

DELEGATURA PARA LA PROTECCIÓN DE LA COMPETENCIA

Grupo Élite contra Colusiones

INFORME MOTIVADO

VERSIÓN ÚNICA

Radicación 18-75588

**Caso
“RACIONES FUERZAS MILITARES”**

2019

EQUIPO RESPONSABLE:

Juan Pablo Herrera Saavedra
Delegado para la Protección de la Competencia

Ismael Beltrán Prado
Coordinador Grupo Élite contra Colusiones

Eliana Margarita Canchano Velásquez
Líder equipo

Mercy Lorena Agámez Rodríguez
Abogada

Indira Hernández Roa
Abogada

Lizet Viviana Romero Orjuela
Economista

Tabla de contenido del informe motivado

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 1. Síntesis de la imputación | 8 |
| 2. Defensa de los investigados | 15 |
| 2.1. Respecto del control de las empresas por parte de grupos familiares | 15 |
| 2.1.1. Respecto de la relación entre LHO, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (gerente y representante legal de IBEASER) e IBEASER | 15 |
| 2.1.2. Respecto de la relación entre LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (apoderado y consultor externo de CATALINSA), HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA), MAUROS FOOD y CATALINSA y el control de HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA) sobre CATALINSA | 16 |
| 2.2. En referencia a uno de los aspectos que facilitó el acuerdo, consistente en que un mismo operador representaba a varios proveedores | 17 |
| 2.3. En relación con la existencia y/o naturaleza del acuerdo anticompetitivo | 19 |
| 2.4. Argumentos referidos a que la conducta no lesionó la libre competencia económica | 21 |
| 2.5. Respecto de la responsabilidad de algunas personas vinculadas con los agentes del mercado | 23 |
| 2.6. Otros argumentos presentados por los investigados | 24 |
| 3. Actuación Procesal | 25 |
| 3.1. Del ofrecimiento de garantías | 25 |
| 3.2. De las supuestas irregularidades procesales alegadas por IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (gerente y representante legal de IBEASER) y HERNANDO PRIETO MOLINA (gerente administrativo y financiero de IBEASER) | 25 |
| 3.2.1. Fundamento de la solicitud | 25 |
| 3.2.2. Consideraciones de la Delegatura | 26 |
| 3.2.2.1. Sobre la facultad para realizar visitas administrativas y para recaudar y procesar información | 27 |
| 3.2.2.2. Sobre la facultad de la Superintendencia para solicitar información contenida en correos electrónicos y teléfonos celulares en desarrollo de las visitas administrativas | 31 |
| 3.2.2.3. Sobre la delimitación del objeto de la visita en la credencial de visita administrativa | 33 |
| 4. Fundamentos de la recomendación | 36 |
| 4.1. El MCP de la BMC es un sistema de negociación para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes bajo el sistema de menor precio | 37 |
| 4.2. Aspectos que facilitaron la ejecución del acuerdo | 45 |
| 4.2.1. Primer aspecto que facilitó la ejecución del acuerdo: empresas dirigidas por grupos familiares | 45 |
| 4.2.1.1. Las relaciones entre LHO, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (gerente y representante legal de IBEASER) e IBEASER | 45 |
| 4.2.1.2. El control de CATALINSA por parte de HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA) | 49 |
| 4.2.1.2.1. La relación entre LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (apoderado y consultor externo de CATALINSA), HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA), MAUROS FOOD y CATALINSA | 49 |
| 4.2.1.2.2. CATALINSA es controlada por HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA) | 51 |
| 4.2.2. Segundo aspecto que facilitó la ejecución del acuerdo: varias empresas investigadas otorgaron mandato a un operador común, JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA) | 65 |
| 4.2.3. Tercer aspecto que facilitó la ejecución del acuerdo: la ALFM promovió el acuerdo imputado a los investigados | 75 |

| | |
|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| 4.2.3.1. Factores de riesgo de colusión relacionados con el mercado de comidas listas y panadería larga vida | 75 |
| 4.2.3.1.1. La adquisición de comidas listas y panadería larga vida es un mercado de demanda constante y predecible y de oferta limitada y predecible | 75 |
| 4.2.3.1.2. Los proveedores de comidas listas y panadería larga vida investigados colaboraron a la ALFM en la incorporación de nuevas tecnologías, en las actualizaciones de las normas técnicas de estos alimentos y en la ampliación del menú | 77 |
| 4.2.3.1.2.1. Desarrollo de nuevas tecnologías por parte de las empresas investigadas, por solicitud de la ALFM | 78 |
| 4.2.3.1.2.2. Colaboración de los proveedores de comidas listas y panadería larga vida en la creación y actualización de la Norma Técnica Militar del Ministerio de Defensa Nacional, así como en el desarrollo de nuevos productos que contribuyeron a enriquecer la variedad de comidas listas incluidas en las raciones de campaña | 80 |
| 4.2.3.1.2.3. La ALFM convocaba a reuniones que permitieron el contacto entre las potenciales oferentes de las comidas listas y la panadería larga vida | 83 |
| 4.2.3.1.4. La ALFM mantuvo estabilidad de condiciones, en especial de la modalidad y mecanismo de selección para adquirir estos productos | 85 |
| 4.2.3.2. El material probatorio que demuestra que la ALFM promovió las relaciones de coordinación entre los investigados, antes, durante y después de las ruedas de negociación | 85 |
| 4.2.3.2.1. Comportamiento de la ALFM previo al desarrollo de las ruedas de negociación para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña | 85 |
| 4.2.3.2.1.1. La ALFM convocaba a reuniones previas a la publicación de los boletines informativos en las cuales intercambiaba información con los potenciales oferentes sobre el proceso de selección que adelantaría en el MCP de la BMC | 85 |
| 4.2.3.2.1.2. La ALFM solicitaba a las empresas investigadas que se habilitaran para participar en las operaciones que se adelantarían en las ruedas de negociación | 87 |
| 4.2.3.2.2. La conducta de la ALFM durante el desarrollo de las ruedas de negociación para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, y con posterioridad a las mismas | 88 |
| 4.2.3.2.2.1. La ALFM se comunicaba directamente con los proveedores durante el desarrollo de las ruedas de negociación, sin intermediación de las SCB que representaba a cada punta | 88 |
| 4.2.3.2.2.2. La ALFM tenía contacto directo con los proveedores para la entrega de los productos finales, sin intermediación de las SCB respectivas | 89 |
| 4.2.3.2.3. En los procesos de selección adelantados para la adquisición de los productos mencionados en un escenario distinto al del MCP de la BMC, la ALFM intercambió información con sus potenciales oferentes | 90 |
| 4.3. Sobre la coordinación desplegada durante el período comprendido entre el año 2011 a marzo de 2018, en los procesos de selección para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, desarrollados en el MCP de la BMC | 92 |
| 4.3.1. Sobre la coordinación extendida entre los años 2011 a 2015 en los procesos de selección para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña | 93 |
| 4.3.1.1. Boletines Informativos No. 019 y 035 de 2011 | 94 |
| 4.3.1.2. Boletín Informativo No. 253 de 2011 | 95 |
| 4.3.1.3. Boletín Informativo No. 732 de 2011 | 97 |
| 4.3.1.4. Boletín Informativo No. 889 de 2011 | 99 |
| 4.3.1.5. Boletín Informativo No. 1110 de 2012 | 101 |
| 4.3.1.6. Boletines Informativos No. 868 y 909 de 2013 | 102 |
| 4.3.1.7. Boletines Informativos No. 276 y 304 de 2013 | 103 |
| 4.3.1.8. Boletines Informativos No. 35, 37 y 46 de 2014 | 105 |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 4.3.1.9. Boletines Informativos No. 1076 y 1155 de 2014 | 108 |
| 4.3.1.10. Boletines Informativos No. 497 y 519 de 2015 | 111 |
| 4.3.2. Que los investigados continuaron coordinando su participación mediante la distribución de productos de comidas listas y panadería larga vida requeridos por la ALFM en el escenario de la BMC desde el año 2016 a marzo de 2018 | 114 |
| 4.3.3. La coordinación imputada a los investigados en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, desde por lo menos 2011 hasta marzo de 2018, fue corroborada en la etapa probatoria, incluso con la propia declaración de los investigados y sus escritos de descargos | 118 |
| 4.3.4. El acuerdo investigado se extendió al suministro de los productos adjudicados | 123 |
| 4.3.4.1. La intención de celebrar contratos de cuentas en participación para ejecutar mancomunadamente el suministro de los productos alimenticios adjudicados | 123 |
| 4.3.4.2. El préstamo, entre algunos de los investigados, de bolsas de empaque de la totalidad de productos alimenticios mencionados y capturadores de oxígeno utilizados específicamente para productos de panadería larga vida | 124 |
| 4.3.5. Las defensas de CATALINSA, PROLAC y ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO (representante legal suplente de PROLAC) sobre la existencia de la conducta coordinada durante el período comprendido entre el año 2011 hasta marzo de 2018 | 127 |
| 4.4. El carácter restrictivo del comportamiento analizado | 133 |
| 4.4.2. Sobre las defensas de los investigados respecto del carácter restrictivo de la conducta analizada | 138 |
| 4.4.2.1. El acuerdo demostrado es ilegal pese a que la ALFM lo haya promovido | 138 |
| 4.4.2.2. Las supuestas falencias en las condiciones fijadas en los boletines informativos no justifican el acuerdo implementado por los investigados | 140 |
| 4.4.2.3. No se demostró que sin el acuerdo anticompetitivo entre los investigados la ALFM no hubiera obtenido la variedad de productos requeridos en los boletines informativos | 143 |
| 4.4.2.4. El acuerdo sí afectó la eficiencia en el gasto público | 144 |
| 4.4.2.5. El precio sí era un factor determinante en este mercado | 145 |
| 4.4.2.6. La supuesta falta de capacidad instalada de las empresas no puede justificar el acuerdo ejecutado | 146 |
| 4.4.2.7. La interpretación según la cual el acuerdo de los investigados está permitido por el artículo 5.2.1.14 del reglamento interno de la BMC, toda vez que el mercado de comidas listas es un monopsonio con poca liquidez de productos, resulta inadmisibles | 149 |
| 4.4.2.7.1. En relación con la supuesta estructura monopsonica del mercado de productos alimenticios para raciones de campaña | 150 |
| 4.4.2.7.2. En relación con la iliquidez de los productos en mención | 152 |
| 4.4.2.7.3. Análisis del argumento consistente en que el artículo 5.1.2.14. del reglamento de la BMC facultaba a los proveedores de comidas listas y panadería larga vida para compartir información y efectuar acuerdos encaminados a facilitar o viabilizar la futura celebración de las operaciones en las ruedas de negociación | 154 |
| 4.5. De los otros argumentos presentados por los investigados | 158 |
| 4.5.1. De la caducidad de la facultad sancionatoria alegada por AR TRIPLEA | 158 |
| 4.5.2. De la alegada indeterminación de la imputación alegada por LUIS HERNANDO VILLALOBOS | 159 |
| 4.5.3. De la alegada afectación del derecho de defensa a HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS | 160 |
| 5. De la responsabilidad de los investigados | 162 |
| 5.1. Responsabilidad de CATALINSA, LHO, IBEASER y PROLAC | 162 |
| 5.2. Responsabilidad de HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA) | 162 |
| 5.3. Responsabilidad de JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (gerente y representante legal de IBEASER) | 164 |

| | |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| 5.4. Responsabilidad de COMFINAGRO | 165 |
| 5.5. Responsabilidad de RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN (director financiero de LHO) | 171 |
| 5.6. Responsabilidad de HERNANDO PRIETO MOLINA (gerente administrativo y financiero de IBEASER) | 172 |
| 5.7. Responsabilidad de LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (asesor externo de CATALINSA y representante de la compañía en Perú) | 173 |
| 5.8. Responsabilidad de DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ (directora jurídica de CATALINSA) | 174 |
| 5.9. Responsabilidad de WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de CATALINSA y accionista de la compañía con 50% del capital) y CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN (subgerente de CATALINSA y accionista de la compañía con 50% del capital) | 176 |
| 5.10. Responsabilidad de LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de LHO) | 178 |
| 5.11. Responsabilidad de ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO (representante legal suplente de PROLAC) | 179 |
| 5.12. Responsabilidad de JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de las SCB COMFINAGRO y A.R. TRIPLEA) | 179 |
| 6. Recomendación | 183 |
| 6.1. Sobre los agentes del mercado | 183 |
| 6.2. Sobre las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado | 183 |
| 6.3. Archivos | 184 |

INFORME MOTIVADO RACIONES FUERZAS MILITARES
Radicación: 18-75588

En cumplimiento del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, la Delegatura para la Protección de la Competencia (la Delegatura) presenta el Informe Motivado en la actuación administrativa radicada con el No. 18-75588.

Con el propósito de presentar el informe motivado, este documento se ha dividido en 5 partes:

- (i) El **capítulo uno** presenta una síntesis de la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos.
- (ii) El **capítulo dos** reseña y resume los argumentos de defensa de los investigados.
- (iii) El **capítulo tres** presenta las actuaciones administrativas que se desarrollaron, desde la formulación del pliego de cargos —conforme esta investigación avanzó— y hasta antes de suscripción de este Informe Motivado. Así mismo, en este capítulo se expone la resolución que expidió la Delegatura frente a una solicitud de nulidad procesal presentada por algunos investigados.
- (iv) El **capítulo cuatro** presenta los fundamentos de la recomendación y las consideraciones de la Delegatura frente a la defensa que plantearon los investigados.
- (v) El **capítulo cinco** presenta la responsabilidad de los investigados de conformidad con (a) el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992; y (b) el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- (vi) Finalmente, el **capítulo seis** contiene la exposición de la recomendación para el Superintendente de Industria y Comercio. Se recomendará sancionar a **INDUSTRIAS ALIMENTOS Y CATERING S.A.S. (CATALINSA)**, **LA HUERTA DE ORIENTE S.A.S. (LHO)**, **IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S. (IBEASER)**, **PRODUCTORA Y DISTRIBUIDORA DE PRODUCTOS LÁCTEOS Y COMESTIBLES S.A.S. (PROLAC)**, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) por haber incurrido 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.

Así mismo, se recomendará sancionar a **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**), **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**), **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), **COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A. (COMFINAGRO)** y **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) por haber incurrido en la responsabilidad administrativa prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Por último, se recomendará archivar esta actuación administrativa en favor de **INVERSIONES BAALBEK LTDA. (BAALBEK)** —liquidada judicialmente—, **A.R. TRIPLEA S.A.S. (AR TRIPLEA)** y **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**).

Investigados:

Agentes del mercado:

-**CATALINSA**, identificada con NIT 830.124.531-3.

-**LHO**, identificada con NIT 860.504.860-1.

-**IBEASER**, identificada con NIT 830.131.226-0.

-**PROLAC**, identificada con NIT 832.007.400-3.

-**BAALBEK** —liquidada judicialmente—, quien se identificaba con NIT 800.234.550-6¹.

-**HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), identificado con cédula de ciudadanía No. 79.907.337.

-**JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), identificado con cédula de ciudadanía No. 19.486.117.

Personas vinculadas con los agentes del mercado:

-**LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.789.177.

-**RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.812.511.

-**HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.942.317.

-**ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), identificado con la cédula de ciudadanía No. 7.430.467.

-**WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**), identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.576.012.

-**CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**), identificada con la cédula de ciudadanía No. 52.222.501.

-**LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), identificado con la cédula de ciudadanía No. 19.274.492.

-**DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.010.161.308.

-**A.R. TRIPLEA S.A.S. (AR TRIPLEA)**, identificada con NIT 830.083.272-3.

-**COMFINAGRO**, identificada con NIT 805.023.598-1.

-**JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.277.315.

1. Síntesis de la imputación

¹ Mediante el oficio con radicado No. 18-75588-146, **MARÍA INÉS FONSECA QUIROGA**, liquidadora de la sociedad **INVERSIONES BAALBEK LTDA.**, allegó el Auto No. 17022 del 28 de junio de 2017 proferido por la Coordinadora del Grupo de Liquidaciones de la Superintendencia de Sociedades, por medio del cual se aprobó la "rendición de cuentas finales de gestión de la liquidación con corte al 31 de marzo de 2017, de la Sociedad Inversiones Baalbek Ltda. en liquidación judicial" y, en consecuencia, se archivó el expediente del proceso liquidatorio de dicha sociedad. Folios 4117 a 4122 del cuaderno público No. 22.

Mediante la Resolución No. 34188 de 2018², la Delegatura, con fundamento en el material probatorio recaudado en la etapa de averiguación preliminar³, ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra los siguientes agentes del mercado: **LHO, IBEASER, CATALINSA, PROLAC, BAALBEK, HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**).

Lo anterior, con el fin de determinar si dichos agentes de mercado habrían incurrido en el acuerdo restrictivo de la libre competencia descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la 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, en el curso de los procesos de selección abreviada (procesos de selección) adelantados en el Mercado de Compras Públicas (**MCP**) administrado por la **BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA (BMC)** para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes (**BCTU**) por parte de la **AGENCIA LOGÍSTICA DE LAS FUERZAS MILITARES (ALFM)** entre los años 2011 a 2018.

Así mismo, la Delegatura ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos contra las siguientes personas: **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **RONALD HERNANDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**), **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**), **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), **AR TRIPLEA, COMFINAGRO** y **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**).

Lo anterior, para determinar si estas personas habrían incurrido en las conductas descritas 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 procesos de selección materia de investigación por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la conducta anticompetitiva imputada a los agentes de mercado previamente relacionados.

En el mismo sentido, la Delegatura ordenó abrir investigación y formular pliego de cargos, de manera subsidiaria a la imputación principal, contra **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), a fin de establecer 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, en los referidos procesos de selección.

En síntesis, con base en la evaluación del material probatorio recaudado en la etapa de averiguación preliminar la Delegatura afirmó que, en el marco de los procesos de selección adelantados por lo menos desde el año 2011 y hasta marzo de 2018, de manera continuada los potenciales proveedores de las comidas listas⁴ y la panadería larga vida que integran las raciones de campaña⁵ que serían adquiridas por la **ALFM** a través del **MCP** de la **BMC**, habrían

² Folio 3046 a 3075 del cuaderno público No. 16.

³ El material probatorio fue recaudado en las visitas administrativas realizadas en el curso de las actuaciones administrativas radicadas con los números 15-294203 y 17-48794, trasladado a la presente actuación administrativa. También se obtuvo en las visitas administrativas realizadas a la **BMC, IBEASER, CATALINSA** y **COMFINAGRO** (las actas de visitas administrativas obran en los folios 38 a 76 del cuaderno público No. 1, 2546 a 2561 del cuaderno público No. 13 y 2922 a 3033 del cuaderno público No. 16).

⁴ Según la Norma Técnica Militar, la comida lista es aquella previamente preparada, sazónada y empacada como una unidad al vacío, esterilizada en bolsas flexibles termo selladas, permitiendo así la facilidad de transporte por su bajo peso, su fácil consumo y apertura, cuyo contenido se puede consumir sin requerimientos adicionales de cocción.

⁵ "Su definición técnica es la de: **paquete de alimentos que emplean las Fuerzas Militares para nutrir a sus miembros en desarrollo de operaciones especiales.** (...). Para condiciones extremas la ración moderna, por su parte, ha sido diseñada para cubrir las necesidades alimenticias de un individuo en condiciones extremas de ejercicio físico y alta tensión emocional durante 24 horas. Este paquete reúne diversas características técnico-

celebrado un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica. Tal acuerdo habría tenido como propósito suprimir las presiones competitivas que debían generarse en las ruedas de negociación de dichos procesos de selección.

Según se explicó en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, en un número considerable de procesos de selección que habrían tenido lugar en el período referido, luego de publicados los boletines informativos por parte de la **BMC** y antes de la rueda de negociación de los productos, los participantes del acuerdo se habrían distribuido entre ellos los productos materia de negociación, así como las cantidades requeridas por la entidad pública contratante. Coordinados estos aspectos, los agentes del mercado habrían dado instrucciones a los operadores de la Sociedad Comisionista de Bolsa (**SCB**) que los representaban en la rueda de negociación, con el propósito de materializar el contenido del acuerdo en los procesos en los que tuvo lugar.

Con el fin de sustentar lo anterior, en la resolución de apertura se desarrollaron los siguientes aspectos:

En primer lugar, se realizó un recuento de las normas de contratación estatal que permiten acudir a Bolsas de Productos —como lo es la **BMC**— para la adquisición de **BCTU**, como lo son las comidas listas y la panadería larga vida que integran las raciones de campaña.

En segundo lugar, con fundamento en el reglamento de la **BMC** se presentó un recuento de las fases que se deben agotar en el **MCP** administrado por esa entidad para la adquisición de las comidas listas y la panadería larga vida.

En tercer lugar, en la resolución se afirmó que hubo dos aspectos que habrían facilitado la realización del acuerdo y su materialización. El primer aspecto consistió en que varias de las empresas investigadas se podrían encontrar bajo el control de dos grupos familiares —los Almansa y los Villalobos—, cuyos miembros tendrían la capacidad de dirigir la toma de decisiones, por un lado, en **LHO** e **IBEASER** y, por el otro, en **CATALINSA**. Según la resolución de apertura, esta situación habría propiciado condiciones favorables para adelantar la conducta anticompetitiva materia de investigación, como quiera que a las compañías que se encuentran bajo ese control se les habría facilitado coordinar su comportamiento entre ellas, así como con las demás empresas que habrían participado en el acuerdo investigado.

En lo que atañe a la familia Almansa, es decir, la relación entre **LHO**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) e **IBEASER**, la Delegatura expuso documentos (certificados de existencia y representación legal y acta de junta de socios) y correos electrónicos en los cuales se evidenciaría que entre estos tres agentes existirían relaciones relevantes, en virtud de: (i) las relaciones de consanguinidad entre las personas que dirigen esas empresas, pues los representantes legales de **LHO** e **IBEASER** son hermanos; (ii) la similitud de los objetos sociales de **LHO** e **IBEASER**; (iii) las instrucciones que **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) impartiría en **IBEASER**; (iv) las consultas que **LHO** hacía a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) respecto del giro ordinario de sus negocios; y (v) la participación de estas dos sociedades en estructuras plurales para presentarse y atender la ejecución del suministro de comidas listas y panadería larga vida con destino a la **ALFM**.

tácticas entre las que se destacan las siguientes: Fácil transporte, tamaño reducido, peso mínimo, fácil distribución en la mochila y bolsillos del soldado y facilidad de consumo en frío sin previa preparación. Los alimentos que integran la ración de campaña se han clasificado en diferentes grupos a saber: plato principal, acompañamiento, postre, bebidas concentradas, elementos auxiliares y energéticos. Ejemplo de la composición de una de estas raciones es el siguiente: Mixto de frijol (220 gramos), sudado de papa con carne (220 gramos), mani (50 gramos), azúcar (cinco gramos), caldo (cubo de 10 gramos), chocolate en polvo (30 gramos), sobres de café (dos gramos), dulces (6 unidades), galletas de coco (15 gramos), leche azucarada (30 gramos), panela (150 gramos), pastilla de Complejo B, pastilla de sal, pastilla de puritab, refrescos en sobre (dos de 70 gramos) y trocillos (30 gramos). Su empaque y consumo, utilizable tanto en operaciones regulares como irregulares, lo mismo que en áreas rurales y urbanas, el empaque garantiza la calidad de los alimentos y su conservación por un período mínimo de seis meses". Recuperado de <https://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-167474>, en fecha 10 de julio de 2019.

En lo que se refiere a la relación de la familia Villalobos —**LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) y **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**)— con **MAUROS FOOD**, la Delegatura, con fundamento en documentos que reposan en el expediente, expuso que existiría una conexidad entre tales personas, al punto que: (i) **CATALINSA** opera en el mercado como sucesora de **MAUROS FOOD**, lo cual se evidenciaría con la coincidencia en su objeto social, utilización del mismo mobiliario, mismas direcciones de inmuebles y vinculación de la misma fuerza laboral; y (ii) quienes eran accionistas de **MAUROS FOOD**, esto es, **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) y **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), ahora tienen cargos de asesoría en **CATALINSA**.

