo que respecta a las sanciones que le fueron impuestas a dichas personas naturales, se cumplió con lo legalmente establecido en el régimen de libre competencia económica aplicable.

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

Por todo lo anterior, este Despacho no acogerá los argumentos presentados por **CATALINSA**, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA**), [REDACTED] (controlante de **CATALINSA**), **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** (controlante de **SPRESS**), **SPRESS**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (controlante de **IBEASER**) e **IBEASER** con el propósito de desacreditar los criterios de graduación considerados por esta Superintendencia al momento de tasar las multas impuestas.

8.28. Consideraciones del Despacho sobre la ausencia de afectación a los niños destinatarios del PREB

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (controlante de **IBEASER**) manifestó que esta Superintendencia pretendió hacer ver que los niños a los que iba dirigido el **PREB** sufrieron una afectación por la conducta anticompetitiva desplegada, pero no aportaron evidencia alguna de que el servicio de alimentación escolar no hubiese sido prestado por las autoridades encargadas.

Expuestos los argumentos presentados por el recurrente este Despacho considera que no están llamados a prosperar, con fundamento en las razones que se presentan a continuación.

²⁷⁸ Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sentencia del 13 de marzo de 2014. Rad. No. 440012331000 2008 00124 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Este Despacho indica que los alegatos no son de recibo por cuanto se insiste que en ningún acápite de la actuación administrativa esta Superintendencia reprochó que el servicio de alimentación escolar no fuera prestado. El reproche jurídico que se realizó a la actuación desplegada por los investigados en el presente proceso administrativo correspondió a un actuar colusorio, que estuvo en detrimento de la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica, y sobre el cual reposa la facultad sancionatoria de esta Autoridad de competencia.

En efecto, como se precisó en la Resolución Sancionatoria, las conductas objeto de sanción generaron ineficiencias en la asignación de los recursos públicos y, por consiguiente, reducciones en el bienestar social. Lo anterior, resultó ser aún más reprochable si se tiene en cuenta que la clara afectación al bienestar económico impidió que no se garantizara la debida provisión de bienes y servicios mediante un libre acceso y libre concurrencia de diversos oferentes a los procesos de selección. En los cuales, la población directamente perjudicada no era nada más y nada menos que niños y niñas de bajos recursos en edad escolar.

Al respecto, se insiste que no debe perderse de vista que *"la alimentación durante los primeros seis años de vida determina los mecanismos neurológicos que favorecen un desarrollo cerebral adecuado, el aprendizaje y la salud para toda la vida. Es por ello que, cada niño y niña debe contar con alimentación balanceada la cual garantice la nutrición necesaria para alcanzar un peso y talla acordes con su edad y genética"*²⁷⁹. Con sustento en lo anterior, se debe garantizar un eficiente y efectivo desarrollo del **PREB** resulta esencial en el marco de la política pública de primera infancia en Colombia, situación que incluye la correcta ejecución de los procesos de contratación pública que los pretenden contratar y llevar a cabo.

Así las cosas, este Despacho reitera en que los argumentos presentados por el recurrente no están llamados a prosperar, por cuanto esta Autoridad no sancionó el hecho de que los alimentos escolares no fueran entregados a la población objetivo, sino que por el contrario lo reprochado tuvo que ver con que hubo una clara violación a lo dispuesto en el régimen general de libre competencia económica, la cual, afectó negativamente la asignación eficiente de los recursos públicos en ese mercado.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR los numerales **5.1.**, **5.2.**, **5.3.**, **5.6.** del **ARTÍCULO QUINTO** de la Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022, los cuales quedarán así, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución:

"5.1. A AERODELICIAS S.A.S. (actualmente²⁸⁰, SOCIAL FOOD S.A.S.), identificada con NIT. 800.157.021, una multa de MIL TRESCIENTOS DIECISEIS MILLONES SEISCIENTOS DIEZ MIL QUINIENTOS SETENTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.316.610.576,00) equivalentes a TREINTA Y CUATRO MIL SEISCIENTAS CUARENTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (34.644 UVT).