Una vez demostrada la conexidad entre esas empresas, en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos se presentaron diversos indicios que, valorados en conjunto, permitían concluir que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) determinaría el comportamiento competitivo de **CATALINSA** en los procesos objeto de investigación.

En cuanto al segundo aspecto, la Delegatura destacó que el material recaudado hasta la apertura de investigación revelaría que, dentro del considerable conjunto de procesos respecto de los cuales habría operado el acuerdo restrictivo de la libre competencia económica, frecuentemente un mismo operador⁶ —**JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**)— había recibido mandato para actuar por cuenta de más de una empresa proveedora investigada en las mismas operaciones que se celebrarían en las ruedas de negociación. Sobre esa base, en la resolución referida también se señaló que tal circunstancia, además de que habría conllevado un incumplimiento del régimen de conflicto de intereses aplicables a la actividad de la **BMC**, habría generado un escenario que facilitaría la ejecución del acuerdo celebrado por los agentes del mercado, puesto que el referido operador habría sido el instrumento para materializarlo en las ruedas de negociación.

En lo que atañe al comportamiento de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), la Delegatura destacó que este investigado fue operador adscrito a las **SCB** (i) **COMFINAGRO** y (ii) **AR TRIPLEA OPERADORES DE BOLSA**. En relación con **COMFINAGRO**, la Delegatura indicó que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), además de haber sido operador, tuvo otras calidades en esta **SCB**, ya que fue: (i) miembro suplente de la junta directiva de **COMFINAGRO**, según consta en el registro mercantil; (ii) administrador de la sucursal de **COMFINAGRO** en la ciudad de Bogotá, según consta en actas de junta directiva 107 del 7 de julio de 2011 y 107B del 16 de agosto de 2011⁷; y (iii) accionista de **COMFINAGRO**, con una participación del 12.95%, según consta en el reporte de información financiera y en las notas a los estados financieros para la vigencia fiscal 2015 a 2016. Respecto a **AR TRIPLEA**, la Delegatura destacó que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) actuó como operador de esta **SCB** durante el año 2011⁸.

En cuarto lugar, una vez explicados los distintos aspectos que habrían facilitado el presunto acuerdo restrictivo de la competencia y las consideraciones respecto a cada uno de los investigados la Delegatura expuso, a manera de ejemplo, algunos boletines informativos en los que se habría concretado el acuerdo consistente en coordinar su participación en los procesos de selección de los productos de comidas listas y panadería larga vida requeridos por la **ALFM**, en el escenario del **MCP** administrado por la **BMC**, desde por lo menos el año 2011.

⁶ Según el reglamento de la **BMC**, el operador es un profesional que pertenece a una **SCB**, quien actúa en virtud de un mandato en la Rueda de Negocios o en cualquier sistema de negociación o de registro administrado por la **BMC** para ejecutar operaciones sobre bienes y productos agropecuarios, agroindustriales y otros *commodities*, así como servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados y contratos que puedan transarse en los mercados administrados por la **BMC**. Este profesional ejecuta en la rueda de negociación las órdenes de su cliente. Cfr. Artículo 1.6.3.1. del reglamento de funcionamiento y operación de la **BMC**.

⁷ Folio 643 del cuaderno público No. 4.

⁸ En la resolución de apertura de investigación y formulación esta conclusión se encontró soportada mediante el material aportado por la **BMC** que versa sobre el desarrollo de las ruedas de negociación (cuaderno reservado No. 1).

Sobre este punto, enfatizó en que la investigación cobijaba todo el comportamiento anticompetitivo desplegado por los investigados con la inclusión, claro está, de aquellos eventos en los que se hubiera materializado dicho comportamiento en diferentes operaciones contenidas en los boletines informativos de la **BMC**. De ese modo, tal circunstancia acarrearía dos consecuencias. Por un lado, que el comportamiento imputado mediante la resolución de apertura de investigación tendría el carácter de continuado; por el otro, que si en el curso de la investigación se acreditaba la celebración del acuerdo en boletines informativos adicionales a los que fueron expuestos en la resolución de apertura de investigación, la Superintendencia de Industria y Comercio (Superintendencia) podría tomar decisiones frente a dichos boletines adicionales.

En consonancia con lo anterior, la Delegatura expuso 17 boletines informativos respecto de los cuales se habría celebrado y materializado un acuerdo restrictivo de la competencia, ocurrido desde el año 2011 a 2015. En ese sentido, y con fundamento en: (i) documentos de Excel extraídos de los computadores de los investigados; (ii) correos electrónicos con documentos adjuntos en los que se advertía la distribución entre las empresas investigadas por productos y cantidades requeridas por la **ALFM**; (iii) chats de WhatsApp; y (iv) los resultados de las ruedas de negociación, la Delegatura determinó que, luego de publicados los boletines informativos por parte de la **BMC**, que describían las operaciones que se iban a adelantar en el marco de las ruedas de negociación correspondientes, los investigados procedían a cruzar entre sí información que, en algunos casos, incluía cuadros de distribución en los que se indicaba el beneficiario, cantidad, precio e inclusive el porcentaje de la operación.

De la misma forma, la Delegatura realizó un ejercicio comparativo entre la distribución previa que habrían efectuado los investigados y la forma en la que efectivamente se había dado la adjudicación en las operaciones realizadas en las ruedas de negociación. Con ese ejercicio evidenció que existieron altos porcentajes de coincidencia, incluidos algunos casos en donde ésta fue del 100%. De este análisis, la Delegatura consideró que la distribución previa adelantada entre los proveedores se habría materializado con alto grado de correspondencia en las ruedas de negociación, en la forma en la que lo habrían acordado los investigados.

Adicional a ello, y de manera igualmente coincidente, la Delegatura advirtió que en esos boletines informativos el operador **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) representó en las mismas operaciones a varias empresas, esto es, **CATALINSA** e **IBEASER**, supuestamente competidoras.

Además, la Delegatura encontró acreditado que en la mayoría de las operaciones desarrolladas en las ruedas de negociación de los productos que eran solicitados en los boletines informativos objeto de análisis, pese a que existía más de un proveedor habilitado por la punta vendedora para determinado producto, no se observó la dinámica competitiva usual en un mercado sujeto a verdaderas presiones competitivas. En efecto, con posterioridad a la habilitación, y una vez alguno de ellos —precisamente aquel a quien se le había adjudicado cada producto, con base en la distribución que de manera privada y anticompetitiva habrían realizado los investigados— manifestaba el “*conforme*”, los demás habilitados no realizaron pujas a la baja encaminadas a mejorar la oferta para la entidad contratante y así aumentar las probabilidades de resultar ganadores del negocio de venta de las comidas listas y la panadería larga vida.

En quinto lugar, con la finalidad de evidenciar la idoneidad de la conducta para limitar uno de los propósitos que persigue garantizar el régimen de la libre competencia económica, esto es, la eficiencia, la Delegatura realizó un contraste entre aquellas operaciones en las que únicamente participaron los investigados con aquellas en las que, junto a los investigados, participaron otros agentes del mercado. La Delegatura concluyó que en este último escenario se presentaba rivalidad en la operación llevada a cabo en la rueda de negociación y, en consecuencia, existieron sucesivas pujas a la baja. Esta dinámica competitiva habría conducido a que el precio final de adjudicación fuera más favorable para la entidad contratante.

En sexto lugar, en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos se resaltó que, con posterioridad al año 2015, los agentes investigados continuaron participando, a través de sus **SCB**, en el **MCP** de la **BMC** para los mismos grupos de productos requeridos por

la **ALFM** (comidas listas y panadería larga vida). Adicionalmente, en la mencionada resolución se advirtió que en este período se presentaban circunstancias similares a las ocurridas en el período comprendido entre el año 2011 a 2015, esto es, que: (i) **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) actuó como operador común de varias de las empresas; (ii) la provisión de comidas listas y panadería larga vida siguió siendo adjudicada, en buena parte, a los investigados participantes del acuerdo investigado; y (iii) en las ruedas de negociación no existieron pujas a la baja. Con fundamento en lo anterior, la Delegatura afirmó que resultaba razonable considerar que el comportamiento restrictivo de la competencia tenía el carácter de continuado y que se habría extendido al período comprendido entre los años 2016 a 2018.

A partir de lo anterior, la Delegatura concluyó que las empresas **CATALINSA**, **LHO**, **IBEASER**, **PROLAC** y **BAALBEK**—liquidada judicialmente— presuntamente habrían actuado como agentes del mercado y, además, que habrían incurrido en la vulneración de las disposiciones sobre protección de la competencia al celebrar y ejecutar de manera ininterrumpida un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica en el marco de los procesos de selección adelantados por la **ALFM** para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida en el escenario de la **BMC**. Por estas razones, la Delegatura les imputó responsabilidad directa 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.

La misma modalidad de responsabilidad le fue imputada a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), en la medida en que habrían actuado como controlantes de **CATALINSA** —el primero de ellos— y de **IBEASER** —el segundo—. Lo anterior, por cuanto existía evidencia que indicaba que tenían la capacidad de determinar el desempeño competitivo de las empresas en los procesos de selección objeto de la presente investigación.

Además, la Delegatura determinó que existían suficientes elementos de juicio para considerar que otros sujetos habrían colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la ocurrencia del acuerdo contrario a la libre competencia económica imputado en la citada resolución, así:

| Personas vinculadas con los agentes del mercado | Conducta en la que habría incurrido, según el material probatorio recaudado en la etapa de averiguación preliminar |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de LHO), ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO (representante legal suplente de PROLAC), RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN (director financiero de LHO), HERNANDO PRIETO MOLINA (gerente administrativo y financiero de IBEASER) y LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (apoderado y consultor externo de CATALINSA)</p> | <p>Habrían participado, por su acción o por omisión, en la ocurrencia del acuerdo restrictivo investigado al tomar parte de las comunicaciones mediante las cuales los potenciales proveedores de comidas listas y panadería larga vida habrían celebrado y materializado la distribución de los productos en los procesos de selección que interesan en esta actuación administrativa.</p> |
| <p>WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal y gerente de CATALINSA) y CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN (representante legal y subgerente de CATALINSA)</p> | <p>Aunque no fueron mencionados en las comunicaciones en las que se habría distribuido la adjudicación de los productos, los investigados habrían contribuido, con su acción y omisión, con la celebración y ejecución del presunto acuerdo restrictivo materia de investigación, ya que el comportamiento anticompetitivo imputado a CATALINSA no habría podido llevarse a cabo sin su conocimiento y participación.</p> |

| | |
|------------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| <p>DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ (directora jurídica de CATALINSA)</p> | <p>-Habría contribuido a ocultar el control que HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA) ejercía sobre CATALINSA.</p> <p>-Conservaba en su computador un contrato de cuentas en participación celebrado entre CATALINSA y LHO, mediante el cual se habría podido llevar a cabo un comportamiento coordinado en el marco de procesos de selección que se realizarían durante el año 2012 para el suministro de productos alimenticios a la ALFM por medio de la BMC.</p> <p>-En consecuencia, habría participado, por su acción u omisión, en los comportamientos restrictivos de la libre competencia económica imputados a CATALINSA.</p> |
| <p>AR TRIPLEA y COMFINAGRO</p> | <p>-JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA) fue operador de AR TRIPLEA y de COMFINAGRO.</p> <p>En lo que se refiere a COMFINAGRO, además, tuvo la calidad de representante de la agencia que la compañía tiene en Bogotá, D.C., y fue miembro suplente de su junta directiva.</p> <p>-Habrían participado en la ejecución del acuerdo anticompetitivo materia de investigación por incumplir su deber de diligencia, tanto en la elección de sus agentes, como en el control del comportamiento de esos funcionarios en el desarrollo de sus actividades, en la medida que habrían permitido que varios de los agentes del mercado investigados actuaran por medio del mismo operador, esto es, JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA), para las mismas operaciones en el marco de las ruedas de negociación objeto de investigación.</p> |
| <p>JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA)</p> | <p>-Habría contribuido con la realización y ejecución del acuerdo anticompetitivo analizado, puesto que:</p> <p>(i) Habría actuado en el mercado a pesar de la existencia de conflictos de intereses entre los proponentes que participaron en el comportamiento anticompetitivo.</p> <p>(ii) No solo habría conocido el acuerdo anticompetitivo en cuestión, sino que además —y de manera contraria a sus deberes legales, regulatorios y éticos— habría materializado ese acuerdo en las ruedas de negociación.</p> |

2. Defensa de los investigados

En primer lugar, la Delegatura destaca que **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y asesor externo de **CATALINSA**) no presentó descargos en el desarrollo de la presente actuación administrativa.

En el mismo sentido, la investigada **BAALBEK** —liquidada judicialmente— no presentó descargos. Así, en el escrito radicado SIC No. 18-075588-0146⁹, **MARÍA INÉS FONSECA QUIROGA**, por medio de apoderado y actuando como agente liquidadora de **BAALBEK LTDA.**, se limitó a informar que esta sociedad se encuentra liquidada por mandato judicial, lo cual se evidenciaba mediante el auto del 28 de junio de 2017, proferido en el marco del proceso radicado 2017-01-340836.

En segundo lugar, en los escritos de descargos correspondientes y durante la audiencia de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, los investigados formularon los siguientes argumentos:

2.1. Respeto del control de las empresas por parte de grupos familiares

2.1.1. Respeto de la relación entre LHO, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (gerente y representante legal de IBEASER) e IBEASER

LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de LHO), **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de LHO), **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de IBEASER)¹⁰ afirmaron que **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) no ejerce ningún control sobre LHO. Según estos investigados, en la Resolución No. 34188 de 2018 la Delegatura no presentó pruebas que acreditaran la situación de control prevista en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio y en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.

Ahora bien, respecto del control de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) sobre IBEASER, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de IBEASER) indicaron que, con anterioridad a la presente actuación administrativa, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) había registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá el control que ejerce sobre las sociedades subordinadas **IBEROAMERICANA DE EMPAQUES LTDA.**, **IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS —IBEASER—**, **IBEROAMERICANA HOTELERA S.A.S.** e **IBEACON S.A.S.**, sin incluir a LHO. Pese a ello, afirmaron que las conductas anticompetitivas objeto de investigación fueron desarrolladas por IBEASER directamente y no por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) como controlante, “*persona natural matriz de Ibeaser*”. Sobre esa base concluyeron que “[n]o existe responsabilidad automática” de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER), como representante legal de IBEASER, por las conductas anticompetitivas en las que incurra la empresa¹¹, si se llegare a demostrar que existieron.

LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de LHO), **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de LHO), **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de IBEASER) se pronunciaron respecto del correo electrónico con el cual la Delegatura sostuvo que entre LHO e IBEASER existían relaciones de mutua colaboración. El documento corresponde a la comunicación en la cual **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO) se dirige al personal de IBEASER, incluido **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER), para

⁹ Folio 4110 al 4122 del cuaderno público No. 22. Oficio radicado SIC No. 18-075588-0146 de 16 de julio de 2018.

¹⁰ Folio 3674 al 3727. Oficio radicado SIC No. 18-075588-00132 de 11 de julio de 2018 del cuaderno público 20 y folio 3728 al 3765 del cuaderno público No. 20. Oficio radicado SIC No. 18-075588-0133 de 11 de julio de 2018.

¹¹ Folio 3732 del cuaderno público No. 20.

impartir instrucciones relacionadas con una operación de la ALFM. Expresaron que de ese correo electrónico no se puede deducir que **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO) imparte instrucciones al personal de **IBEASER**. En su opinión, el correo solamente da cuenta de “*una colaboración autorizada por el sr. Juan Carlos Almansa Latorre*”¹², propia de las relaciones comerciales entre ellos, servicio por el cual se expidió la correspondiente factura de venta.

Igualmente, anotaron que el correo electrónico por medio del cual **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO) agradeció al personal de **IBEASER** por la colaboración prestada en una operación específica, esto es, “*sellado de galletas*”, únicamente indica la “*inusual*” colaboración prestada por **IBEASER** a LHO para superar esa necesidad¹³. En ese sentido, **LHO**, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO), **RONALD HERNANDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de LHO), **IBEASER**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) advirtieron que solicitar colaboración para el cumplimiento de metas no generaba afectación al mercado y menos a la libre competencia.

2.1.2. Respecto de la relación entre LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (apoderado y consultor externo de CATALINSA), HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA), MAUROS FOOD y CATALINSA y el control de HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA) sobre CATALINSA

Ahora bien, en cuanto al control de la empresa **CATALINSA** por parte de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**) afirmaron que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** no tiene la calidad de controlante de **CATALINSA**.

Al respecto, estos investigados argumentaron que, a pesar de que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) ha desempeñado un papel importante en la sociedad a la cual se encuentra vinculado como asesor externo, las recomendaciones e indicaciones de aquel están sujetas a la aprobación de las directivas de dicha empresa. De manera que, según lo aseguraron los investigados, las decisiones son tomadas por los miembros directivos de la empresa mencionada. En el mismo sentido, indicaron que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) “*tiene gran experiencia en el mercado de la contratación pública*”, circunstancia que motiva el encargo de diversas funciones “*de vital importancia para el desarrollo de las actividades comerciales*” de **CATALINSA**.

En cuanto al uso del correo electrónico “*gerencia@catallinsa.co*” por parte de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), **CATALINSA** alegó que este hecho no prueba el control sino que obra como evidencia de la asesoría que prestaba esta persona. Destacó que la cuenta de correo electrónico anotada es controlada por la gerencia y que los representantes legales tienen acceso a esta con el fin de conocer las actividades realizadas por el asesor en mención.

En relación con el correo de fecha 4 de febrero de 2014, citado en el numeral 8.5.12. de la Resolución No. 34188 de 2018, contenido del acta de asamblea de **CATALINSA**, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) afirmó que ajustó el acta “*conforme a las instrucciones de Don Mauricio*” y señaló que se trataba de un seguimiento de recomendaciones, así como del cumplimiento de sus deberes como asesora jurídica¹⁴.

¹² Folio 3685 del cuaderno público No. 20.

¹³ Folio 3686 a 3687 del cuaderno público No. 20.

¹⁴ Folio 3394 al 3401 del cuaderno público No. 18, oficio radicado SIC No. 18-075588-0119 de 3 de julio de 2018.

Por último, los investigados señalaron que la circunstancia de que el contador de **CATALINSA** hubiera sido el contador de **MAUROS FOOD** no revela el control por parte de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**). Ello sólo indicaría que fue un buen trabajador en aquella empresa y que por esa razón fue contratado en **CATALINSA**. Ahora bien, en lo que se refiere a la coincidencia del domicilio social entre **CATALINSA** y **MAUROS FOOD**, tampoco era un indicio suficiente para acreditar el control. Sobre este aspecto señalaron que actualmente es usual el uso compartido de espacios de trabajo.

En este punto es importante destacar que **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y asesor externo de **CATALINSA**) no presentó descargos en el desarrollo de la presente actuación. No obstante lo anterior, en su declaración y en el marco de la audiencia de que trata el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, afirmó que en la empresa **CATALINSA** se encarga solamente de la parte de producción, pues sostuvo: *“yo de la parte de negocios, de ventas, no tengo ni idea”*¹⁵. En el mismo sentido, mencionó que se limitaba a recibir órdenes de la gerencia de **CATALINSA**, que le informa lo que debe producirse en la planta. En definitiva, expuso que no participa en nada relacionado con la parte de ventas y que, por tal razón, desconoce la existencia de un posible control de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) sobre **CATALINSA**.

2.2. En referencia a uno de los aspectos que facilitó el acuerdo, consistente en que un mismo operador representaba a varios proveedores

2.2.1. **LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **CATALINSA, HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**) no se pronunciaron sobre la circunstancia consistente en que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) representó a más de un investigado habilitado para participar por los mismos productos en el marco de una rueda de negociación.

2.2.2. Por su parte, **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) manifestaron que **PROLAC** siempre actuó mediante las **SCB TORRES CORTÉS** y **REYKA OPERADORES S.A.** En el mismo sentido, indicaron que en las ruedas de negociación en las que participó **PROLAC**, tales **SCB** únicamente representaban a esta empresa, situación que imposibilitaba que **PROLAC** conociera el precio con el cual los demás participantes del mercado iban a ofertar y que, a su vez, los demás actores conocieran los productos y los precios con los que participaría **PROLAC**. Así las cosas, destacaron que su conducta no se enmarcaba en el segundo aspecto que, según la Delegatura, habría facilitado el acuerdo anticompetitivo.

No obstante lo anterior, **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) señalaron que la circunstancia de que un mismo operador, miembro de una **SCB**, represente los intereses de dos o más personas en una misma negociación, se encuentra prohibido por el reglamento de la **BMC** y los deberes especiales de las **SCB** dispuestos en dicha reglamentación, habida cuenta de que en tal supuesto el operador se encontraría inmerso en un conflicto de intereses¹⁶.

2.2.3. **AR TRIPLEA** afirmó, entre otras, que el hecho de tener un mandante como representante en la misma rueda de negociación de dos empresas, no implicaba omisión en la observancia de

¹⁵ Folio 6261 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**. Minuto 17:07).

¹⁶ Folio 4156 a 4157 del cuaderno público No. 22.

las normas del mercado de valores, ni constituía un conflicto de intereses porque cada uno de los clientes se presentó, aunque en la misma rueda, a productos diferentes. Así, no se vulneró ninguna norma del mercado y, por ende, no es posible plantear omisiones en el control desarrollado por esta **SCB**.

2.2.4. Respecto de la omisión imputada a **COMFINAGRO**¹⁷, según la cual representó a más de un investigado habilitado para participar por los mismos productos en el marco de una rueda de negociación, esta investigada manifestó lo siguiente:

2.2.4.1. En primer lugar, señaló que hubo indeterminación en la imputación porque la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos no señaló cuáles eran los controles que se habían omitido, ni cómo la actuación de **COMFINAGRO** fue “(...) *determinante para la realización del acuerdo restrictivo de la competencia que se le imputa a los demás investigados (...)*”¹⁸. A juicio de esta investigada, le resultaba imposible ejercer materialmente la contradicción respecto de las imputaciones realizadas.

2.2.4.2. En segundo lugar, pese a la tesis de defensa consistente en la indeterminación del cargo, **COMFINAGRO** señaló que los hechos investigados ocurrieron por fuera de su ámbito de control, razón por la cual no habría omitido ningún deber. Para sostener esta afirmación, **COMFINAGRO** advirtió que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) “*tomó todas las medidas para ocultar a Comfinagro la forma como administraba los negocios de sus clientes y específicamente el acuerdo que contra ellas se imputa*”¹⁹. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) utilizó canales de comunicación distintos a los institucionales con el propósito de desarrollar conductas “*aparentemente ilegítimas*”²⁰, razón que habría dificultado aún más la capacidad de dicha **SCB** de detectar este comportamiento.

COMFINAGRO agregó que estas circunstancias fueron ocultadas por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) precisamente porque el investigado conocía que bajo ninguna circunstancia “*contaría con la aprobación de Comfinagro para tales efectos y, por el contrario, que tenía que tener presente, que de llegar a conocerse eso por parte de la SCB, no solo las desaprobaría, sino que además tomaría las medidas correspondientes*”²¹.

Así, reiteró que las conductas de este operador fueron ejecutadas “*motu proprio (sic)*”²², sin intervención de alguna otra persona natural vinculada a la **SCB** investigada ni con su consentimiento, conocimiento, aprobación o tolerancia, habida cuenta que **COMFINAGRO** solo participó en la etapa de habilitación²³ de las empresas interesadas en presentar posturas ante la **BMC** y, luego de realizada la rueda de negociación, en el acompañamiento del cliente en la fase de ejecución de los negocios que se cierran en el **MCP**.

COMFINAGRO afirmó que las **SCB** tan solo cumplen un “*rol operativo*”²⁴, razón por la cual la información que conocen y administran es menor que aquella que conoce la **BMC** como administradora del escenario del **MCP**. Así las cosas, señaló que es la **BMC** —específicamente el presidente de rueda, en el marco de sus funciones—, a quien le corresponde verificar y revisar las condiciones de participación en la rueda de negociación²⁵ e informar cuando se presente alguna sospecha respecto a irregularidades que contradigan la reglamentación del **MCP**²⁶.

De este modo, **COMFINAGRO** destacó que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) era el llamado a advertir, en un primer momento, el conflicto de

¹⁷Folio 3515 al 3558 del cuaderno público No. 19. Oficio radicado SIC No. 18-075588-0130, de fecha 10 de julio de 2018.

¹⁸ Folio 3522, ibídem.

¹⁹ Folio 3532, ibídem.

²⁰ Folio 3550, ibídem.

²¹ Cfr. Folio 3550.

²² Folio 3537, ibídem.

²³ Cfr. Folio 3537.

²⁴ Folio 3536, ibídem.

²⁵ Artículo 3.6.2.1.2.12 (revisión y verificación de las condiciones de participación en la rueda de negociación). Cfr. Reglamento de la Bolsa Mercantil de Colombia. Pág. 140.

²⁶ Artículo 1.6.5.1. (obligaciones de los miembros). Cfr. Ibídem. Pág. 38.

intereses en el cual habría incurrido, según la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos y, si ello no ocurrió así, la **BMC** habría podido advertirlo con posterioridad, dada la posición que detenta en el **MCP**.

2.2.4.3. En tercer lugar, en cuanto a la representación de **COMFINAGRO** respecto de varios clientes por "*diferentes productos*", destacó que el reglamento de la **BMC** permite que se reciban mandatos de dos o más clientes para una rueda de negociación, en la cual serán transados varios productos.

En consecuencia, **COMFINAGRO** manifestó que no es de extrañar que una **SCB** reciba dos mandatos de dos clientes interesados en un mismo negocio, pues la propia regulación de la **BMC** lo permite, sin que ello implique por sí mismo la existencia de una irregularidad o una violación del régimen de competencia. No obstante lo anterior, un operador de una misma **SCB** no debería representar el interés de varios competidores, situación que podría resolverse por parte de la **SCB** enviando a dos operadores a una misma rueda de negociación, con el fin de que cada uno de ellos represente los intereses de cada cliente, u optando por zanjar este conflicto de conformidad con lo anotado en el Libro Electrónico de Registro de Órdenes, dando prelación al cliente que primero acudió a **COMFINAGRO**, de acuerdo con lo previsto por el reglamento de la **BMC** y demás normas concordantes²⁷.

2.2.5. En lo que se relaciona con la representación de varios proveedores por parte de un mismo operador, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) manifestó que, en el marco de sus funciones como operador de **SCB**, se limitaba a la ejecución de las órdenes que le eran impartidas por sus mandantes. Así, sus clientes eran quienes "*definían de manera previa a cuáles de las operaciones indicadas en cada boletín se presentarían y cuáles no, para cuáles alimentos en particular, en qué fechas específicas y hasta por qué (sic) valor presentarían sus propuestas o las respectivas pujas*"²⁸, lo cual demuestra que las ofertas habían sido previamente definidas por los mandantes.

Respecto a la habilitación de varios clientes para participar en la totalidad de las operaciones consignadas en un boletín informativo, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) afirmó que habilitarse por más productos respecto de los cuales no se iba a pujar en la rueda de negociación era una "*práctica habitual*"²⁹ por parte de las diferentes **SCB** que actúan en el **MCP**.

Por otra parte, manifestó de manera categórica que no incurrió en conflicto de intereses. Sobre este punto, señaló que ese tipo de conflictos se generan por presentar oferta en la rueda de negociación por un mismo alimento, cuestión que no sucedió. Ahora bien, también destacó que, de manera posterior a la apertura de investigación, la **BMC** modificó su reglamento y "*dio una definición distinta de lo que es un conflicto de interés, pero por supuesto esa definición no podría, desde ningún punto de vista, pretender hacerse retroactiva al presente caso*"³⁰.

Sobre esa defensa, el investigado indicó que ninguna prueba acreditó su participación en reuniones, en algún acuerdo o en la definición de procesos de selección. Además, indicó que no se encontró en el expediente prueba alguna que demostrara su conocimiento respecto del acuerdo anticompetitivo investigado. En consecuencia, resaltó que no está probado, más allá de toda duda razonable: (i) el comportamiento imputado; y (ii) la modalidad en la que supuestamente lo habría cometido, esto es, a título de dolo o culpa, tal y como lo exige la reciente jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca³¹.

2.3. En relación con la existencia y/o naturaleza del acuerdo anticompetitivo

²⁷ Folio 3543, *ibidem*.

²⁸ Folio 3456, *ibidem*. Oficio radicado SIC No. 18-075588-00128, de fecha 10 de julio de 2018.

²⁹ Folio 3458, *ibidem*.

³⁰ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 53:30 a 53:45.

³¹ El investigado se refiere a la sentencia de 19 de octubre de 2018, dictada por la Sección Primera, Subsección B, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Claudia Sterling Posada contra la Superintendencia de Industria y Comercio, radicado No. 11001-33-31-001-2012-00156-03.

2.3.1. LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de LHO) y **RONALD HERNANDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de LHO) afirmaron que, con el propósito de “*cubrir*” las particularidades del suministro de comidas listas y panadería larga vida, se requerían “*coordinaciones específicas*” entre los oferentes de esos productos para atender la demanda de la **ALFM**³².

2.3.2. Por su parte, **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de IBEASER)³³ tampoco desconocieron la conducta descrita por la Resolución No. 34188 de 2018. Sin embargo, manifestaron que ella no tenía carácter restrictivo de la competencia, de manera que no podía considerarse como aquella conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992³⁴.

2.3.3. En contraste, **CATALINSA** desconoció la existencia del acuerdo imputado. Al respecto, señaló que la presentación de su oferta en las ruedas de negociación obedeció a una decisión independiente fundada en su capacidad de producción, la cual está determinada por la capacidad instalada de la empresa. Así, los casos en los cuales se habilitó para participar por ciertos productos, aunque luego se hubiere abstenido de pujar por los mismos, se debió a que, para ese momento, la empresa no tenía una capacidad real de producción de todos los productos para los cuales se habilitó.

Por otro lado, frente a la coordinación imputada a los agentes del mercado en el marco de la ejecución del suministro derivado de las adjudicaciones de productos en las ruedas de negociación, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de CATALINSA) reconoció que proyectó el contrato de cuentas en participación entre CATALINSA y LHO mencionado en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos. No obstante lo anterior, señaló que la redacción de dicho contrato no supone, por sí sola, una práctica restrictiva de la competencia, pues se trata de una figura contractual legal en el ordenamiento jurídico. En el mismo sentido, aclaró que se trata de un modelo de contrato, que le suministró **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA) con el fin de que fuera utilizado para la proyección de otro contrato que, finalmente, no fue suscrito.

2.3.4. PROLAC y ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO (representante legal suplente de PROLAC)³⁵ afirmaron que no han participado en las conductas anticompetitivas descritas en la resolución de apertura. Para sostener su tesis de defensa manifestaron que PROLAC decidía de manera independiente cómo participar en las ruedas de negociación, qué productos ofrecer y el precio a ofertar.

Sobre el primer aspecto, los investigados manifestaron que su decisión respecto de los productos a ofertar se basaba “*en su capacidad máxima instalada*”. En ese sentido, señalaron que PROLAC tiene una capacidad instalada limitada lo cual se debe, entre otras, a que: (i) tiene un sistema de producción semiautomático que conduce a que sus tiempos de producción sean mayores con relación a sus competidores; (ii) la ALFM demanda cantidades muy grandes en periodos de tiempo muy cortos, circunstancia que implica la imposibilidad de ofertar por todos los productos requeridos por esa entidad y de incrementar la producción; (iii) debe importar los empaques especiales requeridos por la ALFM, por lo que tampoco tenía la posibilidad de participar en todos los productos y en todas las subastas; y (iv) con la maquinaria que tenía le era imposible cumplir con las exigencias de la ALFM respecto de la calidad, durabilidad y esterilidad de todos los productos.

Con fundamento en las razones expuestas en el párrafo anterior, estos investigados afirmaron que las limitaciones señaladas se deben tener en cuenta al momento de analizar la conducta de

³² Folio 3683 del cuaderno público No. 20.

³³ Folio 3730 al 3731 del cuaderno público No. 20.

³⁴ Cfr. Folio 3730 del cuaderno público No. 20. En efecto, en los descargos manifestaron que: “*la conducta investigada por la SIC en la Resolución de Apertura no es anticompetitiva y no constituye un acuerdo horizontal de colusión*”.

³⁵ Folio 4152 al 4455 de los cuadernos públicos No. 22 y 23. Oficio radicado SIC No. 18–075588–0152 de 18 de julio de 2018.

PROLAC en el mercado, puesto que evidencian la razonabilidad de su conducta en el marco de su participación en las subastas adelantadas en el **MCP** de la **BMC** para la adquisición de productos alimenticios por parte de la **ALFM**.

Sostuvieron también que, como quiera que **PROLAC** no podía participar en todas las ruedas de negociación debido a sus limitaciones, concentró su venta en productos específicos. Por un lado, respecto de comidas listas, se concentró en la producción de atún con verdura, trucha con arroz, trucha con espagueti, macarrones con pollo y estofado de carne. Por el otro, respecto de la panadería larga vida, se especializó en la producción del pastel de carne, galleta salada y brownie.

Además, los investigados señalaron que la circunstancia consistente en que **PROLAC** se habilitaba para productos para los cuales no presentaba postura en la rueda de negociación no era consecuencia de un comportamiento coordinado con sus competidores. Por el contrario, tal conducta tenía como fundamento prever la posibilidad de tener más opciones para ofertar, en el supuesto en que perdiera la adjudicación de los productos que preferentemente quería vender, por cuenta de otro competidor con mejor oferta.

Por otro lado, **PROLAC** señaló otro aspecto que en su criterio revelaría que no existió la conducta imputada. Hace referencia a que, si se comparan los márgenes de utilidad, los ingresos percibidos, los productos ofertados y la conducta de **PROLAC** en las operaciones en las que se exhiben los correos presentados en la apertura de investigación con las operaciones en las que no obra prueba alguna, se tiene que el comportamiento es exactamente igual. Según la empresa referida, ello demostraría la ausencia de coordinación entre los competidores.

Respecto de los correos electrónicos que obran en el expediente los investigados sostuvieron que el simple hecho de que aparezca **PROLAC** mencionado en ellos no prueba la comisión de una conducta anticompetitiva. En su criterio, la Delegatura ignoró que, en atención a la naturaleza del mercado, es posible que un competidor pueda “predecir” el comportamiento de otro, situación que no puede considerarse como una prueba de colusión en el mercado.

Finalmente, manifestaron que solo en uno de los correos que se presentaron en la resolución de apertura aparece **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), razón por la que no puede sostenerse que la conducta imputada haya sido continuada. Sobre este aspecto agregaron que si el supuesto acuerdo que la Delegatura imputó consistió en que en cada ocasión se pactaron los productos que le correspondían a cada actor, “sería indispensable que hubiera tantos correos como acuerdos” lo cual, a pesar de las rigurosas revisiones por parte de la Superintendencia, no ocurrió.

2.4. Argumentos referidos a que la conducta no lesionó la libre competencia económica

LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de **LHO**), **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) reconocieron la existencia de un esquema de colaboración, pero propusieron una tesis de defensa encaminada a justificar ese comportamiento y demostrar que no lesionó los bienes protegidos por el régimen de protección de la libre competencia económica.

Por su parte, **CATALINSA, PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), aunque no reconocieron el esquema de coordinación, afirmaron que, si se aceptara la existencia de un acuerdo, este no tendría un carácter restrictivo.

Respecto al carácter no restrictivo del acuerdo, todos los investigados propusieron argumentos de defensa similares que, en síntesis, se dirigen a demostrar que la conducta de los investigados “resultó benéfica” para el mercado, pues permitió que la **ALFM** pudiera obtener las comidas listas y la panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña, en las cantidades, en las variedades y en los tiempos requeridos por esa entidad. Según los investigados, estos aspectos resultaban de gran importancia para la **ALFM**, más allá de la

obtención de un mejor precio en las ruedas de negociación. A continuación, la Delegatura resume los argumentos que sustentan esta tesis de defensa.

2.4.1. Las “*coordinaciones específicas*” se encuentran justificadas por las condiciones del mercado de compras de comidas listas y panadería larga vida. En efecto, señalaron que los términos de entrega de los productos definidos por la **ALFM** en los boletines informativos eran insuficientes.

Tal condición, conllevaba a que ninguna de las empresas investigadas tuviera la capacidad de fabricar individualmente la totalidad de los productos alimenticios requeridos por la **ALFM** en un boletín informativo. Para sustentar que los términos eran insuficientes, sostuvieron que:

(i) las comidas listas y la panadería larga vida requeridos por la **ALFM** únicamente se elaboran cuando se requiere atender un pedido³⁶, esto es, se trata de un mercado de fabricación. Además, durante el año, la **ALFM** adelantaba pocas operaciones de compra³⁷;

(ii) la gran variedad de productos alimenticios que demandaba la **ALFM** en cada boletín informativo, esto es, alrededor de 15 tipos comidas listas y 10 tipos de panadería de larga vida, requerían un proceso de fabricación distinto³⁸, que tenía impacto en el proceso de producción;

(iii) los términos fijados por los boletines informativos desconocían que la elaboración de esos productos debía hacerse conforme con lo establecido por la Norma Técnica Militar. En ese sentido, dentro del proceso de producción debía realizarse un procedimiento de esterilidad comercial, cuya aplicación conllevaba un período mínimo de cuarentena —14 días— para asegurar que los productos fueran aptos para el consumo humano; y además,

(iv) el empaque de la comida lista, que corresponde a una “*bolsa de aluminio colapsible trilaminado*”, debía importarse porque no se fabrica en Colombia y no puede ser almacenada por largo tiempo, pues se deteriora. En consecuencia, su adquisición solo se realizaba en la medida en que la **ALFM** requiriera la comida lista y la panadería larga vida.

En criterio de los investigados, la situación descrita “*necesariamente lleva a que tenga que haber una coordinación entre las empresas*”³⁹, es decir, un acuerdo, pero no un “*acuerdo maligno*” para “*repartirse el mercado*”, sino un “*entendimiento*” para lograr satisfacer la adquisición de la totalidad de los productos que demandaba la **ALFM**⁴⁰ en los términos fijados en los boletines informativos.

2.4.2. De no existir el acuerdo entre los investigados para superar las falencias de los boletines informativos en cuanto al corto tiempo que otorgaban para la entrega de la totalidad de los productos, esto es, si este se “*hubiera desenvuelto bajo parámetro ausente de la coordinación, que dieron las empresas*”, cada agente hubiera ofertado el producto que le representaba más facilidad y menores costos de producción, lo cual significaba tener “*múltiples agentes luchando por un reducido número de comidas listas, pero las recetas más complicadas (...) no hubieran sido preparadas (...), y ese no era el interés de la Agencia*”⁴¹. Según los investigados, el interés de la **ALFM** era el de obtener todos los productos y en las cantidades requeridas, para que ésta entidad pudiera cumplir con la entrega de las raciones de campaña al Ministerio de Defensa Nacional, con independencia de si obtenía ahorros en las ruedas de negociación.

2.4.3. El acuerdo imputado no puede considerarse anticompetitivo habida cuenta que no afectó la eficiencia del gasto público. De igual manera, indicaron que la postura inicial de compra con la que iniciaba la negociación se basaba en el estudio de mercado que elaboraban previamente el Ministerio de Defensa Nacional y la **ALFM**, con base en las cotizaciones presentadas por las mismas empresas investigadas, puesto que en el mercado no había más empresas que pudieran presentarlas. Por lo tanto, con la compra de los productos al precio del presupuesto

³⁶ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 12:17.

³⁷ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 12:36.

³⁸ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 14:29.

³⁹ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 17:55.

⁴⁰ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 20:41.

⁴¹ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 30:45.

oficial, sin tener que realizar apropiaciones presupuestales superiores para su adquisición, la **ALFM** obtenía una ganancia.

Sobre este punto, los investigadores advirtieron que, si bien la ganancia que obtuvo la **ALFM** pudo “*ser mejor*”⁴², lo cierto es que no se puede tomar como criterio de selección para la compra de productos alimenticios el menor precio, máxime si se tiene en cuenta que la **ALFM** logró un beneficio: obtuvo todos los productos, en las variedades y tiempos requeridos.

2.4.4. Así mismo, para justificar el acuerdo señalaron que la **ALFM** conocía el comportamiento de los investigadores y sabía quiénes eran, pero nunca manifestó que le parecía irregular o incorrecta la conducta, pues lo que realmente había “*era una necesidad de compra de unos productos (...)*”⁴³ y, en respuesta a esa necesidad, “*las empresas o se organizaban o el ejército se quedaba sin la variedad de comidas*”⁴⁴.

Así las cosas, señalaron que en este caso no se afectó la eficiencia económica ni el bienestar del consumidor —en el caso concreto, el Estado adquirente—, pues era más relevante garantizar el abastecimiento de los productos requeridos por la **ALFM** en los tiempos establecidos que la obtención del mejor precio.

En consecuencia, afirmaron que el comportamiento de los actores “*se trataría de un comportamiento procompetitivo*”.

2.4.5. Los investigadores —en especial **PROLAC** e **IBEASER**— manifestaron que no contaban con la capacidad instalada para producir, en los tiempos estipulados por los boletines informativos, más productos que aquellos que les fueron asignados en el esquema de distribución. En consecuencia, dada esa ausencia de capacidad instalada, los investigadores consideraron que las “*coordinaciones específicas*” entre ellos permitieron superar ese aspecto y producir, entre todos, los alimentos requeridos en los términos de entrega fijados por la **ALFM**.

2.4.6. El acuerdo está permitido por el artículo 5.2.1.14 del reglamento interno de la **BMC**, toda vez que el mercado de comidas listas es un monopsonio con poca liquidez de productos. La **ALFM** es un agente “*monopsónico*” con poder de mercado, que determina los precios y las condiciones de compra, a las cuales se encuentran sometidas las empresas objeto de investigación.

En definitiva, en criterio de los investigadores existió un acuerdo, más no un “*acuerdo maligno*” para “*repartirse el mercado*”, sino un “*entendimiento*” con el fin de satisfacer la totalidad de los productos que demandaba la **ALFM**⁴⁵ en los términos fijados en los boletines informativos. La **ALFM** obtuvo beneficios de la conducta de los investigadores, puesto que adquirió los productos en los términos de entrega, lo que generaría eficiencias tanto para la **ALFM** como para los consumidores.

Por las anteriores razones, los investigadores consideraron que en caso de que se compruebe que incurrieron en la conducta anticompetitiva imputada en la resolución de apertura, se debe tener en cuenta que no hubo una afectación a los bienes jurídicos protegidos por la Ley 1340 de 2009, es decir, la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.

2.5. Respecto de la responsabilidad de algunas personas vinculadas con los agentes del mercado

2.5.1. En lo que respecta a la conducta imputada a **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) y **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), señalaron que la Delegatura erró al considerar que en su calidad de director

⁴² Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 29:54 “*¿Qué pudo haber sido mejor? Sí*”. Alegatos de **IBEASER-JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**).

⁴³ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 23:17.

⁴⁴ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 24:08.

⁴⁵ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 20:41.

financiero había colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta imputada a los agentes del mercado. En efecto, señalaron que desde noviembre de 2007 y hasta agosto de 2013, este investigado ocupó distintos cargos en **LHO**, en los cuales no tenía incidencia respecto a la actividad comercial de la empresa y, además, estaba subordinado a otros cargos directivos. Los investigados destacaron que las diferentes actividades que adelantaba en **LHO**, específicamente en el marco de la producción de comidas listas y panadería larga vida, se debían a “*las órdenes de producción*” que recibía de la gerencia de la empresa, es decir, de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**).

En consecuencia, solicitaron que su comportamiento se analice de conformidad con los pronunciamientos de la Superintendencia en los que ha dispuesto que “*la responsabilidad de las personas vinculadas con el infractor se circunscribe al margen de acción delimitado por las funciones que cumple en la conducción de una empresa*”⁴⁶.

2.5.2. HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**) indicaron expresamente que no existe prueba contra **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**), ni contra **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente y representante legal de **CATALINSA**). En el mismo sentido, afirmaron que no existe ningún tipo de comunicación de ellos con otros competidores.

2.5.3. En lo que corresponde a la participación de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), esta investigada indicó que no ostenta ningún cargo, ni tiene facultades con las cuales pudo haber colaborado, facilitado, ejecutado o tolerado conductas violatorias de la libre competencia imputadas a **CATALINSA**. Así, independientemente de la existencia de un poder general que le fue otorgado mediante escritura pública, sus facultades estaban limitadas y le impedían tomar decisiones sin contar con la previa autorización de las directivas.

Como representante de **CATALINSA** en **ASOPROVAL**, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) manifestó que lo hacía en calidad de mandataria y que, por lo tanto, no estaba facultada para exceder el mandato que le había sido entregado por su poderdante. En consecuencia, actuaba a nombre de la empresa mencionada y no a nombre propio.

2.6. Otros argumentos presentados por los investigados

2.6.1. AR TRIPLEA afirmó que, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, ocurrió la caducidad de la facultad sancionatoria por parte de la Superintendencia. Para fundamentar su afirmación, señaló que: (i) la ejecución del mandato para que **AR TRIPLEA** representara los intereses de **LHO** e **IBEASER** ante la **BMC**, ocurrió entre los meses de enero a mayo de 2011, con la circunstancia adicional atinente a que la investigada no ha realizado operaciones en el **MCP** desde el primero de enero de 2012; y (ii) **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) trabajó para **AR TRIPLEA** hasta el 30 de junio de 2011.

2.6.2. HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) señaló en la audiencia de alegatos que la imputación formulada por la Delegatura en la Resolución No. 34188 había violado su derecho de defensa y contradicción. Al respecto, indicó que la formulación de una imputación principal por haber incurrido en el acuerdo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por su participación en el comportamiento continuado objeto de investigación, junto con una imputación subsidiaria por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que habría ejecutado, autorizado, colaborado, facilitado o tolerado el comportamiento

⁴⁶ Folio 3694 del cuaderno público No. 20.

restrictivo materia de investigación que habría realizado **CATALINSA**, le restó claridad y concreción a la resolución señalada⁴⁷.

2.6.3. LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), en la audiencia de que trata el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, señaló que su imputación resultó ser indeterminada y contradictoria. En su concepto la imputación de la conducta de que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992⁴⁸ fue formulada por la Delegatura de manera simultánea por acción y por omisión. Según **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) tal circunstancia habría limitado su derecho de defensa y contradicción.

3. Actuación Procesal

Mediante Resoluciones No. 78414 de 2018⁴⁹, 83955 de 2018⁵⁰, 419 de 2019⁵¹ y 6769 de 2019⁵², la Delegatura decidió lo relacionado con las pruebas que se tendrían en cuenta para resolver esta actuación administrativa. Una vez practicadas las pruebas decretadas, el 19 de julio de 2019 se llevó a cabo la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012⁵³.

3.1. Del ofrecimiento de garantías

LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de **LHO**), **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **CATALINSA, JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) y **COMFINAGRO** ofrecieron garantías para la terminación anticipada de la presente actuación administrativa⁵⁴.

El Superintendente de Industria y Comercio resolvió que no era procedente aceptar los ofrecimientos propuestos⁵⁵.

3.2. De las supuestas irregularidades procesales alegadas por **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**)

3.2.1. Fundamento de la solicitud

En la audiencia realizada el 11 de abril de 2019, **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) presentaron una solicitud encaminada a que se declarara la nulidad de la presente actuación administrativa desde la resolución de apertura de investigación y formulación de cargos⁵⁶.