5.2. A SERVICIAL S.A.S., identificada con NIT. 830.007.430, una multa de MIL TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO OCHENTA Y OCHO MIL SEISCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.032.188.640,00) equivalentes a VEINTISIETE MIL CIENTO SESENTA UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (27.160 UVT).

²⁷⁹ Bonilla, Víctor; Camargo, Diego; Lozano, Ginette. (2018). "Impactos de corto plazo de la política 'De Cero a Siempre' sobre las pautas de crianza en el hogar". Pág. 13. Disponible en: <https://bit.ly/3V9Lir4>.

²⁸⁰ Por Acta No. 090 del 22 de agosto de 2022 de la Asamblea de Accionistas inscrita en esta Cámara de Comercio el 31 de agosto de 2022, con No. 02874205 del libro IX, la sociedad cambió su denominación o razón social de **AERODELICIAS S.A.S.** a **SOCIAL FOOD S.A.S.**

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

5.3. A LA CAMPIÑA S.A.S. (en liquidación), identificada con NIT. 860.001.847, una multa de CIENTO NOVENTA Y UN MILLONES TRESCIENTOS DOCE MIL CIENTO TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$191.312.136,00) equivalentes a CINCO MIL TREINTA Y CUATRO UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (5.034 UVT).

(...)

5.6. A IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S., identificada con NIT. 830.131.226, una multa de NOVENTA MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$90.943.572,00) equivalentes a DOS MIL TRESCIENTAS NOVENTA Y TRES UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (2.393 UVT).

(...)"

ARTÍCULO SEGUNDO: CORREGIR el ARTÍCULO OCTAVO de la Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022, el cual quedará así, de acuerdo con lo expuesto en la parte considerativa de la presente Resolución:

"ARTÍCULO OCTAVO: IMPONER a MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO (presidenta ejecutiva de ASOPROVAL) identificada con cédula de ciudadanía No. 51.835.643, responsable de incurrir en el comportamiento sancionable previsto en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, una multa de CINCUENTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS UN MIL SETECIENTOS SESENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$54.801.768,00) equivalentes a MIL CUATROCIENTAS CUARENTA Y DOS UNIDADES DE VALOR TRIBUTARIO (1.442 UVT)."

ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR en sus partes restantes la Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022.

ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **LA CAMPIÑA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT 860.001.847, **JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO** identificado con cédula de ciudadanía 19.487.367, **SOCIAL FOOD S.A.S.** (antes **AERODELICIAS S.A.S.**), identificada con NIT 800.157.021; **SERVICIAL S.A.S.**, identificada con NIT 830.007.430; **INDUSTRIAS ALIMENTOS Y CATERING S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, identificada con NIT 830.124.531; **DISERAL S.A.S.**, identificada con NIT 830.060.286; **IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S.**, identificada con NIT 830.131.226; **PROALIMENTOS LIBER S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, identificada con NIT 830.042.212; **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**, identificado con NIT 830.023.946; **COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA DE INVERSIONES LTDA.**, identificada con NIT 813.009.879; **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** identificado con cédula de ciudadanía No. 19.486.117; **GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA** identificado con cédula de ciudadanía No. 8.668.858; [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED]; **JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO** identificado con cédula de ciudadanía No. 4.197.198; **JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS** identificado con cédula de ciudadanía No. 7.212.350; **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 41.687.837; [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED]; [REDACTED] identificada con cédula de ciudadanía No. 51.960.769; **WILLIAM FAJARDO ROJAS** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.576.012; [REDACTED] identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED]; **BEATRIZ BECERRA ROJAS** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.666.068; [REDACTED] identificada con cédula de ciudadanía No. 39.647.218; **ISMAEL BELLO PACHÓN** identificado con cédula de ciudadanía No. 79.103.607; **LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN** identificada con cédula de ciudadanía No. 52.848.861; **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE ALIMENTOS – ASOPROVAL (EN LIQUIDACIÓN)** identificada con NIT. 900.858.768; **MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO** identificada con cédula de ciudadanía No. 51.835.643; y a [REDACTED]

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

identificado con cédula de ciudadanía No. [REDACTED], entregándoles copia de la presente decisión e informándoles que contra la misma no procede recurso alguno.

ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR²⁸¹ el contenido de la presente Resolución a **FABIO DOBLADO BARRETO** en reorganización, identificado con cédula de ciudadanía No. 19.101.326, [REDACTED], identificada con cédula de ciudadanía No. [REDACTED] y a **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** identificada con cédula de ciudadanía No. 1.010.161.308.

ARTÍCULO SEXTO: COMUNICAR el contenido de la versión pública de la presente Resolución a la **B.M.C. BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A.**, identificada con NIT. 860.071.250-9, en su condición de tercero interesado, de conformidad con lo establecido en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009.

ARTÍCULO SÉPTIMO: COMUNICAR el contenido de la versión pública de la presente Resolución a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, para los fines de su competencia.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los 31 MAY 2023

LA SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO,



MARÍA DEL SOCORRO PIMIENTA CORBACHO

Proyectó: Luis Monsalve
Revisó: Daniel Sabogal / Carolina Medina
Aprobó: María del Socorro Pimenta

²⁸¹ El acto administrativo contenido en la Resolución No. 35069 del 6 de junio de 2022, en virtud del numeral 3 del artículo 87 de la Ley 1437 de 2011, quedó en firme desde el día siguiente al vencimiento del término para interponer los recursos de reposición, si estos no fueron interpuestos. Al respecto, véase Consejo de Estado, Sección Primera. Auto Interlocutorio del 19 de diciembre de 2018. Rad. No. 250002341000 2015 01902 01.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

NOTIFICAR:**LA CAMPIÑA S.A.S. (EN LIQUIDACIÓN)**

NIT 860.001.847

JUAN DE JESÚS ALEMÁN GUERRERO

Cédula de Ciudadanía No. 19.487.367

Apoderado:**ANDRÉS JARAMILLO HOYOS**

Cédula de Ciudadanía No. 7.562.626

Tarjeta Profesional No. 75.015 del C. S. de la J.

ajaramillo@esguerra.com

Cédula de Ciudadanía No. 51.960.769

GUSTAVO ENRIQUE DONADO ARRÁZOLA

Cédula de Ciudadanía No. 8.668.858

Cédula de Ciudadanía No. 1.018.407.376

Apoderado:**DANIEL CAMILO BELTRÁN CASTIBLANCO**

Cédula de Ciudadanía No. 80.076.005

Tarjeta Profesional No. 185.310 del C. S. de la J.

dbeltran@esguerra.com

Calle 72 No. 6-30, Piso 12, Bogotá, D.C.

DISERAL S.A.S.

NIT 830.060.286

JAVIER IGNACIO PULIDO SOLANO

Cédula de Ciudadanía No. 4.197.198

Apoderado:**HÉCTOR ALFONSO CARVAJAL LONDOÑO**

Cédula de Ciudadanía No. 19.338.748

Tarjeta Profesional No. 30.144 del C. S. de la J.

hector@carvajallondono.com

ALIMENTOS SPRESS S.A.S. - SPRESS S.A.S.

NIT 830.023.946

ISMAEL BELLO PACHÓN

Cédula de Ciudadanía No. 79.103.607

STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ

Cédula de Ciudadanía No. 41.687.837

Apoderado:**ANDRÉS FELIPE FLÓREZ DURÁN**

Cédula de Ciudadanía No. 1.018.466.183

Tarjeta Profesional No. 277.130 del C. S. de la J.

florez.abogado@gmail.com

florezabogados22@gmail.com

Cédula de Ciudadanía No. [REDACTED]

AERODELICIAS S.A.S. (actualmente, SOCIAL FOOD S.A.S.)

NIT 800.157.021

SERVICIAL S.A.S.