⁴⁷ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 2:02:41. Sobre este aspecto, el referido investigado manifestó: "(...) Se hizo una imputación principal y una imputación subsidiaria. (...), aquí estamos ejerciendo el ius puniendi del Estado. La capacidad del Estado para sancionar. Y claramente, desde el punto de vista del proceso no pueden existir imputaciones subsidiarias. La imputación debe ser clara y concreta para que (...) el afectado, que se enfrenta al leviatán, pueda defenderse".

⁴⁸ Decreto 2153 de 1992, artículo 4, numeral 16, modificado por el artículo 26 de la ley 1340 de 2009. "Imponer a cualquier persona que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia a que se refiere la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y normas que la complementen o modifiquen, multas hasta por el equivalente de dos mil (2.000) salarios mínimos mensuales legales vigentes al momento de la imposición de la sanción, a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio" (destacado fuera del texto original).

⁴⁹ Folio 4888 al 4907 del cuaderno público No. 26.

⁵⁰ Folio 5118 al 5120 del cuaderno público No. 27.

⁵¹ Folio 5606 al 5614 del cuaderno público No. 29.

⁵² Folio 6346 al 6352 del cuaderno público No. 32.

⁵³ Folio 7272 a 7273 y 7317 del cuaderno público No. 34.

⁵⁴ Folios 3449 al 3452 del cuaderno público No. 18, 3507 al 3514 del cuaderno público No. 19, 3674 a 3727 y 3772 a 3776 del cuaderno público No. 20, y 4074 al 4078 del cuaderno público No. 22.

⁵⁵ Folio 5532 al 5558 del cuaderno público No. 29.

⁵⁶ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Minuto 3:20).

Para sustentar dicha solicitud, manifestaron que el 10 de abril de 2019 *“se dio amplia difusión a la noticia de que la Corte Constitucional declaró inexecutable las facultades establecidas en el estatuto de protección al consumidor que permiten a la Superintendencia de Industria de Comercio realizar visitas de inspección y obtener en ella acceso a medios de comunicación”*.

De acuerdo con lo anterior, los investigados señalaron que tal *“declaración de inexecutable condicionada”* exige que la *“recolección”* de pruebas y de *“medios de comunicación”*, esto es, información contenida en celulares y correos electrónicos, por parte de la Superintendencia *“requiera la autorización previa de un juez”* en materia de protección al consumidor. Para los investigados esa exigencia también debe aplicarse a las *“funciones relacionadas con [la] promoción de la competencia”* que esta autoridad ejerce conforme con lo dispuesto en los Decretos 2153 de 1992 y 4886 de 2011. Además, resaltaron que *“buena parte de las pruebas que obran en este expediente se tomaron de correos electrónicos, los correos electrónicos son un medio de comunicación, y el acceso a un medio de comunicación requiere una orden judicial previa, que no encontró en el expediente”*⁵⁷.

En ese entendido, afirmaron que *“existe una causal de nulidad en la recolección”* de las pruebas que obran en la presente actuación administrativa. En consecuencia, según los proponentes de la nulidad, tal circunstancia conlleva a (i) *“la exclusión de todo el material probatorio que fue recaudado por la Superintendencia sin esa orden judicial”* de conformidad con el artículo 29 de la Constitución Política, así como a (ii) la *“reexpedición”* de la resolución de apertura de esta investigación, como quiera que ese acto administrativo *“se basa ampliamente en medios de comunicación recaudados”* sin dicha orden.

CATALINSA, AR TRIPLEA, HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA**), **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**), **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**), **LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), **PROLAC, ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) y **COMFINAGRO** coadyuvaron la solicitud.

Ahora bien, en la audiencia de que trata el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los proponentes de la nulidad formularon otros argumentos para sustentar su solicitud. En esa oportunidad manifestaron que en las credenciales de las visitas administrativas realizadas en el marco de las investigaciones radicadas con los números 15-294203 y 17-48794, la Superintendencia no definió cuál era el objeto de la investigación y, de ese modo, impidió a **IBEASER** conocer con claridad cuál era el propósito de las visitas administrativas.

Puntualmente, **IBEASER** señaló que las credenciales se limitaron a manifestar que el propósito de la visita era el de *“recaudar información asociada a los procesos de contratación pública en que directa o indirectamente han participado las compañías. Así mismo sobre las actividades relacionadas anexas o conexas con el suministro de alimentos a cualquier plan de alimentación escolar y de la prestación de cualquier servicio necesario o relacionado con las actividades antes mencionadas entre otros”*. En ese sentido, **IBEASER** destacó que el objeto de la visita así delimitado impidió a los ahora investigados establecer la pertinencia de los documentos y la información que les fue requerida⁵⁸.

3.2.2. Consideraciones de la Delegatura

Frente a la solicitud de nulidad propuesta por **IBEASER**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), no se accederá a la misma, toda vez que, según lo ha expuesto la Delegatura, con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, el

⁵⁷ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 34:44.

⁵⁸ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 35:09.

Consejo de Estado, la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales Administrativos, las visitas de inspección y la práctica de pruebas en el curso de estas por parte de la Superintendencia no requieren autorización judicial previa.

Como se expondrá, la Superintendencia tiene facultades para realizar visitas administrativas, al igual que para recaudar y procesar información conducente y necesaria para el cumplimiento de sus funciones de inspección, vigilancia y control.

3.2.2.1. Sobre la facultad para realizar visitas administrativas y para recaudar y procesar información

La doctrina de la Superintendencia, validada además por la jurisprudencia de las Altas Cortes, es consistente y reiterada respecto del alcance de sus facultades constitucionales y legales. En tal sentido, estas facultades se concretan en la prerrogativa para realizar visitas administrativas y en la posibilidad de requerir información para llevar a cabo las labores investigativas propias de la entidad, lo que se ha establecido, entre otras, en las Resoluciones Nos. 68745 de 2018⁵⁹, 76777 de 2018⁶⁰ y 21136 de 2019⁶¹.

En este orden de ideas, un primer fundamento para la realización de las actividades investigativas de la Superintendencia se encuentra en el inciso final del artículo 15 de la Constitución Política. Como puede apreciarse, según lo establecido en el inciso referido⁶² la Superintendencia, en su calidad de autoridad administrativa con facultades de inspección, vigilancia y control⁶³ en relación con el régimen de protección de la libre competencia económica, está autorizada por la Constitución para exigir la presentación, no solo de los libros de contabilidad, sino de cualquier documento privado que, en el marco de las normas que más adelante se exponen, considere necesarias para el cumplimiento de las funciones referidas.

La anterior norma constitucional ha sido interpretada en igual sentido a través de diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia⁶⁴.

El segundo fundamento que debe traerse a colación se encuentra en los numerales 62, 63 y 64 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011. Esas reglas desarrollan la facultad descrita, reconocida en la Constitución. Las normas tienen el siguiente contenido:

“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

⁵⁹ “Por la cual se resuelve un recurso de reposición contra una sanción”, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio.

⁶⁰ “Por la cual se resuelven unas solicitudes de nulidad, se decreta la práctica de pruebas dentro de una investigación administrativa y se corrige un error de la Resolución 53181 de 2018” de la Delegatura para la Protección de la Competencia.

⁶¹ “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” de la Delegatura para la Protección de la Competencia.

⁶² “Artículo 15. Todas las personas tienen derecho a su intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en los bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.// En la recolección, tratamiento y circulación de datos se respetarán la libertad y demás garantías consagradas en la Constitución.// La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Sólo pueden ser interceptados o registrados mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley.//Para efectos tributarios 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” (destacado fuera del texto original).

⁶³ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C – 570 de 2012.

⁶⁴ Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-165 de 2019, invocada por los proponentes de la nulidad. Corte Constitucional, sentencia C – 505 de 1999. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia de 4 de septiembre de 2007. Ref. 05001-22-000-2007-00230-01.

demás que le señalen las normas vigentes y las que le delegue el Presidente de 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.

64. Interrogar, bajo juramento y con observancia de las formalidades previstas para esta clase de pruebas en el Código de Procedimiento Civil, a cualquier persona cuyo testimonio pueda resultar útil para el esclarecimiento de los hechos durante el desarrollo de sus funciones” (destacado fuera del texto original).

En consecuencia, la Delegatura está facultada, por disposición constitucional y en los términos de las normas citadas, para realizar visitas administrativas de inspección en el marco de las cuales puede ejercer la potestad ya anotada, esto es, requerir información relacionada con el desarrollo de sus actividades investigativas.

Es pertinente agregar un fundamento adicional para las actuaciones que adelanta la Superintendencia, en particular en aquellos eventos en los que el desarrollo de sus funciones implica recaudar información consistente en datos personales o datos sensibles.

Al respecto, el literal a) del artículo 10 de la Ley Estatutaria 1581 de 2012 establece que no es necesaria la autorización del titular de los datos personales para efectos de su tratamiento cuando se trate de “información requerida por una entidad pública o autoridad administrativa en ejercicio de sus funciones legales”⁶⁵. Respecto de lo que debe entenderse por “tratamiento”, según el literal g) del artículo 3 de la referida ley estatutaria ello incluye la recolección u obtención de los datos personales⁶⁶.

Es importante agregar que la Corte Constitucional avaló la constitucionalidad de la norma en comento. Sobre el particular, la Corte admitió que las autoridades administrativas están facultadas para requerir el suministro de determinada información siempre que lo hagan en ejercicio de sus funciones y cumplan con las obligaciones de protección y garantía de los datos a los que acceden.

La Corte Constitucional dijo expresamente lo siguiente:

“(...) En efecto, amén de la infinidad de posibilidades en que bajo este expediente puede accederse al dato personal, la aplicación del precepto bajo análisis debe subordinarse a que la entidad administrativa receptora cumpla con las obligaciones de protección y garantía que se derivan del citado derecho fundamental, en especial la vigencia de los principios de finalidad, utilidad y circulación restringida.

*Para la Corte, esto se logra a través de dos condiciones: **(i) el carácter calificado del vínculo entre la divulgación del dato y el cumplimiento de las funciones de la entidad del poder Ejecutivo; y (ii) la adscripción a dichas entidades de los deberes y obligaciones que la normatividad estatutaria predica de los usuarios de la***

⁶⁵ “**Artículo 10. Casos en que no es necesaria la autorización.** La autorización del Titular no será necesaria cuando se trate de: (...) a) Información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial; (...)”.

⁶⁶ “**Artículo 3. Definiciones.** Para los efectos de la presente ley, se entiende por: (...) **g) Tratamiento:** Cualquier operación o conjunto de operaciones sobre datos personales, tales como la recolección, almacenamiento, uso, circulación o supresión”.

información, habida consideración que ese grupo de condiciones permite la protección adecuada del derecho⁶⁷ (destacado fuera del texto original).

Finalmente, en lo que atañe al fundamento constitucional y legal de las facultades en mención, debe hacerse referencia a la Circular Única de la Superintendencia, que reúne las instrucciones y reglamentos generales que rigen a esta entidad.

A partir de la norma referida es claro que la Delegatura, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales de inspección, vigilancia y control, cuenta con la facultad de realizar visitas administrativas de inspección y, en el curso de esas diligencias, puede requerir a cualquier persona (natural o jurídica, de derecho público o de derecho privado, nacional o extranjera) información privada que esté relacionada con el desarrollo de sus actividades comerciales o laborales. De ello se sigue, por supuesto, que la persona a quien se formula el requerimiento tiene el deber constitucional y legal de atenderlo en las condiciones señaladas por la entidad.

En línea con lo anterior, recientemente el Consejo de Estado señaló que, en virtud de los artículos 333 y 15 de la Constitución Política, el Decreto 4886 de 2011 y el artículo 61 del Código de Comercio:

*“(...) la Superintendencia de Industria y Comercio al ejercer la facultada constitucional y legal asignada de inspección, vigilancia y control, **la habilita para adelantar las visitas de inspección**, en las que podrá 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, **así mismo puede 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**”*⁶⁸ (destacado fuera del texto original).

La información mencionada en la cita anterior y que generalmente se solicita para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales, puede ser requerida a cualquier persona, incluso de aquellas que no sean sujetos investigados por parte de la autoridad que profirió la decisión⁶⁹.

Así mismo, otras autoridades jurisdiccionales han seguido esa orientación. A manera de ejemplo, es pertinente mencionar la posición que el Tribunal Administrativo de Cundinamarca tiene sobre el particular, pues esta Corporación ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la legalidad de pruebas recaudadas por la Delegatura —correos electrónicos u otros documentos en soporte electrónico— en el marco de una averiguación preliminar para establecer la existencia de infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica. El Tribunal afirmó lo siguiente⁷⁰:

“(...) para la Sala resulta imperativo establecer en primer lugar la idoneidad de las pruebas recaudadas y el sustento de su legalidad, específicamente en cuanto a los medios de pruebas obtenidos del correo electrónico del demandante, toda vez que la parte actora refiere que este procedimiento en el desarrollo de la sede administrativa se llevó a cabo vulnerando sus derechos a la intimidad, a la correspondencia y al secreto de las comunicaciones.

(...)

En virtud de lo anterior, se tiene que la revisión de los correos electrónicos por parte de la SIC en el proceso administrativo sancionatorio no vulneró los

⁶⁷ Corte Constitucional, sentencia C – 748 de 2011.

⁶⁸ Sentencia de 1° de marzo de 2018, proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado, radicación No. 25000-23-24-000-2012-00832-01. Monómeros Colombo Venezolanos S.A. contra la Superintendencia de Industria y Comercio. Se destaca que esta sentencia es citada por la Corte Constitucional en la sentencia C-165-2019 para afirmar que: “(...) la realización de visitas de inspección encuentra fundamento constitucional en el inciso 4 del artículo 15 de la Constitución”, así como en el artículo 61 del Código de Comercio, el artículo 27 de la Ley 1437 de 2011 y el artículo 10 de la Ley 1581 de 2012.

⁶⁹ Sentencia del 20 de noviembre de 2014. Exp. 25000 23 24 000 2006 00137 01. M.P. Guillermo Vargas Ayala.

⁷⁰ Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección. Sentencia de 23 de abril de 2015. Exp. No. 2500023 41 000-2014-00680-00. M.P. Claudia Elizabeth Lozzi Moreno.

derechos fundamentales del demandante, pues la entidad demandada actuó en ejercicio de sus funciones y en consecuencia las pruebas recaudadas no adolecen de vicios de inconstitucionalidad o ilegalidad que impidan su valoración, motivo por el cual la Sala desestimaré el cargo propuesto en la demanda (destacado fuera del texto original).

En suma, es claro que la Delegatura está facultada para practicar visitas administrativas de inspección y para requerir, en el marco de esas diligencias, información de las personas que tienen relación con el asunto materia de investigación.

Ahora bien, la función de inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia se fundamenta en los artículos 150, 189, 333 y 334 de la Constitución Política. En virtud de dichos artículos, el Estado puede intervenir en la economía en aras de garantizar el cumplimiento de sus propios fines. De forma concreta, el artículo 333 dispone que, si bien “*la actividad económica y la iniciativa privada son libres*”, estas se deben desarrollar “*dentro de los límites del bien común*”. En el mismo sentido, establece el artículo 333 en mención que la “*libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades*” y afirma que la empresa es la “*base del desarrollo*” pero que esta cumple una función social que implica obligaciones.

Sobre este aspecto, debe tenerse en cuenta que en la sentencia C-570 de 2012 la Corte Constitucional definió la función de inspección como “*la posibilidad de solicitar y/o verificar información o documentos en poder de las entidades sujetas a control*”. En esa línea, el alto tribunal se ha pronunciado acerca de si, en ejercicio de esta función administrativa, las distintas entidades que la ejercen deben contar con una orden judicial para requerir la información que necesitan. Ya la Corte Constitucional, en la sentencia C-505 de 1999, había realizado una distinción entre los conceptos de domicilio en sentido estricto y domicilio ampliado. Al respecto, la Corte presentó la siguiente conclusión:

“Por ello, la Corte concluye que constitucionalmente es necesario distinguir entre el domicilio en sentido estricto y lo que podría denominarse el domicilio ampliado. El primero corresponde al lugar de habitación de las personas naturales, y goza de todas las garantías previstas por el artículo 28 superior, y en especial de la estricta reserva judicial. En cambio, el segundo hace referencia al domicilio corporativo de las personas jurídicas y a los otros espacios cerrados, distintos al lugar de habitación, en donde existe un ámbito de intimidad a ser protegido pero que es menor que el propio de las relaciones hogareñas. Por ende, en el caso del domicilio ampliado, la reserva judicial no opera automáticamente en todos los casos, pues en ciertos eventos puede resultar admisible que, existiendo intereses constitucionales importantes, la ley autorice el registro por parte de autoridades administrativas. En efecto, extender la necesidad de orden judicial a todos estos espacios cerrados conduce a resultados irrazonables, ya que tal exigencia dificulta enormemente el cumplimiento de los cometidos de las autoridades públicas, sin que exista un ámbito de intimidad suficientemente poderoso que deba ser protegido por una estricta reserva judicial” (destacado fuera del texto original).

Esta consideración ha sido aplicada en diferentes escenarios en los cuales se entiende que, si bien la actividad empresarial es libre, esta debe desarrollarse dentro de los límites del interés común. Así, en sentencia C-301 de 2012 la Corte Constitucional aclaró que “*el comerciante no está en lo que se refiere a la intimidad en la misma situación en que se encuentra la persona natural*”, y agregó que “*una de las múltiples manifestaciones de la intervención del Estado se concreta en las exigencias de información que recaen sobre las sociedades comerciales y demás sujetos económicos, tanto con miras a controlar el tráfico y sus riesgos como por razones de orden tributario*”. A partir de estas consideraciones, la Corte Constitucional llegó a la siguiente conclusión:

“Mientras que respecto de las personas naturales la intimidad, como correlato de su dignidad, abarca un aspecto significativo e inalienable de su vida y de su proyección existencial, tratándose de las personas jurídicas mal puede hablarse de este concepto. El ente corporativo no puede metafóricamente aspirar a tener el derecho de estar solo. En su caso, la ley establece otro tipo de garantías como las relativas a la reserva documentaria y al secreto industrial” (destacado fuera del texto original).

En el plano legal, la facultad que tienen los entes de inspección de acceder a la información de los comerciantes se encuentra expresamente regulada en el artículo 27 de la Ley estatutaria 1155 de 2015, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 27. *El carácter reservado de una información o de determinados documentos, no será oponible a las autoridades judiciales, legislativas, ni a las autoridades administrativas que, siendo constitucional o legalmente competentes para ello, los soliciten para el debido ejercicio de sus funciones. Corresponde a dichas autoridades asegurar la reserva de las informaciones y documentos que lleguen a conocer en desarrollo de lo previsto en este artículo”* (destacado fuera del texto original).

Por último, la Corte Constitucional en su sentencia C-165 de 2019, en concordancia con lo señalado hasta este punto y de conformidad con su propio precedente, expresamente señaló que *“las visitas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior, por lo cual, no vulnera el derecho al debido proceso que las visitas de inspección sean realizadas sin previa notificación a los investigados”*.

En conclusión, es claro que no existe en el ordenamiento jurídico el mandato al que hicieron alusión **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) en su solicitud de nulidad —coadyuvada por los investigados mencionados al inicio de este punto—, referido a la exigibilidad de una orden judicial para condicionar la validez de las pruebas recaudadas en las visitas administrativas realizadas por esta entidad, en virtud de su función de inspección, vigilancia y control, como son los *“medios de comunicación”* que utiliza el comerciante para el ejercicio de sus labores. Por el contrario, en el ejercicio legítimo de la función administrativa de inspección, vigilancia y control que ejerce la Superintendencia puede proceder al acopio de comunicaciones electrónicas de quienes son sujetos vigilados, sin que para ello sea necesario que medie una orden judicial, tal y como sucedió en este caso.

3.2.2.2. Sobre la facultad de la Superintendencia para solicitar información contenida en correos electrónicos y teléfonos celulares en desarrollo de las visitas administrativas

Como se explicó, la Superintendencia, en ejercicio de sus facultades constitucionales y legales, primero solicita la información, de manera que solo tiene acceso a ella si es entregada voluntariamente por el administrado⁷¹, quien tiene un deber de colaboración con la autoridad derivado de los artículos 15 —inciso final— y 95 de la Constitución Política, tanto por su calidad de ciudadano como por la de ser un sujeto vigilado por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Es por la existencia de ese deber que la Superintendencia informa, explica y precisa a los administrados las consecuencias de su incumplimiento, con el fin de que estos puedan tomar una decisión informada de si aceptan o no entregar la información que requiere la Autoridad para el adecuado cumplimiento de su mandato constitucional y legal.

Por lo tanto, la visita administrativa de inspección es una diligencia desarrollada en ejercicio de la función administrativa. Su propósito, según se establece en el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011 y en el Capítulo Séptimo del Título I de la Circular Única de la Superintendencia de Industria y Comercio, es verificar el cumplimiento de las disposiciones cuyo control compete a la entidad, las cuales, en este caso, corresponden a las comprendidas en el régimen de protección de la libre competencia económica.

Con idéntico fundamento, la Delegatura está facultada para practicar declaraciones y formular requerimientos respecto de la información conducente para dilucidar el objeto de la actuación administrativa. En esta línea, como lo señaló la Corte Constitucional⁷², las visitas de inspección son diligencias administrativas en las cuales la Superintendencia *“recauda diferentes elementos*

⁷¹ Esta circunstancia puede verificarse, entre otras, por dos vías. En primer lugar, con la suscripción del acta de visita de administrativa. En segundo lugar, con en la suscripción, por parte de cada persona a quien se le recauda información, de un formato de extracción forense, en señal de aceptación, que obra en el expediente frente a cada contenedor o dispositivo recaudado.

⁷² Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-165 de 2019.

probatorios, relacionados con el objeto de la investigación en cada caso, que se den en el marco de las funciones de la SIC".

En línea con este argumento la Sección Primera, Subsección A, del Tribunal Administrativo de Cundinamarca, en una sentencia correspondiente al medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho sobre una decisión de la Superintendencia⁷³, se refirió al carácter de las comunicaciones recaudadas en las visitas administrativas. El tribunal indicó que "(...) pese a que las comunicaciones privadas se pueden efectuar mediante correo electrónico, no todo tipo de correspondencia por medios electrónicos ostenta naturaleza personal, tal es el caso de los correos institucionales y, propiamente, de la correspondencia comercial (...)". Así mismo destacó que, en el supuesto de que en los correos electrónicos se encuentre tanto información personal como comercial, tal circunstancia no "altera la naturaleza comercial" de este tipo de correos ni "impide su inspección".

Según el Tribunal, dentro de las facultades de la Superintendencia, en especial la consagrada en el numeral 63 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, se encuentra comprendida "(...) la de solicitar la correspondencia comercial de la vigilada, sin que pueda aducirse que el ejercicio de dicha potestad constituya una afectación del derecho fundamental a la intimidad del comerciante, en tanto que la misma norma constitucional [se refiere al último inciso del artículo 15] faculta a la entidad de que se trata, como órgano de vigilancia, inspección y control, para solicitar la exhibición de tales documentos (...)".

El mismo Tribunal consideró, entonces, que "la revisión de los correos institucionales por parte de la SIC en el proceso administrativo sancionatorio" no vulnera los derechos fundamentales, pues la entidad actúa en ejercicio de sus funciones y, en consecuencia, "las pruebas así recaudadas no adolecen de vicios de inconstitucionalidad o de ilegalidad que impidan su valoración".

Como corolario de lo anterior, debe destacarse que esta Superintendencia, tal y como lo hace en cada una de sus investigaciones, ha salvaguardado la información que pudiera tener la naturaleza de reservada para que la misma no sea divulgada ni conocida por el público en general. Ello se evidencia en que desde la formación misma del expediente, y en cumplimiento del artículo 36 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), procedió a desglosar la información que pudiera estar sujeta a algún tipo de reserva, de manera que fue ubicada en cuadernos separados que solo pueden ser conocidos por el titular específico de la información.

Así las cosas, respecto de la facultad para recaudar documentos del comerciante en el marco de la visita administrativa realizada a **IBEASER**, la Delegatura resalta dos circunstancias.

La primera de ellas consiste en que la información recaudada de teléfonos celulares y correos electrónicos se hizo sobre la base de que tales medios de comunicación eran usados por sus titulares para el ejercicio de sus labores comerciales. Esto es, el requerimiento se realizó respecto de aquella información que guardaba conexión con la empresa y que era producida para fines empresariales, de manera que, por ello, tenía relación con el asunto materia de investigación, el cual estaba circunscrito a conocer el comportamiento de estos agentes del mercado en los procesos de contratación estatal en los cuales habían participado. Se reitera que la circunstancia consistente en que no fueran correos electrónicos con un dominio empresarial o que en ellos se manejara tanto información comercial como privada, no altera la naturaleza comercial de la información que en ellos reposa.

A modo de ejemplo, se resalta que en la visita administrativa realizada a **IBEASER** el 21 de diciembre de 2015 se solicitó, entre otros: (i) el correo electrónico de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), juancarlosalmansa@yahoo.com, por cuanto, para el momento de la visita administrativa, existían

⁷³ Expediente 110013334001201500132-02 con ponencia de Luis Manuel Lasso Lozano. Segunda instancia de la demanda contra la Resolución No. 44586 de 22 de julio de 2014 y la Resolución No. 61661 de 14 de octubre de 2014, por las cuales se imponen unas sanciones y se resuelven unos recursos.

elementos de juicio⁷⁴ de los cuales se podía inferir que el referido investigado gestionaba en esa cuenta de correo electrónico *"información relativa a los procesos de selección contractual"*⁷⁵ en los que **IBEASER** participaba; (ii) los correos electrónicos de **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), hernandoprietom@yahoo.es y hernandoprietomolina@gmail.com, *"por cuanto en el curso de la declaración manifestó haberlas usado para temas relativos a procesos de contratación estatal, a lo cual concedió autorización expresa"*⁷⁶; y (iii) el correo electrónico de **INDIRA LEÓN POSADA** (gerente de servicios de alimentos de **IBEASER**), indiraposada@hotmail.com, *"cuenta de carácter personal en la cual gestiona información relativa a procesos de selección contractual, a lo cual accedió expresamente el declarante"*⁷⁷.

Así mismo, en visita administrativa realizada a **IBEASER** el 14 de junio de 2017, la Superintendencia solicitó los *"celulares tanto corporativos como personales"*⁷⁸, entre otros, de **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) *"por considerarlos útiles, pertinentes y conducentes, como quiera que [en ellos] se mane[jaban] cuentas de correo electrónico e información de los procesos de selección en los que participaban"*⁷⁹.

La segunda circunstancia que la Delegatura destaca hace referencia a que los ahora investigados en el curso de la averiguación preliminar otorgaron su consentimiento para la recolección de la información contenida en sus equipos celulares, correos electrónicos, computadores y otros dispositivos electrónicos, como se advierte en las actas de visita administrativa de inspección que reposan en los folios 275 a 292 del cuaderno público No. 2; folios 1658 a 1695 del cuaderno público No. 9; y en el acta de comparecencia de declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) que obra en los folios 2534 a 2537 y 2553 a 2557 del cuaderno público No. 13. Consecuentemente, la Delegatura únicamente extrajo los documentos respecto de los cuales obtuvo autorización por parte de los titulares de la información. A manera de ejemplo se resalta que, en lo que respecta al celular de **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), no fueron extraídos ni recaudados los documentos contenidos en la carpeta de imágenes y videos, dado que el ahora investigado no dio su consentimiento respecto de esa información⁸⁰ y, durante la visita, la Delegatura advirtió la ausencia de conexidad entre esa información y el objeto de la visita administrativa.

En definitiva, la Delegatura considera que no se lesionó el derecho al debido proceso de los proponentes de la nulidad con la solicitud, recaudo y almacenamiento de la información que reposaba en sus correos electrónicos, computadores y dispositivos celulares. En consecuencia, la solicitud de nulidad no puede prosperar.

3.2.2.3. Sobre la delimitación del objeto de la visita en la credencial de visita administrativa

IBEASER, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) señalaron que en las credenciales de las visitas administrativas exhibidas en el marco de las investigaciones radicadas con los números 15-294203 y 17-48794, la Delegatura no definió cuál era el objeto de la investigación. Según los investigados referidos, tal proceder impidió a **IBEASER** conocer con claridad cuál era el propósito de las visitas administrativas y determinar la pertinencia de la solicitud de documentos e información.

⁷⁴ Estos elementos de juicio hacían referencia a la inspección realizada a elementos de cómputo que se encontraban en las instalaciones de **IBEASER**.

⁷⁵ Folio 282 del cuaderno público No. 2.

⁷⁶ Folio 282 del cuaderno público No. 2.

⁷⁷ Folio 282 del cuaderno público No. 2.

⁷⁸ Por personales, entiéndase que se refieren a cuentas de correo que no tienen un dominio empresarial. Sin embargo, como consta en el acta de visita, sus titulares reconocieron que en esos correos atendían temas relacionados con las actividades de la empresa.

⁷⁹ Folio 1665 del cuaderno público No. 9.

⁸⁰ Cfr. Folio 1678 del cuaderno público No. 9. En el acta de visita se destaca que no se extrajeron fotos y videos del celular de **HERNANDO PRIETO MOLINA**, dado que manifestó que se trataba de *"fotografías íntimas"*.

La irregularidad denunciada por los investigados carece de fundamento, toda vez que en las credenciales de las visitas se expuso, con el rigor propio de la etapa de la averiguación preliminar, el objeto de las visitas administrativas, las facultades de la Superintendencia para realizarlas y las facultades para requerir información a las personas naturales y jurídicas visitadas. A continuación se exponen las razones que fundamentan esta conclusión.

La Delegatura destaca que la credencial de visita administrativa es un documento en la cual (i) se señalan las facultades de la Superintendencia para realizar visitas administrativas de inspección y solicitar a las personas naturales y jurídicas la información que se considere conducente para el ejercicio de sus funciones, en relación con el régimen de protección de libre competencia económica; y (ii) se identifica plenamente la identidad de los funcionarios comisionados para el desarrollo de la diligencia administrativa.

Ahora bien, el momento procesal en el cual la Superintendencia realiza las visitas administrativas de inspección, vigilancia y control y, por ende, en el que son expedidas las credenciales administrativas, corresponde a una etapa preliminar de la investigación, en el que no existen personas naturales o jurídicas vinculadas, sino que tan solo se busca llevar a cabo el estudio de admisibilidad y pertinencia sobre la eventual posibilidad de abrir una investigación formal. En ese sentido, el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, señala que las etapas previas a la apertura de investigación formal tienen como finalidad la recolección de diverso tipo de información que permita, con cierto grado de razonabilidad, inferir la posible existencia de una práctica anticompetitiva.

En relación con esta etapa preliminar del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, el Consejo de Estado ha manifestado que:

“Según se puede leer en la norma, la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que si ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comento (...)”⁸¹.

Así las cosas, dado el momento procesal en que ocurren las visitas administrativas de inspección, el objeto de estas diligencias tendrá como propósito el ejercicio de las facultades para investigar sobre la posible comisión de una práctica lesiva de la libre competencia económica y sobre sus posibles autores.

Como para el momento de la visita las respectivas actuaciones en las cuales se realizaron esas diligencias administrativas se encontraban en etapa de averiguación preliminar, la Delegatura no podía en la credencial de visita delimitar con la precisión y exactitud que exigen los proponentes de la nulidad el objeto de los hechos que motivaron la visita, precisamente porque tal exigencia se opone a la configuración misma de este procedimiento administrativo sancionador y a su etapa preliminar. Se destaca que para este momento la Superintendencia *“no ha elaborado juicio de valoración alguno o examen de tipicidad que permita circunscribir o delimitar los hechos a investigar”⁸²*. Es por esta razón, sumada al carácter reservado de las actuaciones en la etapa preliminar de conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 155 de 1959, que para el momento en que se expide la credencial con la delimitación del objeto de la visita, es materialmente imposible elaborar una enunciación precisa y detallada, al punto que,

⁸¹ Consejo de Estado, Sección Primera, Consejero Ponente: Manuel Urueta Ayola, sentencia del 23 de enero de 2003, radicado No. 25000-23-24-000-2000-00665-01.

⁸² Cfr. Resolución No. 18728 de 2017, expedida en la actuación radicada con el No. 13-214787 y la Resolución No. 7365 de 2016, expedida en la actuación radicada con el No. 15-15168.

precisamente, se hace *“imprescindible acudir a las instalaciones de la empresa y recopilar información que pueda arrojar medios de prueba que permitan establecer la necesidad de abrir una investigación formal”*⁸³.

No obstante lo anterior, la descripción del objeto de las visitas administrativas en la forma en que quedó establecida en las credenciales no impidió a **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) establecer, con el rigor y alcance propio de esa etapa del trámite, el objeto de la visita.

En efecto, las credenciales por las cuales se comisionó al personal de la Superintendencia para realizar visita administrativa a **IBEASER** y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) señalaron que el objeto de las diligencias era el de recaudar información (i) *“relacionada con su participación en procesos de contratación pública”*⁸⁴; (ii) *“asociada a los procesos de contratación pública en que directa o indirectamente”* habían participado⁸⁵; y (iii) *“sobre actividades relacionadas, anexas o conexas con el suministro de alimentos preparados y productos destinados a cualquier Plan de Alimentación Escolar, y de la prestación de cualquier servicio necesario o relacionado con las actividades antes mencionadas”*⁸⁶.

Así las cosas, el objeto de las visitas administrativas descrito en las credenciales y puesto de presente por los funcionarios durante todo el curso de las diligencias referidas permite corroborar que éstas estaban dirigidas a conocer hechos o circunstancias relacionadas con el comportamiento de **IBEASER** y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) en los procesos de selección contractual estatal en los que participaban. Estos aspectos, además, guardan indudable *“relación de conexidad”*⁸⁷ con el ejercicio de las funciones de la Superintendencia consistentes en (i) velar por la observancia de las disposiciones en materia de protección de la libre competencia económica en los mercados nacionales; (ii) conocer en forma privativa de las reclamaciones o quejas por hechos que afecten la competencia en todos los mercados nacionales y dar trámite a aquellas que sean significativas para alcanzar en particular, los siguientes propósitos: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica; (iii) imponer con base en la ley y de acuerdo con el procedimiento aplicable las sanciones pertinentes por violación a cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia económica; y (iv) 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.

Como se manifestó en el numeral **3.2.1.2.2.**, los requerimientos de información formulados durante la visita administrativa se delimitaron respecto de aquella información que guardaba relación con la empresa y para fines empresariales y que, por ello, tenía correspondencia con el asunto materia de investigación, el cual estaba circunscrito a conocer el comportamiento de estos agentes del mercado en procesos de contratación estatal.

Sin perjuicio de lo anterior, es importante agregar que la visita administrativa practicada en este caso no impidió a los investigados discutir el cumplimiento de las condiciones de pertinencia de la información recaudada. Sobre este aspecto, la Delegatura destaca que en la sentencia C-165 de 2019, la Corte Constitucional destacó que *“una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia,*

⁸³ *Ibidem.*

⁸⁴ Folio 295 del cuaderno público No. 2, radicado No. 15-294203-13-0.

⁸⁵ Folio 1696 del cuaderno público No. 9, radicado No. 17-48494-17-0.

⁸⁶ Folio 1696 del cuaderno público No. 9, radicado No. 17-48494-17-0.

⁸⁷ Cfr. Sentencia C-165 de 2019 de la Corte Constitucional en la cual se manifestó: *“29. Es importante resaltar que las facultades probatorias de la SIC se encuentran delimitadas en cuanto a su objeto y tema de prueba. En cuanto al objeto, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional ha señalado que, en el marco de investigaciones administrativas, las autoridades administrativas, tales como la SIC, únicamente puede solicitar los documentos que tengan una relación de conexidad con el ejercicio de las funciones que le corresponden”.*

utilidad y conducencia y por tanto, deben ser rechazados, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente" (resaltado fuera del texto original).

En esta línea, advierte la Corte que las visitas de inspección son diligencias administrativas en las que la SIC recauda diferentes elementos probatorios, relacionados con el objeto de la investigación en cada caso, que se den en el marco de las funciones de la SIC. El hecho de que los investigados no puedan recurrir la decisión de realizar una visita de inspección no significa que las reglas referentes al decreto, práctica, contradicción y admisibilidad de las pruebas no sean aplicables. Por el contrario, como se expuso, estas reglas resultan plenamente aplicables y por tanto el derecho de defensa de los investigados no se ve afectado. Una vez iniciada la investigación administrativa los investigados podrán contradecir todas las pruebas y podrán alegar, por ejemplo, que los documentos que fueron recaudados durante las visitas de inspección carecen de pertinencia, utilidad y conducencia y por tanto deben ser rechazados, situación que debe ser analizada en cada caso concreto por el juez competente.

En definitiva, la solicitud de nulidad propuesta no puede prosperar, puesto que en las credenciales de las visitas se expuso, con el rigor propio de la etapa de la averiguación preliminar, el objeto de las visitas administrativas, las facultades de la Superintendencia para realizarlas y aquellas que le permiten requerir información a las personas naturales y jurídicas visitadas, sin que se hubiera impedido el ejercicio del derecho de defensa por parte de los ahora investigados.

4. Fundamentos de la recomendación

A continuación, la Delegatura expondrá las razones que sirven de sustento a la recomendación del presente informe motivado en el sentido de sancionar a algunos investigados.

Así pues, en primer lugar se expondrá una consideración previa respecto del **MCP** de la **BMC**, cuyo propósito será evidenciar que este escenario de negociación procura que las entidades públicas adquieran **BCTU** mediante un procedimiento de adjudicación en el que el único factor de competencia es el menor precio ofrecido. Seguidamente se expondrán las etapas que se surten en el **MCP** de la **BMC** para la adquisición de bienes y servicios y se evidenciará cómo las ruedas de negociación buscan la adjudicación de los bienes y servicios al menor precio posible, de manera que las entidades contratantes optimicen el gasto público (sección 4.1.).

En una segunda parte se presentarán los tres aspectos que facilitaron la coordinación y ejecución del acuerdo anticompetitivo, esto es, (i) las relaciones familiares existentes entre algunos investigados, que a su vez son controlantes de las personas jurídicas involucradas en el acuerdo investigado; (ii) la vinculación de un operador común a varias empresas investigadas; y (iii) la conducta adoptada por la **ALFM** en relación con los proveedores de comidas listas y panadería larga vida (sección 4.2.).

En tercer lugar, se expondrán los argumentos que demuestran la coordinación imputada a los investigados entre los años 2011 a marzo de 2018 en los procesos de selección para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña, desarrollados en el **MCP** de la **BMC**. En este acápite se demostrará cómo la coordinación imputada a los investigados en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos fue corroborada en la etapa probatoria, incluso con la propia declaración de los investigados y sus escritos de descargos. También se tratarán los aspectos adicionales que, igualmente, guardan relación con el comportamiento coordinado y el esquema de distribución de adjudicaciones diseñado y ejecutado por las empresas investigadas. Así mismo, se presentarán los argumentos que desvirtúan las defensas de **CATALINSA**, **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) en el sentido de desconocer la existencia de la conducta coordinada durante el período comprendido entre los años 2011 a marzo de 2018 (sección 4.3.).

En cuarto lugar, se presentará el material probatorio y los argumentos que permiten afirmar que este esquema resultó idóneo para limitar la libre competencia económica y para afectar los propósitos perseguidos por el régimen de protección de la libre competencia económica, en especial la eficiencia económica y el bienestar del Estado en su rol de consumidor. Se

presentarán, entonces, los argumentos por los cuales la Delegatura estima que el comportamiento tiene el carácter de restrictivo de la competencia y, en esa medida, merece reproche por parte de esta autoridad de competencia. Así mismo se evidenciará cómo las tesis de defensa que los investigados propusieron sobre este aspecto no tienen un fundamento adecuado (sección 4.4.)

En quinto lugar, se resolverán los otros argumentos formulados por los investigados, descritos en el numeral 2.6. de este informe motivado (sección 4.5.).

4.1. El MCP de la BMC es un sistema de negociación para la adquisición de bienes de características técnicas uniformes bajo el sistema de menor precio

A continuación se precisarán dos aspectos que resultan relevantes para comprender lo que más adelante se explicará respecto del acuerdo anticompetitivo que desarrollaron los investigados.

El primero hace referencia a que el **MCP** creado por la **BMC** es uno de los mecanismos dispuestos por el Estatuto de Contratación Pública (selección en bolsa de productos) para que las entidades públicas adquieran bienes de características técnicas uniformes —**BCTU**—, como lo son, según disposición de la **ALFM**, las comidas listas y la panadería larga vida. Como se verá, en esta modalidad de contratación el único factor de competencia y el garante de la selección objetiva es el menor precio. Por esa razón, en bolsas de productos como la **BMC**, resultan particularmente importantes las normas del régimen de protección de la libre competencia económica.

El segundo aspecto hace referencia a las etapas que se deben surtir en el **MCP** de la **BMC** para que la **ALFM** adquiera las comidas listas y la panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña. En este aparte se evidenciará que el propósito de las ruedas de negociación consiste en que las **SCB** de la punta vendedora habilitadas por cada operación compitan —a través del mecanismo de la puja— por resultar adjudicatarias de las operaciones al menor precio posible, de manera que se haga una selección objetiva de los proveedores de estos alimentos.

4.1.1. El sistema de menor precio como único factor de selección de las ofertas en la adquisición de BCTU en el MCP de la BMC

Según el Estatuto de Contratación Pública, la finalidad de los procedimientos para la adquisición de **BCTU** es la de “lograr el mejor valor del dinero de los contribuyentes y de los demás recursos del Estado”⁸⁸ mediante la adquisición de bienes y productos al menor precio posible. Es por ello que el factor principal de competencia y el garante de la selección objetiva es el menor precio. A continuación se presentan los argumentos que fundamentan esta afirmación.

El numeral 2 del artículo 2 de la Ley 1150 de 2007 establece que, para garantizar la eficiencia de la gestión contractual, las entidades públicas podrán acudir a la modalidad de selección abreviada de contratistas en los casos en que por las características del objeto puedan adelantarse procesos simplificados. Entre las causales que justifican esta modalidad se encuentra la adquisición o suministro de **BCTU**⁸⁹.

En esa línea, el segundo inciso del literal a) del numeral 2 del mismo artículo dispone que “para la adquisición de estos bienes y servicios las entidades deberán, siempre que el reglamento así lo señale, hacer uso de procedimientos de subasta inversa o de instrumentos de compra por catálogo derivados de la celebración de acuerdos marco de precios o **de procedimientos de adquisición en bolsas de productos**” (destacado fuera del texto original).

⁸⁸ Safar, M. (2016). ¿Hay ventajas en el mecanismo de subasta para la contratación pública en Colombia? Revista digital de Derecho Administrativo n.º 15, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, pp. 273-293. doi: <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n15.13>

⁸⁹ Según el artículo 2, numeral 2, literal a) de la Ley 1150 de 2007, los BCTU son “aquellos que poseen las mismas especificaciones técnicas, con independencia de su diseño o de sus características descriptivas, y comparten patrones de desempeño y calidad objetivamente definidos”.

Por su parte, el artículo 5 de la misma Ley 1150 de 2007 dispone que “[e]s *objetiva la selección en la cual la escogencia se haga al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca*”, lo cual, en el caso de la adquisición de **BCTU** a través de estas bolsas de productos, se garantiza cuando las entidades estatales incluyen “*como único factor de evaluación el menor precio ofrecido*”, según lo dispone el numeral 3 del mismo artículo⁹⁰.

En relación con el objeto de esta actuación administrativa es importante resaltar, con fundamento en el artículo 2 de la Ley 1340 de 2009, que el régimen de protección de la libre competencia económica es plenamente aplicable a la actividad que desarrollan las bolsas de productos, conclusión que se fortalece teniendo en cuenta que ese tipo de mecanismos están previstos por las normas ya citadas como un instrumento disponible para que las entidades públicas puedan adquirir **BCTU**. Además de la aplicabilidad general del régimen de protección de la libre competencia económica a la actividad que desarrollan las bolsas de productos, su aplicación concreta se refuerza con la normativa propia de ese tipo de mecanismo, prevista en el Decreto 2555 de 2010, el cual incluye una serie de reglas que están fundadas en consideraciones de libertad de competencia económica.

En línea con lo expuesto, conviene citar lo dispuesto en el artículo 2.11.1.1.9. del Decreto 2555 de 2010, que tiene un contenido instrumental para garantizar la libre competencia económica en los sistemas de negociación de la **BMC**. La regla en cuestión establece lo siguiente:

*“Los sistemas de negociación de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities deberán **procurar la más alta participación de personas** en los mismos, promover la **eficiencia y liquidez del mercado**, asegurar niveles apropiados de **protección a los inversionistas y usuarios**, incluir **reglas de transparencia** en las operaciones, así como garantizar la difusión de información en tiempo real, con respecto a las operaciones que se celebren por su conducto.*

*Dichos sistemas se deben diseñar para operar y ofrecer **precios eficientes**, así como para garantizar un **tratamiento equitativo** a todos los participantes. En consecuencia, las metodologías de negociación que adopten deberán ser **justas y ordenadas**, de tal manera que se permita a los participantes **obtener el mejor precio disponible en el sistema**, de acuerdo con el tamaño de la oferta de compra o venta y el momento de su realización” (destacado fuera del texto original).*

Como se pasa a explicar, en el artículo transcrito se encuentran reglas que la Delegatura considera como manifestaciones de los principios de eficiencia y transparencia que, en el contexto que interesa en este caso, resultan determinantes para materializar los contenidos del derecho de libre competencia económica en la actuación de las bolsas de productos.

Esa exposición, como pasa a verse, se desarrollará en relación con la actividad de la **BMC**, una sociedad anónima de economía mixta, vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia y que suministra un escenario de negociación para que las entidades públicas puedan adquirir los **BCTU** que demanden.

En relación con el principio de eficiencia, ya está claro —con fundamento en las normas de la Ley 1150 de 2007 y del Decreto 2555 de 2010— que los sistemas de negociación que administra la **BMC** deben promover la eficiencia y alta participación del mercado, garantizar un

⁹⁰ Ramírez Rusinque, Iván Alirio (2014). “Menor valor: ¿oferta más favorable?”, en Revista Digital de Derecho Administrativo n.º 11. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Págs. 211-253. “[D]esde la perspectiva del deber de selección objetiva, teniendo en cuenta que más que un principio implica un deber, que se traduce en una obligación para toda la administración pública, el cual se debe acatar de forma irrefutable. Así las cosas, en la consagración legal referenciada en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 se estableció **el menor valor como único factor de adjudicación cuando el objeto de la contratación estatal sea la adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización**. El deber de selección objetiva se estableció con un matiz más reglado al aspecto discrecional y dotado de principios que el anterior articulado, (...). De tal forma que las reglas no admiten valoración alguna a la luz de los principios constitucionales y legales, sino que obedecen a reglas que deben cumplirse so pena de incurrirse en una selección no objetiva. En ese ámbito, **se consagró como garante del deber de la selección objetiva el menor precio ofrecido sin valoración alguna ni interpretación posible por parte del operador jurídico, cuando se trate de adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización**” (destacado fuera del texto original).

tratamiento equitativo a todos los participantes y permitir que las entidades públicas que recurren al **MCP** para la adquisición de **BCTU**, obtengan el mejor precio disponible en el sistema.