NIT 830.007.430

Apoderado:**ALFONSO MIRANDA LONDOÑO**

Cédula de Ciudadanía No. 19.489.933

Tarjeta Profesional No. 38.447 del C. S. de la J.

amiranda@esguerra.com

Calle 72 No. 6-30, Piso 12, Bogotá, D.C.

COOPERATIVA MULTIACTIVA SURCOLOMBIANA DE INVERSIONES LTDA.

NIT 813.009.879

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Cédula de Ciudadanía No. [REDACTED]

Apoderado:

JOSÉ MANUEL DÍAZ SOTO

Cédula de Ciudadanía No. 91.519.945

Tarjeta Profesional No. 163.931 del C. S. de la J.

diazsoto@hotmail.com

IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S. - IBEASER S.A.S.

NIT 830.131.226

Apoderado:

CARLOS ANDRÉS PERILLA CASTRO

Cédula de Ciudadanía No. 79.757.068

Tarjeta Profesional No. 90.099 del C. S. de la J.

carlos.perilla@outlook.com

LUISA FERNANDA FLÓREZ RINCÓN

Cédula de Ciudadanía No. 52.848.861

Apoderado:

JUAN JOSÉ GÓMEZ URUEÑA

Cédula de Ciudadanía No. 79.981.240

Tarjeta Profesional No. 155.298 del C. S. de la J.

kgomez@gomezuruenaabogados.com

INDUSTRIAS ALIMENTOS Y CATERING S.A.S. - CATALINSA S.A.S. (EN REORGANIZACIÓN)

NIT 830.124.531

WILLIAM FAJARDO ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 79.576.012

Cédula de Ciudadanía No. [REDACTED]

PROALIMENTOS LIBER S.A.S. - (EN REORGANIZACIÓN)

NIT 830.042.212

BEATRIZ BECERRA ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 51.666.068

JAIRO HUMBERTO BECERRA ROJAS

Cédula de Ciudadanía No. 7.212.350

ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE EMPRESAS PROVEEDORAS DE ALIMENTOS - ASOPROVAL - (EN LIQUIDACIÓN)

NIT 900.858.768

MÓNICA ARLENE DEL PILAR BARRERA ROMERO

Cédula de Ciudadanía No. 51.835.643

Apoderado:

ALEXIS FARUTH PEREA SÁNCHEZ

Cédula de Ciudadanía No. 11.812.241

Tarjeta Profesional No. 146.643 del C. S. de la J.

alexisfa5@gmail.com

JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE

Cédula de Ciudadanía No. 19.486.117

Apoderado:

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

Cédula de Ciudadanía No. 79.779.355

Tarjeta Profesional No. 82.904 del C. S. de la J.

gvalbuena@valbuenaabogados.com

comunicaciones@valbuenaabogados.com

va@valbuenaabogados.com

Cédula de Ciudadanía No. [REDACTED]

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

COMUNICAR:

B.M.C. BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA S.A. (TERCERO INTERESADO)

NIT 860.071.250-9

Apoderado:

JULIETH ANGÉLICA SANCLEMENTE PÉREZ

Cédula de Ciudadanía No. 1.144.158.823

Tarjeta Profesional No. 273.368 del C. S. de la J.

julieth.sanclemente@garrigues.com

FABIO DOBLADO BARRETO

Cédula de Ciudadanía No. 19.101.326

Cédula de Ciudadanía No. [REDACTED]

Apoderado:

ROBERTO JESÚS NÚÑEZ ESCOBAR

Cédula de Ciudadanía No. 72.309.154

Tarjeta Profesional No. 104.629 del C. S. de la J.

contacto@nunezabogados.com.co

DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ

Cédula de Ciudadanía No. 1.010.161.308

Apoderado:

ALEXIS FARUTH PEREA SÁNCHEZ

Cédula de Ciudadanía No. 11.812.241

Tarjeta Profesional No. 146.643 del C. S. de la J.

alexisfa5@gmail.com

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

NIT 800.152.783-2

Diagonal 22B No. 52-01 (Ciudad Salitre), Bogotá D.C.

jur.notificacionesjudiciales@fiscalia.gov.co