Recuérdese, sobre este punto, que en aquellos eventos en los que el mecanismo en estudio se emplea para la adquisición de **BCTU** por parte de entidades públicas el precio debe ser el único factor de evaluación. Pero además de ello, al consagrarse un sistema de menor precio como mecanismo de adjudicación, el principio de selección objetiva también involucra el principio de pluralidad de oferentes, puesto que ello garantiza la puja y la competencia en el ofrecimiento de un menor precio para lograr la adjudicación de los productos⁹¹. Un escenario competitivo como el que pretende preservar el **MCP** de la **BMC**, permite la formación libre y eficiente de precios y, por lo tanto, cualquier manipulación sobre este aspecto desnaturalizaría la modalidad de selección abreviada, así como la utilización de las bolsas de productos como mecanismo para que las entidades públicas adquieran **BCTU**.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 3.6.2.1.3.4. del Reglamento de Funcionamiento y Operación de la **BMC**⁹² —reglamento interno— ratifica que el mecanismo de puja debe garantizar que en desarrollo de la rueda de negociación las entidades estatales “*obtengan el menor precio*” disponible en el mercado. De esta forma, el reglamento en mención prevé que la puja debe hacerse por precio unitario a la baja, lo cual ocurre mediante posturas sucesivas con disminución de precio o mediante posturas sucesivas con aumento de cantidades sobre un mismo valor total de la negociación.

Así mismo, el reglamento referido contiene normas cuya finalidad es garantizar la pluralidad de oferentes que, a su vez, creen las condiciones para que haya competencia por el precio y para que la adjudicación de los productos corresponda a aquel que ofrezca el menor valor. A manera de ejemplo, el artículo 3.6.2.1.2.10 del reglamento interno dispone que las fichas técnicas de negociación no deberán incluir condiciones de negociación o de cumplimiento de la operación que tiendan a direccionar la operación o a limitar el mercado de tal manera que se afecte la pluralidad. En el mismo sentido, el artículo 3.1.2.5.6.5. de la Circular Única de la **BMC**, dispone un procedimiento para los supuestos en que se presente un único oferente en la rueda de negociación por un producto.

Igualmente, el artículo 5.2.1.13. del reglamento interno, sobre “[m]anipulación del mercado”, dispone que “*las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa y las personas naturales vinculadas a éstas deberán abstenerse de realizar, colaborar, cohonestar, autorizar, participar de cualquier forma o coadyuvar con operaciones o cualquier otro acto relacionado que tenga por objeto o efecto*”, entre otras, (i) afectar la libre formación de los precios en el mercado, (ii) disminuir, aumentar, estabilizar o mantener artificialmente el precio, la oferta o la demanda, y (iii) obstaculizar la libre concurrencia o interferir en las ofertas.

Ahora bien, la escogencia de la modalidad de selección abreviada a través del **MCP** de la **BMC** por parte de la **ALFM**, obedeció precisamente a la necesidad de la entidad de adquirir **BCTU**, como lo son las comidas listas y la panadería larga vida, mediante un procedimiento que le permitiera adjudicar los productos a aquel proveedor que ofreciera el menor valor, con el propósito final de lograr beneficios tanto para **ALFM** como para la Fuerza Pública, consumidor final de las raciones de campaña.

En efecto, la **ALFM**, como operador logístico que concentra las compras y adquisiciones de los alimentos que integran las raciones de campaña para su posterior suministro al Ministerio de Defensa Nacional-Fuerza Pública, procura adquirir los elementos que la integran al menor precio posible, de manera que, luego de su venta al consumidor final, la **ALFM**, como intermediario logístico, obtenga rentabilidad. De este modo, la obtención de los productos a un buen precio por parte de la **ALFM**, redundará finalmente en la optimización de los recursos que destina el Ministerio de Defensa—Fuerza Pública para la adquisición de las raciones de campaña a la **ALFM**.

⁹¹ Cfr. Ramírez Rusinque, Iván Alirio (2014), ob. cit.

⁹² Conforme al reglamento interno de la **BMC** vigente al 4 de febrero de 2019.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO** (ex director de la cadena de suministros de la **ALFM**⁹³) explicó la evolución en la contratación para la adquisición de las raciones de campaña⁹⁴. Para ello señaló que la circunstancia de que la **ALFM** adquiriera todos los productos que integran las raciones de campaña para su posterior ensamble con destino a la Fuerza Pública, obedeció a la necesidad de generar una “*planeación agregada de demanda*”⁹⁵ o la creación de una “*economía de escala*”⁹⁶ que le permitiera a la **ALFM** comprar grandes cantidades de productos al mejor precio posible.

Según lo declarado, esta planeación agregada de demanda de la Fuerza Pública concentrada en la **ALFM** representa eficiencias para el consumidor final, puesto que por la compra a “*escala*” de los productos, la Fuerza Pública obtiene un mejor provecho de los recursos públicos que destina para la compra de las raciones de campaña. Así mismo, la **ALFM** obtiene provecho, como intermediario logístico, al obtener una mejor “*rentabilidad*”⁹⁷ producto del suministro que realiza al Ministerio de Defensa Nacional⁹⁸.

Así las cosas, habida cuenta de esa precisa necesidad de adquirir los bienes al menor precio posible, la **ALFM** realizó “*una alianza estratégica*”⁹⁹ con la **BMC** con el propósito de adquirir los productos que integran las raciones de campaña, entre los que se incluye la panadería larga vida y las comidas listas, en el **MCP** a través del mecanismo de adjudicación por sistema de menor valor o “*pujas*”.

En consecuencia, con fundamento lo expuesto, la Delegatura destaca que, por disposición de la Ley, en especial el Estatuto de Contratación Estatal, el principal factor de competencia en los procesos de selección en el **MCP** administrado por la **BMC** para la adquisición de productos, incluidos los procesos de adquisición de comidas listas y panadería larga vida, es el menor valor, precedido de la puja por los proponentes habilitados para la rueda de negociación. De manera que, si esa selección no obedece al mejor precio, la selección objetiva no puede ser garantizada en esos procesos de selección.

Con fundamento en esta conclusión, a continuación la Delegatura procederá a exponer el procedimiento dispuesto por el **MCP** de la **BMC**, cuya finalidad última es la de “*lograr el mejor valor del dinero de los contribuyentes y de los demás recursos del Estado*”¹⁰⁰, mediante la disposición de un sistema de negociación en el cual el criterio de adjudicación es el de menor precio posible.

⁹³ Cfr. Folio 6277 del cuaderno público No. 32. Según los generales de Ley, expuestos en la audiencia de declaración y ratificación, **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO** ocupó varios cargos relacionados con la compra de productos y posterior ensamble de raciones de campaña —tanto en el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional, al cual estuvo vinculado laboralmente desde el año 2005, como en la **ALFM**, a la cual se vinculó laboralmente a partir del año 2016—. Sus cargos se relacionan a continuación: a partir del año 2008 empezó a liderar el proceso industrial al cual pertenecía el grupo de raciones de campaña; en el año 2012 pasó a ser coordinador del grupo industrial, con el fin de administrar todo aquello que tenía que ver con la misión y objetivo que tenía cada una de las unidades estratégicas de negocio que tenía dicho grupo; finalmente, en el año 2016 ascendió al cargo de director de cadena de suministros de la **ALFM**.

⁹⁴ Sobre este aspecto el declarante referido señaló que, en un primer momento, cada Fuerza Militar y la Policía Nacional adquirirían directamente con los proveedores las raciones de campaña que cada una requería; seguidamente el Fondo Rotatorio de las Fuerzas Militares adquirió el rol de operador logístico de cada una de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional; posteriormente la **ALFM** “*sumó capacidades para todas las fuerzas*” y logró concentrar la demanda de toda la Fuerza Pública, con el propósito de comprar a escala. Cfr. Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 20:18).

⁹⁵ Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 17:05).

⁹⁶ Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 17:06).

⁹⁷ Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 1:36:46).

⁹⁸ Cfr. Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 47:53). “*Pues, si hubiera pujas lógicamente, el ejercicio que se hace a través de la bolsa es optimizar esa rentabilidad*”.

⁹⁹ Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 17:10).

¹⁰⁰ Safar, M. (2016). Ob. cit.

4.1.2. El escenario de negociación del MCP de la BMC como mecanismo para que la adjudicación corresponda al menor precio

Para la Delegatura, el propósito de las ruedas de negociación consiste en que las **SCB** de la punta vendedora, habilitadas por cada operación, compitan —a través del mecanismo de la puja— por resultar adjudicatarios de las operaciones al menor precio posible, de manera que se haga una selección objetiva de los proveedores de comidas listas y panadería larga vida en los términos exigidos por el Estatuto de Contratación.

Con el propósito de precisar el comportamiento objeto de investigación, es pertinente explicar, con fundamento en el Decreto 2555 de 2010 y el Reglamento Interno, las etapas que se deben surtir para la adquisición de productos a través de la **BMC** y cómo ellas garantizan que se logre la adjudicación a aquel proveedor que haya ofrecido el menor valor.

El procedimiento correspondiente, cuando el mecanismo de negociación de la **BMC** es utilizado con el propósito de que una entidad pública adquiera **BCTU**, puede resumirse así:

(i) **Definición de la necesidad de negociación:** La entidad estatal realiza los estudios técnicos y económicos que la ley exige con la finalidad de determinar sus necesidades de compra y las condiciones en las cuales se deben realizar las operaciones de adquisición correspondientes.

(ii) **Manifestación de interés-carta de interés:** La entidad estatal manifiesta a la **BMC** su interés de adquirir "*bienes, productos y/o servicios*" por medio del **MCP**¹⁰¹. Para ello, remite una *carta de intención* que debe ser verificada por la **BMC** conforme con su reglamento interno y las condiciones establecidas en su Circular Única. En la "*carta de intención*", además de encontrarse la manifestación del interés de utilizar la **BMC** para la operación e indicar las condiciones de los bienes que se pretenden adquirir, la entidad también define la metodología de selección de la **SCB** que la representará en la rueda de negociación¹⁰².

(iii) **Publicación de condiciones y selección de la SCB que actúa por cuenta de la entidad estatal:** La **BMC** publica en su página web las fichas técnicas de negociación en las que se plantean las condiciones que van a regular la compra y las fichas que contienen las características técnicas de los productos que se pretende comercializar —fichas técnicas de productos—. Es de advertir que en esta etapa ambos documentos son provisionales, es decir, pueden ser objeto de observaciones por parte de las **SCB** que actúan por cuenta de los proveedores¹⁰³.

Así mismo, la **BMC** informa que se realizará la selección de la sociedad comisionista que actuará por cuenta de la entidad según la metodología definida por esta en la "*carta de intención*". Dicha metodología se ejecuta en una rueda de selección en la que cada sociedad comisionista interesada realiza una única postura y conforme a ello se elige.

(i) **Convocatoria a la negociación:** Una vez elegida la **SCB** que representará a la entidad en las ruedas de negociación, la **BMC** comunica al mercado el requerimiento de adquisición de productos y/o servicios por parte de las entidades públicas. Esto ocurre por medio de *Boletines Informativos*, que son documentos identificados con un número específico y el año respectivo. Así, en estos *Boletines Informativos* se anuncian las condiciones de compra, esto es, los productos y cantidades requeridas, las fechas de entrega y la fecha de la realización de la rueda de negociación¹⁰⁴.

¹⁰¹ El **MCP**, es definido como "*un mercado especializado*", que ha sido creado y estructurado "*para atender las necesidades de compra de las Entidades Estatales, a través de un proceso de selección abreviada*".

¹⁰² Artículo 3.1.2.5.3.1 de Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 30 de enero de 2019 en c.c. con Artículo 3.6.2.1.2.3. de Normas reglamentarias de la **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigentes al 4 de febrero de 2019.

¹⁰³ Artículo 3.1.2.5.5.1. de Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 30 de enero de 2019 en c.c. con Artículo 3.6.2.1.2.10. de Normas reglamentarias de la **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigentes al 4 de febrero de 2019.

¹⁰⁴ Artículo 3.1.2.5.6.1. de Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 30 de enero de 2019 en c.c. con Artículo 3.6.2.1.3.1. de Normas reglamentarias de la **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia s.a. vigentes al 4 de febrero de 2019.

Cabe resaltar que la adquisición de productos y/o servicios requeridos por la entidad estatal no cuenta con un número de proceso de identificación, como ocurre en los demás procesos de selección estatal. La forma de identificar estas negociaciones es relacionándolas con el número del *Boletín Informativo* en el que se anunció al público la compra respectiva. Así, un número de *Boletín Informativo* corresponde a una rueda de negociación en la que se celebran diferentes operaciones o pujas en las que se adjudican uno o más productos en cada una.

(ii) **Selección de las SCB para representar a los proveedores del producto y/o servicio:** Los proveedores del producto y/o servicio requerido por la entidad estatal seleccionan libremente una **SCB** para ofertar sus productos —**SCB** de punta vendedora— quien, a su vez, asigna a un operador, que es una persona natural encargada de asistir a la rueda de negociación y participar en las pujas por cuenta del proveedor.

(iii) **Publicación de fichas técnicas definitivas:** Transcurrida la fase destinada a que los proveedores, por medio de sus **SCB**, presenten observaciones a las fichas técnicas de negociación y a las fichas técnicas de los productos, así como la oportunidad para que la entidad, por intermedio de su **SCB**, defina las observaciones que considera procedentes, la **BMC** publica la versión definitiva de las fichas técnicas referidas¹⁰⁵.

(iv) **Habilitación:** Las **SCB** que actúan por cuenta de los proveedores presentan a la Dirección de Estructuración de Negocios de la **BMC** la documentación necesaria para acreditar que sus clientes cumplen con las condiciones de participación en la rueda de negociación. A manera de ejemplo, se enuncian los siguientes documentos que son necesarios para la habilitación: certificado de existencia y representación legal, documento de facultades para contratar, boletín de responsables fiscales de la Contraloría General de la República, inhabilidades e incompatibilidades, certificados de antecedentes disciplinarios, certificado de pago de seguridad social, riesgos laborales y aportes parafiscales, Registro Único de Proponentes (RUP), registro sanitario vigente, concepto técnico sanitario del INVIMA, entre otros.

A partir del anexo 40 de 2018, con los documentos de habilitación cada **SCB** que actúa en representación de un proveedor debe mencionar, adicionalmente, quien será el operador que representará en la rueda de negociación a ese proveedor.

La Dirección de Estructuración de Negocios verifica el cumplimiento de las condiciones y, tres (3) días antes de la celebración de la rueda de negociación, comunica por medio de correo electrónico a las **SCB** si fueron o no habilitadas. En caso de no ser habilitadas, **BMC** determina en su Circular el procedimiento, oportunidad y término aplicable para la corrección o subsanación de las deficiencias advertidas. Según la circular referida, las **SCB** de la punta compradora deberán allegar los documentos a más tardar dos (02) días antes de la fecha prevista para la celebración de la rueda de negociación¹⁰⁶.

Posteriormente, el día de la realización de la rueda de negociación la Dirección de Estructuración de Negocios de la **BMC** envía un correo electrónico al empleado de la **BMC** encargado de presidir la rueda. Mediante ese correo se relacionan los proveedores que resultaron habilitados para participar en la negociación y las **SCB** que actuarán en su nombre¹⁰⁷.

(v) **Rueda de negociación:** El operador que actúa por cuenta de la entidad estatal y aquellos que actúan por cuenta de los proveedores habilitados concurren a una "*rueda de negociación*", que es el espacio particular estructurado por la **BMC** para que se concrete la compraventa de los productos y/o servicios a contratar.

Una de las características esenciales de este escenario es que debe operar como un "*mercado ciego*". Esto significa que la entidad estatal y los proveedores no pueden actuar directamente en

¹⁰⁵ Artículo 3.1.2.5.5.2. de Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 30 de enero de 2019 en c.c. con Artículo 3.6.2.1.2.11. de Normas reglamentarias de la **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia vigentes al 4 de febrero de 2019.

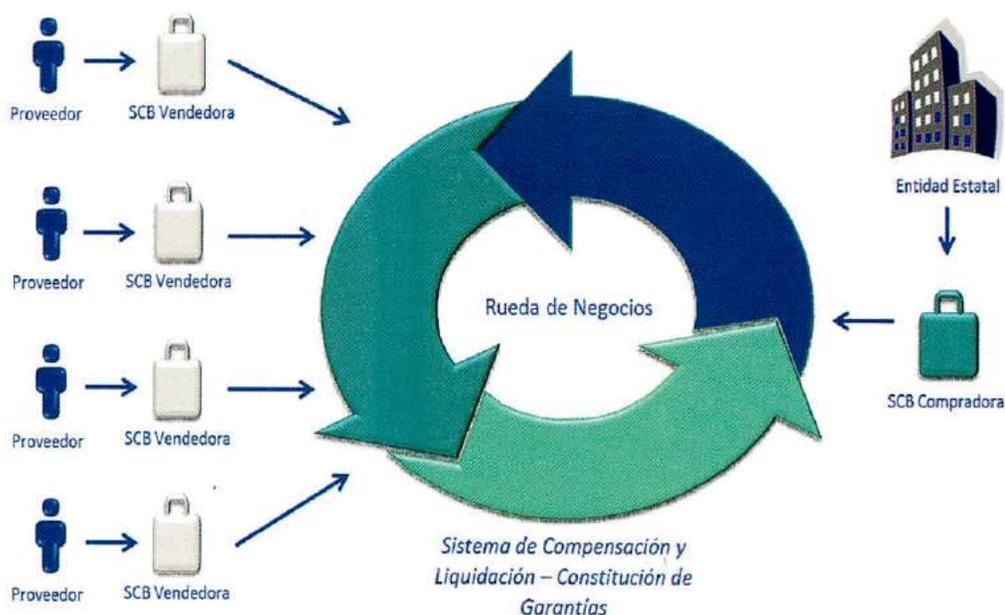
¹⁰⁶ Cfr. Artículo 3.1.2.5.6.3. de la Circular Única de la **BMC**.

¹⁰⁷ Artículo 3.1.2.5.6.1. de Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 30 de enero de 2019 en c.c. con Artículo 3.6.2.1.2.12. de Normas reglamentarias de la **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia vigentes al 4 de febrero de 2019.

ninguna de las etapas, mucho menos en la rueda de negociación. Así mismo, que las **SCB** y los operadores que representan a esos actores no deben tener conocimiento acerca de por cuenta de quién actúan las demás **SCB** y operadores que participan en la rueda de negociación.

Durante esta fase, en caso de que solo se presente un habilitado el reglamento de la **BMC** establece que el presidente de la rueda debe informar al mercado que no hay pluralidad de oferentes y solicitar a la **SCB** compradora que informe si continuará con el proceso de compra o si decide modificar la ficha de negociación¹⁰⁸.

Imagen. Dinámica de la rueda de negocios en la BMC.



Fuente: Presentación elaborada por **BMC**, obrante a folio 33 del cuaderno público No. 1.

Ahora bien, las ruedas de negociación están conformadas por un número plural de operaciones en las cuales se implementa una dinámica de puja para la formación del precio. A continuación se detallan estos conceptos¹⁰⁹.

Operaciones: La rueda de negociación está compuesta por una o varias operaciones que se identifican con el nombre del producto o el grupo de productos a adquirir. Un ejemplo es la operación No. 25806610, correspondiente al atún con verduras. Por estas operaciones compiten, mediante puja, los operadores de las **SCB** que actúan por cuenta de los proveedores.

Formación de precios: Para dar inicio a la operación, la **SCB** de la entidad postula un precio de compra piso, referencia o base y un precio techo. Es importante notar que el precio techo corresponde en la mayoría de las ocasiones al presupuesto oficial¹¹⁰. Esta banda de precios se construirá de acuerdo con el precio de referencia sobre el cual se aplica un 12% por encima y por debajo de dicho precio de referencia para operaciones de físicos disponibles y del 15% para

¹⁰⁸ Artículo 3.1.2.5.6.5 de la Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 30 de enero de 2019.

¹⁰⁹ Artículo 3.6.2.1.3.4., 3.1.2.5.6.3. y 3.1.2.1.1 de Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia vigente al 30 de enero de 2019 en c.c. con Artículo 3.6.2.1.3.4. y 3.6.2.1.3.5 de Normas reglamentarias de la **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigentes al 4 de febrero de 2019.

¹¹⁰ Folio 6295 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ANDREA DEL PILAR JARA POSADA**. Segunda parte. Minuto 12:46) "(...) Hay productos en donde esa evaluación claramente se hace, en la generalidad, casi, no de forma general, casi en la mayoría de los casos el precio techo corresponde al presupuesto máximo de cada grupo. Si uno revisa, si uno pudiera hacer una revisión, por ejemplo, del anexo de compra de Agencia Logística de raciones, el precio máximo de ese anexo va a corresponder, el precio máximo de ese grupo va a corresponder al precio techo establecido en el boletín de posturas de la Bolsa Mercantil. (...)". Minuto 14:24 "Y en el boletín de postura y en el boletín de precios de postura el precio techo corresponde al presupuesto de la entidad estatal y la ficha técnica de negociación, perdón, en el documento anexo".

operaciones *forward*¹¹¹. Es decir, para la compra de comidas listas y panadería larga vida, que corresponde a una operación de físicos disponibles se tiene:

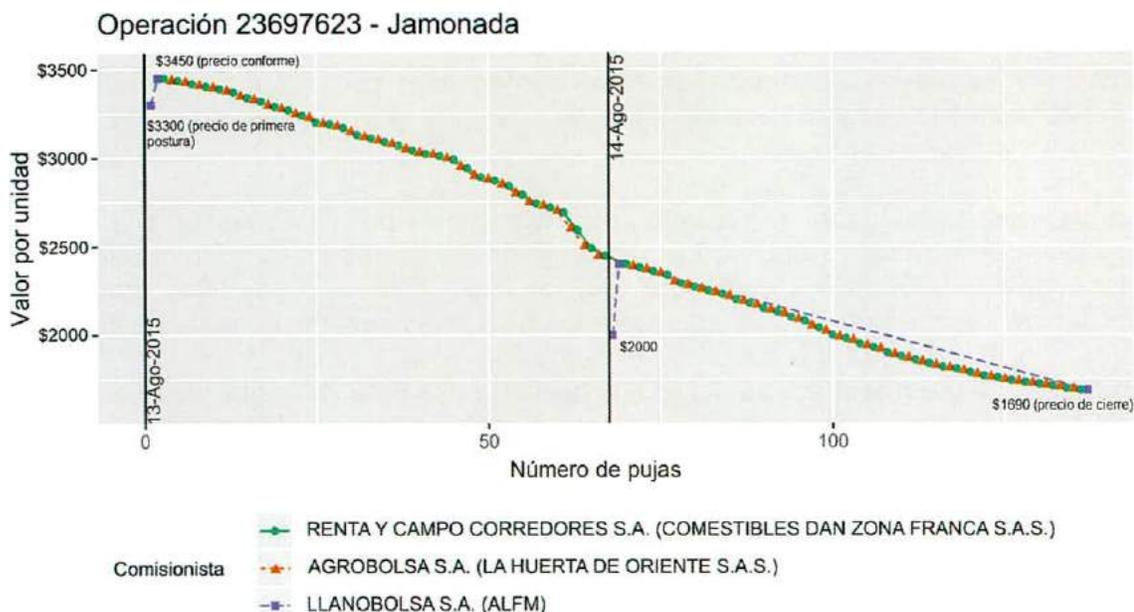


Fuente: Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. Vigente al 30 de enero de 2019.

Para dar inicio a la operación, la **SCB** de la entidad postula un precio base de compra frente al cual los oferentes pueden presentar pujas al alza, esto es, el precio se puede elevar hasta el punto en el que algún operador manifieste “conforme”. Quien lo haya manifestado hace una postura a partir de la cual se inicia a viva voz la realización de posturas (o pujas) sucesivas a la baja que mejoren el precio ofrecido en la postura anterior.

Para ejemplificar esta dinámica, se presenta lo ocurrido en la operación No. 23697623, correspondiente a la comida lista denominada “*jamonada*”. Para esta operación la **SCB** de la punta compradora postuló dos precios de compra para obtener el “conforme” por parte de alguna **SCB** de la punta vendedora: \$3.300 y \$3.450. Una vez obtuvo el “conforme” por parte de una de las **SCB** habilitadas por la punta vendedora para esa operación, entre las **SCB** de la punta vendedora inició la puja con posturas sucesivas a la baja, hasta que la operación se cerró por no pregonarse una postura de puja que superara la anterior. Como se advierte, este mecanismo de puja permite a la entidad estatal obtener el menor precio, mediante el ahorro en el precio de compra, que, en este ejemplo, alcanzó un porcentaje de ahorro del 52% en relación con la postura inicial pregonada por la **SCB** representante de la **ALFM**.

Gráfica– Comportamiento de la puja en la operación de la JAMONADA



Fuente: Elaboración **SIC** a partir de información allegada por la **BMC**, obrante en cuaderno reservado No. 1.

¹¹¹ Artículo 3.1.3.1.3. de Circular Única **BMC** Bolsa Mercantil de Colombia S.A. Vigente al 30 de enero de 2019. Cfr. Folio 6295 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ANDREA DEL PILAR JARA POSADA**. Segunda parte. Minuto 12:22) “(...) Entonces, el reglamento de la bolsa, y la circular única de Bolsa establecen que una vez publicada la ficha técnica de negociación definitiva y dentro de los tres días hábiles siguientes la Bolsa debe publicar un Boletín de posturas, ese Boletín de posturas tiene tres pisos: el precio techo, el precio promedio y el precio piso.” Y minuto 13:20 “De ahí el reglamento también establece cómo se calcula el promedio y cómo se calcula el techo que claramente es un porcentaje. Digamos que eso es una regla para todas las operaciones, no solamente para raciones, entonces siempre va a encontrar precio techo como el valor máximo al tablero antes de IVA, establecido por la entidad, de ahí se calcula el promedio y de ahí se calcula el piso.(...) Y en el mercado de disponibles es como el 12%, si no estoy mal, pero es más o menos por eso. Por eso es un cálculo que establece el reglamento”.

En definitiva, el **MCP** de la **BMC** y las ruedas de negociación son un escenario propicio para que, en cumplimiento de las normas del Estatuto de Contratación, la **ALFM** y todas las entidades que allí concurren adquieran **BCTU**, como las comidas listas y la panadería larga vida, mediante la adjudicación por el sistema de menor valor precedido de la puja sucesiva entre los oferentes, cuyo factor determinante para la adjudicación, se insiste, es el mejor precio para la entidad compradora.

De manera que, en el caso objeto de investigación, como se verá más adelante, la adjudicación no atendió a un procedimiento precedido por puja entre los oferentes debido a una manipulación sobre este aspecto con ocasión del acuerdo celebrado entre los investigados. Tal acuerdo, entonces, desnaturalizó la modalidad de la selección abreviada y la utilización de la **BMC** como mecanismo para que la **ALFM** obtuviera las comidas listas y la panadería larga vida al menor precio posible.

4.2. Aspectos que facilitaron la ejecución del acuerdo

Teniendo en cuenta el material probatorio recaudado tanto en la etapa de averiguación preliminar como en la etapa probatoria de la investigación, se evidenciaron tres aspectos que favorecieron la configuración y ejecución del acuerdo por parte de los agentes del mercado investigados en los procesos de selección desarrollados en el escenario del **MCP** de la **BMC** para la compra de comidas listas y panadería larga vida, destinados al posterior ensamble de raciones de campaña por parte de la **ALFM**.

Dichos aspectos hacen referencia a que: (i) tres de las empresas investigadas que concurren a los procesos de selección mencionados se encontraban bajo el control de dos grupos familiares —la familia Almansa y la familia Villalobos—, los cuales tenían la capacidad de dirigir la toma de decisiones de **LHO** e **IBEASER** y **CATALINSA**, respectivamente; (ii) un mismo operador recibió mandato para actuar por cuenta de más de una empresa investigada en la misma operación en el marco de una rueda de negociación; y (iii) la forma en que la **ALFM** manejó su relación con los proveedores de comidas listas y panadería larga vida propició un escenario favorable para que las empresas investigadas pudieran coordinar su comportamiento antes, durante y después de las ruedas de negociación.

Estos tres aspectos, serán analizados a continuación.

4.2.1. Primer aspecto que facilitó la ejecución del acuerdo: empresas dirigidas por grupos familiares

4.2.1.1. Las relaciones entre **LHO**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) e **IBEASER**

Según la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, entre **LHO**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) e **IBEASER** existían relaciones relevantes que constituyen uno de los escenarios que facilitó la realización de la conducta anticompetitiva. A continuación se exponen los elementos probatorios que soportaron esta afirmación.

El primer elemento de juicio consiste en que **LHO** es una empresa familiar creada en 1964 por **LUIS ALFREDO ALMANSA RINCÓN** y su esposa, **LUCY LATORRE DE ALMANSA**. En la empresa han intervenido en diferentes oportunidades sus 5 hijos como representantes legales o directivos de la sociedad. Esos hijos son **MAURICIO ALFREDO ALMANSA LATORRE**, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), **RODOLFO ALMANSA LATORRE** y **CLAUDIA XIMENA ALMANSA LATORRE**.

La empresa fue constituida formalmente como sociedad limitada en 1981, con el nombre de **LA HUERTA DE ORIENTE LTDA**. Luego fue transformada en sociedad por acciones simplificada en 2014. Su objeto social principal es *“la fabricación, comercialización, ensamble de toda clase de productos alimenticios, suministro de alimentación, la explotación por todos los métodos del*

*procedimiento industrial de alimentos en forma directa en coordinación y/o asociación con personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, de cualquier naturaleza jurídica sean nacionales o extranjeras, especializadas o no, en estas actividades o ramas afines (...)*¹¹².

El segundo elemento de juicio hace referencia a que desde el año 2013 **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) se encuentra registrado ante la Cámara de Comercio de Bogotá como persona natural que desarrolla la actividad consistente en la elaboración de productos alimenticios, servicios de comidas y actividades especializadas para la construcción de edificios. Sumado a ello, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** figura en el registro mercantil como “*persona natural matriz*”¹¹³ del grupo empresarial conformado por las sociedades subordinadas **IBEROAMERICANA DE EMPAQUES LTDA.**, **IBEROAMERICANA HOTELERA S.A.S.**, **IBEAON S.A.S.** e **IBEASER**.

Ahora bien, la Delegatura resaltó, con fundamento en el acta de junta extraordinaria de socios de 10 de junio de 2014¹¹⁴, que para esa fecha **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) continuó siendo socio de **LHO** y contaba con 210.780 de las cuotas de **LHO**. También resaltó que los demás accionistas eran sus hermanas **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** y **CLAUDIA XIMENA ALMANSA LATORRE**, así como sus padres **LUIS ALFREDO ALMANSA RINCÓN** y **LUCY LATORRE DE ALMANSA**.

El tercer elemento de juicio con el que la Delegatura sostuvo la imputación consistió en que las personas que trabajaban en **LHO** le consultaban a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) ciertas actividades propias del giro ordinario de los negocios de la compañía. En efecto, la Delegatura presentó un correo electrónico remitido por **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS** (Directora Administrativa de **LHO**)¹¹⁵ a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), específicamente a su cuenta **juancarlosalmansa@yahoo.com**, en el cual se le consultaba respecto de la cotización “*de los cuartos fríos de Fómeque*”¹¹⁶.

El cuarto elemento de juicio con el cual la Delegatura sostuvo que entre **LHO** e **IBEASER** existían relaciones de mutua colaboración, hace referencia a correos electrónicos en los cuales se evidenciaba que personas con nivel decisorio de ambas empresas impartían instrucciones sobre operaciones conjuntas. En primer lugar, la Delegatura presentó un correo electrónico en el cual **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) se dirigió a personal de **IBEASER**, incluido **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), para impartir instrucciones autorizadas por este último respecto de una operación ante la **ALFM**. El correo se aprecia a continuación¹¹⁷:

¹¹² Folio 598 al 601 del cuaderno público No. 4, Cámara de Comercio de Bogotá. Certificado de existencia y representación legal de **LHO**. Matrícula renovada el 2 de mayo de 2018.

¹¹³ Folio 609 al 610 del cuaderno público No. 4, Cámara de Comercio de Bogotá. Certificado de existencia y representación legal **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Matrícula renovada el 28 de marzo de 2018.

¹¹⁴ Folio 651 del cuaderno público No. 4. (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: 001[2110140]).

¹¹⁵ Folio 791 del cuaderno público No. 5 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Fwd_COTIZACIÓN CUARTOS FRÍOS FÓMEQUE).

¹¹⁶ Folio 791 del cuaderno público No. 5 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Fwd_COTIZACIÓN CUARTOS FRÍOS FÓMEQUE).

¹¹⁷ Folio 791 del cuaderno público No. 5 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: SOLICITUD DE 3.000 PANES AGENCIA LOGISTICA).

From: Luz Adriana Almansa Latorre <adriana@lahuertadeoriente.com>
Sent: 3/25/2014 2:25:53 PM +0000
To: gerente.manufactura@ibeaser.com; juancarlosalmansa@yahoo.com; claudiarodriguez@ibeaser.com
CC: José Luis Díaz Medrano <jdiaz@lahuertadeoriente.com>; Ronald Valbuena Beltrán <rvalbuena@lahuertadeoriente.com>; Yasmín Suárez casallas <yasuarez@lahuertadeoriente.com>; Fernando Patiño Bótero <hpatino@lahuertadeoriente.com>; Giovanna Catherine Prado Cuadros <gprado@lahuertadeoriente.com>; Juanita Ferroni Calderón <jferroni@lahuertadeoriente.com>
Subject: SOLICITUD DE 3.000 PANES AGENCIA LOGISTICA
 Buenos días Gabriel:
 De acuerdo a lo conversado con Juan Carlos, me ha autorizado para solicitar la colaboración de ustedes respecto a la producción de los siguientes productos de panadería con el siguiente rotulado, para ser entregados a la Agencia Logística al momento que realicen su próxima entrega del mes de abril/14.
 Estos productos son para ser facturados a LA HUERTA DE ORIENTE:
PAN FRUTA
 1.500 Unds.
 LOTE: 072
 FP: 03-14
 FV: 03-16
PANETONNE ITALIANO
 1.500 Unds.
 LOTE: 072
 FP: 03-14
 FV: 03-16
 Muchas Gracias y quedo atenta a cualquier inquietud
 Cordial Saludo,
ADRIANA ALMANSA LATORRE
 Directora General
 Diagonal 46 No. 16-37
 Bogotá - Colombia
 Tel: 742 8994
adriana@lahuertadeoriente.com
www.lahuertadeoriente.com

Fuente: Folio No. 11, Resolución No. 34188 de 2018 "Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos". Imagen No. 5- Correo electrónico "SOLICITUD DE 3.000 PANES AGENCIA LOGÍSTICA".

De igual forma, en correo electrónico del 5 de abril de 2014¹¹⁸ **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO) agradeció al jefe de manufactura de **IBEASER** por la colaboración prestada en una operación específica.

From: Adriana Almansa <adriana@lahuertadeoriente.com>
Sent: 4/5/2014 1:58:50 AM +0000
To: Gabriel Prada <gerente.manufactura@ibeaser.com>; Claudia Rodriguez <claudiarodriguez@ibeaser.com>; Juan C <juancarlosalmansa@yahoo.com>
CC: Paola Chavez Garcia <pchavez@lahuertadeoriente.com>; Hernando Patiño <hpatino@lahuertadeoriente.com>; <rvalbuena@lahuertadeoriente.com>
Subject: AGRADECIMIENTO
 Gabriel, buenas noches:
 Una vez finalizada la actividad del sellado de galleta, queremos agradecerles a Ustedes y por tu intermedio, a todo el equipo de IBEASER que hizo posible con esa colaboración y el gran apoyo prestado, que lleváramos a feliz término esta labor en el momento oportuno.
 Un saludo para todos,
 Adriana Almansa L.

Fuente: Folio No. 12, Resolución No. 34188 de 2018 "Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos". Imagen No. 6- Correo electrónico "AGRADECIMIENTO".

El quinto elemento de juicio mencionado en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos consistió en que, de acuerdo con la información recaudada en relación con la participación en consorcios y/o uniones temporales por parte de las sociedades que se han relacionado, se identificó que **IBEASER** y **LHO** constituyeron la estructura plural denominada **UNIÓN TEMPORAL RACIONES DE COLOMBIA**, con una participación del 95% y el 5% respectivamente. El propósito de la estructura plural fue participar y ejecutar los contratos asociados con el suministro de alimentos a la **ALFM** para los años 2012 y 2013.

Ahora bien, la afirmación consistente en que entre **LHO**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) e **IBEASER** existían relaciones relevantes que favorecieron un escenario de coordinación entre las referidas sociedades, resultó corroborada en la etapa probatoria de esta investigación. El fundamento de esta conclusión se encuentra en las afirmaciones que los investigados realizaron en sus escritos de descargos y en las declaraciones

¹¹⁸ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: AGRADECIMIENTO [2101878]).

de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO) y **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS** (directora administrativa de LHO).

En primer lugar, **LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO), **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de LHO), **IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de IBEASER) se pronunciaron en el escrito de descargos respecto de los correos electrónicos referidos. Sobre estos documentos, dichos investigados reconocieron que, tal como lo había manifestado la Delegatura en la resolución de apertura de investigación, ellos daban cuenta de la “*colaboración prestada*” y “*autorizada por el sr. Juan Carlos Almansa Latorre*”¹¹⁹, a fin de superar una necesidad específica¹²⁰, al punto que se había expedido una factura por ese servicio. Se aprecia, entonces, que los investigados admitieron la existencia de las relaciones de colaboración entre las compañías. Por lo tanto, la conclusión que la Delegatura derivó de esa circunstancia, esto es, que esa relación de colaboración facilitó la coordinación entre las empresas en los procesos materia de investigación, también se encuentra fortalecida como resultado de las afirmaciones que los investigados formularon en sus actos de postulación.

En segundo lugar, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO), al rendir su declaración durante la etapa probatoria, se refirió al correo electrónico por el cual se le solicitó concepto a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) respecto de los cuartos fríos de Fόμεque. Sobre este aspecto, reconoció que se hizo tal consulta a manera “*informativa*” e indicó que ello obedeció a la experiencia del referido investigado en ese campo. A continuación se refiere la correspondiente declaración.

“Pregunta: ¿Cuál es la razón por la cual Jazmín Suárez le envía ese correo...como está aquí, a usted y al señor Juan Carlos Almansa?”¹²¹

***Luz Adriana Almansa Latorre:** Pues la verdad esto no... no me parece que tenga como mucha... relevancia, porque en algún momento, nosotros necesitábamos adquirir o reparar un cuarto frío, no recuerdo, y yo sí le dije a ella pues preguntémosle a Juan [Carlos Almansa], pues, de manera, de manera, informativa, porque pues **él tenía experiencia en ese campo y trabajó mucho tiempo en La Huerta** y yo pues la parte de equipos **y eso no la manejaba muy bien**, y era simplemente una consulta, una opinión (...), simplemente era para...tener una opinión”¹²².*

En tercer lugar, se tiene que **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO), en la declaración rendida en etapa probatoria reconoció que entre **LHO** e **IBEASER** se prestaban ayuda mutua con el propósito de atender contingencias y así cumplir con las obligaciones de los contratos que ejecutaban. La investigada afirmó lo siguiente:

“Pregunta: Yo, le voy a solicitar que por favor usted nos cuente, lo que recuerde, alrededor de esa...de ese correo electrónico, que dice: solicitud de tres mil panes Agencia Logística. Por favor, cuéntenos lo que recuerde”¹²³.

Luz Adriana Almansa Latorre:** Hasta donde recuerdo, **es una de las contingencias que, esporádicamente se nos presentaban en la planta, para producir x o y producto, en este caso, el pan de fruta y el panettone. Como les comentaba pues nosotros también atendíamos otros clientes, y seguramente en ese momento, no, no alcancé a no me daba la, no sé si no tenía el tiempo, o en ocasiones, alguna vez pasó que se me dañó el horno, se me dañó la selladora, y...pues, era bastante difícil mientras llegaba-desplazaba un técnico a la planta a atender el pues, la parte de mantenimiento. Pues, yo lo que sabía era que tenía que cumplir, tenía que moverme y...le solicité que me los eh...me colaboraran con producirlos allá, para poder cumplir”¹²⁴.

¹¹⁹ Folio 3685 del cuaderno público No. 20.

¹²⁰ Según escrito de descargo de LHO, folio 3687 del cuaderno público No. 20.

¹²¹ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE. Minuto 23:54).

¹²² Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE. Minuto 24:03).

¹²³ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE. Minuto 01:46:33).

¹²⁴ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE. Minuto 01:47:03).

En cuarto lugar, se advierte que **IBEASER** y **LHO** han continuado con su participación en procesos de selección a través de estructuras plurales. En efecto, **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS** (directora administrativa de **LHO**) afirmó que **IBEASER** y **LHO** habían conformado en el año 2018 una unión temporal para presentarse al proceso de selección adelantado por la **ALFM** para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña¹²⁵.

Sobre este aspecto es importante anotar que la conformación de uniones temporales con el propósito de aunar esfuerzos en el marco de la contratación estatal no es objeto de reproche en esta actuación administrativa, como lo sostienen **IBEASER** y **LHO** en sus descargos. En efecto, la finalidad de destacar estas circunstancias es la de evidenciar el contexto y los distintos aspectos que favorecieron el acuerdo anticompetitivo objeto de esta actuación administrativa. Como se advirtió desde la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, entre **IBEASER** y **LHO** —quienes tienen la calidad de competidores en el marco del suministro de comidas listas y panadería larga vida— existen relaciones de colaboración y cercanía, materializadas, entre otros aspectos, en la conformación de uniones temporales. Estas relaciones de cercanía, a juicio de la Delegatura, generaron el espacio propicio para que estos investigados coordinaran su comportamiento en los procesos de adquisición de comidas listas y panadería larga vida en el **MCP** de la **BMC**, que sí es el comportamiento objeto de reproche en esta investigación.

Así las cosas, de los elementos de convicción recaudados en la etapa de averiguación preliminar y en la etapa probatoria de esta investigación, la Delegatura considera que están acreditadas las relaciones relevantes que existen entre estos investigados, que propiciaron la coordinación de su comportamiento en los procesos de selección objeto de esta investigación. Estos elementos de juicio, son, en síntesis los siguientes: (i) la relación de hermanos entre **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) y los cargos directivos que ocupan cada uno de ellos en **IBEASER** y **LHO**, respectivamente; (ii) la titularidad de acciones de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) en **LHO**; (iii) la presencia de **IBEASER** y **LHO** en estructuras plurales para la participación en procesos de selección; y (iv) las relaciones de colaboración entre **LHO** e **IBEASER**.

4.2.1.2. El control de CATALINSA por parte de HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA)

4.2.1.2.1. La relación entre LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (apoderado y consultor externo de CATALINSA), HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA), MAUROS FOOD y CATALINSA

En relación con el vínculo existente entre la familia Villalobos y su consideración como parte integrante de uno de los escenarios que favoreció la ejecución de la conducta anticompetitiva, se observan tres aspectos que sustentan esta aseveración, los cuales serán expuestos a continuación.

La familia Villalobos se relaciona en la presente actuación administrativa, en primer lugar, como controlante de la empresa **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—. Dicha empresa fue constituida en el año de 1999 con un objeto principal consistente en *“la exploración por todos los métodos del procesamiento industrial de alimentos y su comercialización en forma directa o en coordinación y/o asociación con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que se ocupen en forma especializada de la misma actividad principal o ramas afines”*¹²⁶.

De acuerdo con la información incorporada en el registro mercantil, para el año 2011 los representantes legales de la compañía eran **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) —en calidad de presidente—, **HAYDER**

¹²⁵ Folio 6344 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS**), [00:59:23 *¿Además de La Huerta del Oriente quién se presentó? // 00:59:26 ¿En cuál? // 00:59:27 ...en el 2018// 00:59:28 Eh... ¿Presentación de la propuesta? //00:59:32 Sí. // 00:59:33 Eh... IBEASER. Lo hicimos en unión temporal”*.

¹²⁶ Folio 593 al 597 del cuaderno público No. 4, Cámara de Comercio de Bogotá. Certificado de existencia y representación legal de **MAUROS FOOD**. Matrícula renovada 30 de marzo de 2011.

MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) —en calidad de gerente—, **LUIS ÁNGEL VILLALOBOS SABOGAL** —en calidad de vicepresidente— y **JAVIER ROBERTO VILLALOBOS ROJAS** —en calidad de subgerente—. Todos eran, a su vez, accionistas de la empresa.

La conexidad de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— con el presente caso se deriva, por un lado, de que con anterioridad a su liquidación participó en el **MCP** de la **BMC** como proveedor de alimentos de la **ALFM** y, por el otro, porque existen elementos que permiten concluir que toda la operación de la empresa —así como su participación en el acuerdo anticompetitivo— continuó a través de **CATALINSA**, empresa en la que ahora prestan sus servicios las mismas personas que ejercían control sobre **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, esto es, la familia Villalobos.

Por otra parte, **CATALINSA** es una empresa que fue constituida en el año 2003 con el nombre de **REPRESENTACIONES BOCA LTDA.** Sus socios inicialmente eran **JAIDER SABOGAL VARELA** y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**). Con posterioridad, **JAIDER SABOGAL VARELA** cedió la titularidad de sus acciones a **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**), quien trabajó para **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—. En el año 2011 **REPRESENTACIONES BOCA LTDA.** se transformó en una sociedad por acciones simplificada y adoptó el nombre de **CATALINSA**. En la actualidad, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** actúa en calidad de representante legal y gerente, mientras que **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** lo hace como subgerente y representante legal.

De acuerdo con los elementos probatorios que fueron recaudados en la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura afirmó que existía una conexidad entre la familia Villalobos, **CATALINSA** y **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—. El sustento de esa conclusión se encontró, en primer lugar, en que (a) **CATALINSA** opera en el mercado como sucesora de la posición que tenía **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—. Esto se demostró con las coincidencias existentes entre las dos empresas mencionadas, entre ellas, que tienen el mismo objeto social, las mismas direcciones de inmuebles en los que operan, el mismo revisor fiscal, la utilización de los mismos equipos y mobiliario y la vinculación de la misma fuerza laboral. En segundo lugar, porque (b) **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), quien fue controlante de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, imparte instrucciones sobre el personal de **CATALINSA**. Esta situación se evidencia en correos electrónicos que denotan la injerencia que tiene en el desarrollo de la actividad de la compañía y el acceso que tiene a su información confidencial.

En lo atinente al rol de la empresa **CATALINSA** como sucesora de la posición de mercado de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos destacó de manera detallada distintos elementos probatorios que permiten acreditar la circunstancia en cuestión, los cuales son enunciados en este apartado de manera ilustrativa:

a) El objeto principal de **CATALINSA** es “[/]a explotación por todos los métodos del procesamiento industrial de alimentos y su comercialización en forma directa o en coordinación y/o asociación con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que se ocupen en forma especializada de la misma actividad principal o ramas afines”. Por lo tanto, coincide de forma exacta con el objeto que tenía **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—¹²⁷.

b) En los años 2010 y 2011 **CATALINSA** relacionó en los formularios para la renovación de la matrícula mercantil ante la Cámara de Comercio de Bogotá un correo electrónico —**cmora@maurosfood.com**—, cuyo dominio pertenecía a **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—¹²⁸.

¹²⁷ Folio No. 593 al 597 del cuaderno público No. 4. Cámara de Comercio de Bogotá. Certificado de existencia y representación legal de **MAUROS FOOD**. Matrícula renovada 30 de marzo de 2011.

¹²⁸ Folios No. 13 y 14, Resolución No. 34188 del 21 de mayo de 2018 “Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”.

c) En el año 2011, **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— matriculó un establecimiento de comercio ubicado en la dirección Calle 17 No. 116-76 de la ciudad de Bogotá. Esa misma dirección fue relacionada en el formulario de matrícula o renovación de matrícula mercantil de **CATALINSA** correspondiente al año 2012¹²⁹.

d) Uno de los establecimientos de comercio de **CATALINSA** está ubicado en la misma dirección que **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— había incorporado en el registro mercantil para efectos de recepción de notificaciones judiciales, esto es, la Calle 19A No. 68B-66¹³⁰.

e) Ambas empresas registraron como revisor fiscal a la firma **RÍOS Y CAMACHO EFACONT LTDA.** En detalle, **CATALINSA** nombró como revisor fiscal principal a Jorge Alfonso Restrepo Arango y como revisor fiscal suplente a Reinaldo Camacho Ovalle¹³¹.

f) La finca “EL HIGUERÓN”, identificada con la matrícula inmobiliaria No. 156-38588, de propiedad de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) y **LUIS ÁNGEL VILLALOBOS SABOGAL**, quienes fungían en su momento como presidente y vicepresidente de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, respectivamente, fue vendida a **CATALINSA** en el año 2013 por un precio de \$228'130.000. Sin embargo, para diciembre del mismo año los estados financieros de la empresa reportaron una valorización del inmueble de \$1.042'969.973¹³².

g) **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) y de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), anteriores controlantes de la empresa **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, están vinculados a **CATALINSA** en calidad de asesores externos.

Dicha vinculación tiene un componente particular. Corresponde a que dos de los antiguos empleados de los integrantes de la familia Villalobos en la empresa **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**), son actualmente los representantes legales, accionistas, gerente y subgerente respectivamente, de la empresa **CATALINSA**. Es de destacar que los antiguos trabajadores de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— y ahora socios de **CATALINSA** determinaron la vinculación de sus antiguos empleadores **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) y **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) como asesores de la última empresa mencionada.

h) **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), además de haber sido presidente de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— guarda una relación familiar en primer grado con **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**). Esta persona, además, está vinculado a la empresa **CATALINSA**. Al respecto, está acreditado que la asamblea general de accionistas de **CATALINSA** le otorgó un poder plenipotenciario para adelantar todo tipo de negocios en Perú, a lo que se debe agregar su nombramiento desde el año 2012 en calidad de “[A]sesor comercial y de producción”¹³³.

4.2.1.2.2. **CATALINSA es controlada por HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA)**

Al abordar este tema es fundamental indicar, previo a la consideración de los elementos de juicio que sustentan el control de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) de la empresa **CATALINSA** y la consecuente determinación del comportamiento competitivo de aquella, en qué consiste la situación de control.

¹²⁹ Folios No. 14 y 15, ibídem.

¹³⁰ Folios No. 15 y 16, ibídem.

¹³¹ Folio No. 16, ibídem.

¹³² Folio 2783 del cuaderno reservado No. 10.

¹³³ Folio No. 16 de la Resolución No. 34188 del 21 de mayo de 2018 “Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”.

De acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, por situación de control se entiende “[l]a posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación o terminación de la actividad de la empresa, la variación de la actividad a la que se dedica la empresa o la disposición de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa”.

La Superintendencia ha precisado el concepto en cuestión, en el sentido de que se tiene control sobre una empresa “cuando se obtiene la posibilidad de ejercer una ‘influencia material’ sobre su desempeño competitivo, es decir, una influencia que pueda afectar o modificar la manera en que la empresa compite en el mercado”. Al respecto, resaltó que la capacidad de afectar la manera en que una empresa compite en el mercado corresponde a “la posibilidad de influenciar la manera en que determina sus precios, su oferta y demanda, su presencia geográfica, sus niveles de calidad, sus inversiones, sus transacciones ordinarias, su endeudamiento, y cualquier otra variable relevante que afecte la forma en que se desenvuelve en el mercado”¹³⁴.

Igualmente, la Superintendencia dejó claro que la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa debe analizarse caso por caso y que ese análisis debe estar enfocado a determinar la relación real entre la empresa controlante y la controlada, independientemente del vínculo jurídico-económico que exista entre ellas, pues “el control puede emanar de una amplia gama de factores, bien considerados de manera independiente o en conjunto, y teniendo en cuenta tanto consideraciones legales como fácticas”¹³⁵.

Por otra parte, la influencia que constituye el control debe analizarse teniendo en cuenta el tipo de mercado en el que participan las personas respecto de las cuales se analiza la situación de control. En el caso de procesos de contratación pública, según lo ha dejado establecido la Superintendencia, la “determinación por parte de un agente o cualquier sujeto sobre las decisiones relativas a la participación en el proceso —es decir de la entrada o no al mercado—, relacionadas con la presentación de la oferta o la precisión de la estrategia a seguir para competir por la adjudicación y en general, sobre las actuaciones a realizar en el marco del proceso, son parte de la influencia en el comportamiento competitivo de la empresa, y por tanto, darían cuenta de la existencia de un control común”¹³⁶.

Con base en lo anterior, sin dejar de lado los elementos previos que demostrarían que **CATALINSA** ocupó la posición que **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— tenía en el mercado, al punto de ser considerada su sucesora, y la injerencia de la familia Villalobos en el desarrollo de la actividad de la compañía **CATALINSA**, esta Delegatura expondrá, a continuación, los elementos de juicio recaudados en esta investigación que demuestran que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) es la persona que determina el comportamiento competitivo de **CATALINSA**, esto por cuanto es su controlante.

4.2.1.2.2.1. El primer elemento de juicio hace referencia a que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), pese a ostentar solo la calidad de asesor externo, imparte instrucciones a empleados de **CATALINSA**.

En la etapa de averiguación preliminar la Delegatura recaudó un correo electrónico remitido por **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) a **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) desde el correo electrónico institucional de la gerencia de **CATALINSA**, gerencia@catalinsa.co. Mediante ese mensaje le dio instrucciones para la elaboración de un contrato de prestación de

¹³⁴ Resolución No. 39055 de 2019 “[P]or medio de la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”, dentro del expediente 17-401804, pág. 3 (INVÍAS).

¹³⁵ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 30418 de 2014 “[P]or la cual se cierra una investigación”, dentro del expediente 11-34930, reiterado en la Resolución No. 39055 de 2019 “[P]or medio de la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”, dentro del expediente 17-401804, pág. 3 (INVÍAS).

¹³⁶ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 19890 de 2017 “[P]or medio de la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”, dentro del expediente 11-71590, reiterado en la Resolución No. 39055 de 2019 “[P]or medio de la cual se abre una investigación y se formula pliego de cargos”, dentro del expediente 17-401804, pág. 3 (INVÍAS).

servicios. Es de resaltar que este correo fue copiado a su padre, **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**). A continuación, el correo referido¹³⁷:

From: Gerencia Catalinsa SAS <gerencia@catalinsa.co>
Sent: 5/15/2015 1:33:23 AM +0000
To: DIANA GUALTEROS <juridica@catalinsa.co>; Diana Gualteros <dgualterosj@gmail.com>
CC: Mauricio Villalobos <maurovill@me.com>
Subject: Contrato plaza mayor

Diana la idea del contrato es como sigue:

* es un contrato de prestación de servicio, mediante el cual Catalinsa (o cualquiera de las otra empresas) presta un servicio de ensamble de refrigerios que incluye: recepción de materias primas, almacenamiento, ensamble, logística, transporte y distribución de los mismos.

* el precio de este servicio es de 350 mas iva

* en las consideraciones debemos incluir todo el rastreo del contrato, es decir, un contrato interadministrativo, otro entre plaza mayor y nutrir de colombia y el nuestro

* la forma de pago debe ser: el viernes de cada semana se debe girar el 50% de anticipo del suministro de la siguiente semana, el viernes siguiente se debe pagar el saldo y el nuevo anticipo para la semana que sigue, y así consecutivamente.

* como requisito de ejecución o como obligación de la parte contratante, debe quedar que se necesita una certificación de la SED, mediante la cual la entidad nos libera las plantas para este suministro, ya que se encuentran comprometidas en el proceso de selección en curso.

* igualmente el compromiso de esta planta por parte nuestra, y por consiguiente el contrato, sólo estará vigente mientras inicia la ejecución del contrato resultante del proceso de selección actual

* las demás que me acuerde te las voy diciendo

La reunión es en IBEASER Iberoamericana de Alimentos y Servicios S.A. - Ibeaser S.A. - PBX: [\(571\) 446 32 00](tel:5714463200) / FAX: [\(571\) 414 45 32](tel:5714144532) / Carrera 68 B 10 A - 18 Bogotá D.C - Colombia.

Te he enviado una ubicación: Ibeaser, Carrera 68B, Bogotá, conduce allí usando Waze: <http://waze.to/lr/hd2g6379wg>

La hora a las 8,30 a.m., pregunta por Hernando Prieto Cel. (321) 609-2757

Yo llego por ahí a las 10,30 am - 11,00am
MAURICIO VILLALOBOS
Enviado desde mi iPad

Fuente: Folio 573 y 575 del cuaderno reservado No. 5, **CATALINSA**¹³⁸.

¹³⁷ Traslado de expediente, obrante en el folio No. 1 del cuaderno público No. 1. En lo referente al correo electrónico, se relaciona la información en el folio 553 del cuaderno público No. 3, ruta: ObjectID 558472/ObjectName Contrato plaza mayor/Path IMG_PARC_DIANAGUALTEROS_JURIDICA_CATALINSA.ad1/C:\NONAME [NTFS]/[root]/Documents and Settings/user/Configuraci3n local/Datos de programa/Microsoft/Outlook/juridica@catalinsa.co.pst/juridica/Principio del archivo de datos de Outlook/Bandeja de entrada/Contrato plaza mayor /From Gerencia Catalinsa SAS <gerencia@catalinsa.co> /Subject Contrato plaza mayor/ To DIANA GUALTEROS <juridica@catalinsa.co>; Diana Gualteros <dgualterosj@gmail.com>/ ReceivedDate 5/15/2015 1:35:28 AM

¹³⁸ En la audiencia de práctica de declaración celebrada el 3 de marzo de 2019, la Delegatura le puso de presente a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y a los demás investigados el correo electrónico referido.

En relación con el correo referido, es importante resaltar tres elementos que son coherentes con la tesis del control ejercido por **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) sobre **CATALINSA**: (i) el mensaje de correo electrónico está dirigido directamente a **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), empleada de la empresa referida, sin que se incluya copia alguna dirigida a los representantes de la empresa, estos son, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**). Este hecho denota que, en su calidad de empleada, recibió una instrucción directa que no fue comunicada a quienes, en teoría, deben impartir las instrucciones en la empresa; (ii) además de tratarse de una orden directa, impartida por parte de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) en su rol como supuesto asesor financiero, la instrucción que plasma en este correo trata sobre varios temas adicionales que no corresponden a su competencia como supuesto asesor financiero. Sumado a ello, la orden que se imparte por medio de este correo no se legitima en los supuestos controlantes de la empresa **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**), ya que no se indica que la instrucción se imparte por órdenes del representante y/o representantes; y (iii) **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) utiliza, sin restricción alguna, el correo de la gerencia de **CATALINSA**. Sobre este último aspecto se realizarán las precisiones correspondientes en el numeral **4.2.1.2.2.4**.

Los elementos previamente mencionados, aunados a los que fueron enumerados por la Delegatura en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, evidencian el verdadero papel de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), el cual es controlante de **CATALINSA**.

En concordancia con lo anterior, la Delegatura recaudó otro correo electrónico de 4 de febrero de 2014, en el cual **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) afirmó que había ajustado el "acta" de la "Agencia Logística" de acuerdo a las "instrucciones" de "Don Mauricio"¹³⁹.

| | |
|-----------------|---------------------------------------------------------------------------------|
| From: | Diana Gualteros <juridica@catalina.co> |
| Sent: | 2/4/2014 8:35:46 PM +0000 |
| To: | Subgerencia Catalina SAS <subgerencia@catalina.co> (subgerencia@catalina.co) |
| Subject: | Acta Agencia Logística |

Buenas tardes,

Adjunto documento ajustado conforme a las indicaciones de don Mauricio, lito para firmas.

Cordialmente,

Diana Gualteros
Directora Jurídica
CATALINSA SAS
juridica@catalina.co <mailto:juridica@catalina.co>
Calle 17 No. 116-76, Bogotá D.C., Colombia
Tel. (571)4220000, Fax. (571)4220022
www.catalina.co <http://www.catalina.co>

Fuente: Folio No. 18, Resolución No. 34188 de 2018 "Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos". Imagen No. 13- Correo electrónico "Acta Agencia Logística".

Aunado a lo anterior, en la declaración rendida en etapa probatoria de esta actuación administrativa, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), señaló en un primer momento que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) no le daba instrucciones. No obstante lo anterior, seguidamente reconoció que redactó por instrucción de **HAYDER MAURICIO**

¹³⁹ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Acta Agencia Logística [90188]).

VILLALOBOS ROJAS (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) un contrato de cuentas en participación que sería suscrito entre **CATALINSA** y **LHO**. A continuación, el aparte pertinente de la declaración.

“Pregunta: ¿Hayder Mauricio te daba instrucciones a ti respecto a hacer alguna actividad en (...) tu campo como directora jurídica?”

Diana Lucero Gualteros Jiménez: *Hayder Mauricio no [daba] instrucciones, pero sí muchas consultas directas eh con respecto... soy (...) la directora jurídica, es decir, efectivamente hay muchos muchos eh muchos procesos que lleva a cabo Mauricio que necesita una revisión previa mía, eh vuelvo y digo la adquisición de obligaciones, eh suscripción de pagarés, todo ese tipo de relación con vendedores y temas financieros, con entidades bancarias, eh claro todo eso pasa pues por mi verificación y efectivamente es algo que pues él me solicita, así como muchas veces yo le solicito a él la verificación de información financiera antes de que yo proceda con un siguiente paso pues porque es un tema que yo desconozco... Yo trabajo muy de la mano con Mauricio”¹⁴⁰.*

Como se advierte de la declaración recién transcrita, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), aunque afirmó que trabajaba “muy de la mano con Mauricio”, indicó que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) no le daba instrucciones de ningún tipo, excepto en relación con aquello que tenía que ver con consultas directas o revisiones previas que ella debía realizar. Según esa parte de la declaración el rol **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) estaría limitado a asuntos relacionados con su calidad de asesor externo de **CATALINSA** en el ámbito financiero.

Sin embargo, en un momento posterior de la declaración, al ser cuestionada sobre lo atinente a una minuta de un contrato de cuentas en participación elaborada para materializar la colaboración entre **CATALINSA** y **LHO**¹⁴¹, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) manifestó que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) fue quien le suministró una minuta para su elaboración, tal como se observa en el siguiente extracto:

*“Pregunta: Diana, te vamos a poner de presente un documento al que se hace referencia en la apertura, y que fue encontrado en tu computador, que fue extraído en la visita administrativa realizada a la empresa **CATALINSA**, que da cuenta de una minuta de un contrato de cuentas en participación, es la hoja treinta y tres de la apertura... Lo primero que queremos que nos cuentes es quién te dio la orden de elaborar ese contrato.”*

Diana Lucero Gualteros Jiménez: *En este momento, no recuerdo si fue William o si fue una consulta de Mauricio, pero este contrato efectivamente fue un contrato que yo redacté bajo un formato que me facilita Mauricio, eso sí estoy segura. Es un contrato pues, regulado por la legislación comercial, un contrato de cuentas en participación, en el que se pensaba llevar a cabo una negociación con La Huerta de Oriente. Yo este contrato no recuerdo manejar ni carpeta ni expediente ni nada porque nunca se firmó y nunca se perfeccionó, es decir, hasta donde yo recuerdo o por lo menos lo que yo Diana tramité, yo adelanté una minuta, y esa negociación debió haberse quedado ahí porque nunca más me volvieron a pedir el documento final, sino es que a mí me dieron la indicación de ir trabajando en el formato y eso fue lo que se hizo. Pero nunca lo perfeccionamos”¹⁴².*

(...)

Pregunta: Y tú nos hablabas que **Hayder Mauricio** te envió un modelo para elaborar este contrato.

¹⁴⁰ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 17:53).

¹⁴¹ Folio No. 33 de la Resolución No. 34188 del 21 de mayo de 2018 “Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”.

¹⁴² Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 42:43 a 43:24).

Diana Lucero Gualteros Jiménez: *Sí, pues era un un tema común... uno como abogado guardar sus formatos. Entiendo que alguna vez pues Mauricio debió haber llevado a cabo o su abogado eh de otra época pudo haberle facilitado un formato y él me facilita, yo no recuerdo si por correo o por una USB, en fin, él me facilita un formato y sobre ese pues copio tal cual, y empiezo yo a trabajar, pues, como cuando uno trabaja con un modelo de tutela, con un modelo de sucesión, este era un contrato que, pese a conocerlo en mi formación jurídica yo nunca lo había trabajado, exactamente. Entonces... entré a estudiarlo y él me facilita un formato, cuando le comento que no tenía formato de ese tipo de con... de contrato”¹⁴³.*

Esta declaración llama la atención por dos aspectos. El primer aspecto se refiere a lo que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) manifestó en relación con quién le dio la orden de elaboración del contrato. Señaló que bien pudo ser una orden de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) o un consejo de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**).

Sin embargo, dos circunstancias permiten inferir a la Delegatura que fue **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) quien dio la instrucción que aquí se comenta. La primera de ellas se refiere a que está demostrado que el contenido del mensaje analizado corresponde a una orden, no a una recomendación. La prueba de esta afirmación se encuentra en la declaración extrajudicial de **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**). En ese documento se indicó que “*Gualteros*” había recibido la orden de elaborar el contrato, aunque no se precisó que quien había dado tal instrucción fue el representante legal o el gerente de **CATALINSA**¹⁴⁴.

La segunda circunstancia que corrobora la tesis sostenida en este acto se refiere a que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) admitió en su declaración —relacionada en párrafos precedentes— que fue **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) quien le remitió la minuta de contrato de cuentas en participación. Adicionalmente, está claro que a través de los correos referidos en este mismo numeral se acredita que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) impartía instrucciones a **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) sin legitimación o respaldo alguno de parte de los representantes de **CATALINSA**. Por lo tanto, estos elementos evidencian que la fuente de la orden analizada fue **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), pues fue él quien remitió la minuta que debería emplearse para la redacción del contrato y está probado, mediante otros documentos, que ese investigado le daba instrucciones a la directora jurídica de **CATALINSA**.

Ahora bien, el segundo aspecto que llama la atención de la declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) se refiere a que, además de la asesoría prestada en el ámbito financiero, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) tuviera incidencia en la elaboración de una minuta de un contrato de cuentas en participación. Esto es llamativo porque, además de que corresponde a un aspecto jurídico, las partes del contrato serían **CATALINSA** —partícipe gestor— y **LHO** —partícipe inactivo— y su contenido contemplaba justamente las operaciones que se realizarían durante el año 2012 en el suministro de comidas listas y panadería larga vida para el ensamble de raciones de campaña con destino a la **ALFM**. Esto es relevante para el asunto analizado en este aparte, independientemente del perfeccionamiento o no de dicho contrato.

Así, este asesor externo, encargado de los asuntos financieros, tendría parte en la elaboración de un contrato que tenía la clara intención de establecer por escrito la colaboración entre las dos

¹⁴³ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 46:25 a 46:31).

¹⁴⁴ Folio 3300 del cuaderno público No. 18. En efecto, en la declaración extrajudicial se indicó que “*La señora Gualteros recibió la orden de proyectar un contrato de cuentas en participación que se celebraría con la sociedad LA HUERTA DE ORIENTE S.A.S., en el cual empezó a trabajar, pero el mismo no se culminó en virtud de que dicho negocio no se celebró por llegarse a un acuerdo*” (destacado fuera del texto original).

empresas mencionadas con el objeto de prestar apoyo con talento humano, conocimiento del mercado para preparación de la oferta, ajustando adicionalmente horarios de reuniones, distribución de beneficios y utilidades, y conocimiento permanente respecto a avances, informes, reportes, actas y estados financieros que fueran producidos en el desarrollo de la negociación y del contrato objeto de dicho acuerdo¹⁴⁵.

En conclusión, los correos electrónicos, la declaración extrajudicial de **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**) y la declaración rendida por **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) el 12 de marzo de 2019, permiten concluir que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) impartía directamente órdenes en **CATALINSA**.

4.2.1.2.2.2. El segundo elemento de juicio hace referencia a que los competidores de **CATALINSA** reconocen a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) como la persona que toma decisiones sobre la empresa y como la persona con la cual se entienden para la realización de negocios. En ese sentido, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) cuenta con facultades que desbordan ampliamente las competencias atribuibles a un asesor financiero externo. Esto revela que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS**, bajo el supuesto cargo de asesor externo, en realidad controla a **CATALINSA**.

En relación con esta afirmación, la Delegatura advierte que **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) no se limitó a reconocer a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) como un asesor externo sin mayor influencia en la empresa **CATALINSA**. El declarante fue más allá en su apreciación, pues indicó que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** es el representante de la empresa **CATALINSA**:

"Pregunta: ¿Usted sabe quién es Hayder Mauricio Villalobos?"

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: Ehh sí.

Pregunta: ¿Quién es?"

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: Él es... el representante de-de de una empresa... CATALINSA.

Pregunta: ¿Y quién es el señor Luis Hernando Villalobos?"

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: Él él también es de... la empresa... de... CATALINSA"¹⁴⁶.

Se debe resaltar en cuanto a las afirmaciones del declarante enunciado, que si bien manifestó que no había visto un certificado de existencia y representación legal de **CATALINSA** que mencionara a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) como representante legal de la empresa¹⁴⁷, vincularlo de manera libre y espontánea con tal cargo en esta compañía denota que esta persona es vista por los demás competidores en el sector respectivo como aquella que representa, controla y dirige a **CATALINSA**.

La declaración referida en los párrafos precedentes fue corroborada por **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) quien, al ser indagado sobre el rol de los Villalobos en **CATALINSA**, afirmó:

¹⁴⁵ Folio No. 33 de la Resolución No. 34188 del 21 de mayo de 2018 "Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos".

¹⁴⁶ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 33:57 a 34:36).

¹⁴⁷ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 1:30:50).

“Pregunta: Y (...) en los casos en los que **IBEASER** y **CATALINSA** han tenido este tipo de relaciones comerciales eh... ¿con quién se comunican ustedes directamente eh... en la empresa, con **CATALINSA**?

Hernando Prieto Molina: De **CATALINSA** directamente con **Mauricio Villalobos**, o en su defecto con **Hernando Villalobos**.

Pregunta: ¿Y por qué con ellos, por qué era puntualmente con **Hernando** y con eh-**Hayder Mauricio**?

Hernando Prieto Molina: Porque son representantes de la compañía, siempre se han identificado como representantes o asesores de la compañía”¹⁴⁸.

Con base en lo anterior, es posible deducir que, en efecto, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) no solo desempeña labores que exceden aquellas que corresponden a su cargo como asesor externo financiero de **CATALINSA**, sino que dichas labores habitualmente son reconocidas por sus competidores, quienes lo identifican de manera directa como el representante de la compañía en mención y la persona que adopta las decisiones relevantes en **CATALINSA**.

4.2.1.2.2.3. El tercer elemento de juicio se refiere a la conexidad existente entre la sociedad **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— y **CATALINSA**. Así, en primer lugar, se tiene el hecho de que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) fue el gerente de la empresa **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— y por ello, era quien determinaba su comportamiento competitivo.

En segundo lugar, es fundamental recordar que **CATALINSA** es la sucesora en el mercado de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, según distintos elementos probatorios descritos en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos y en el numeral **4.2.1.2.1.** del presente informe motivado, entre los cuales destacan:

a) El objeto principal de **CATALINSA** es “[/]a explotación por todos los métodos del procesamiento industrial de alimentos y su comercialización en forma directa o en coordinación y/o asociación con personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras que se ocupen en forma especializada de la misma actividad principal o ramas afines”. Por lo tanto, coincide de forma exacta con el objeto que tenía **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—.

b) En el año 2011, **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— matriculó un establecimiento de comercio ubicado en la dirección Calle 17 No. 116-76. Esa misma dirección fue relacionada en el formulario de matrícula o renovación de matrícula mercantil de **CATALINSA** correspondiente al año 2012.

c) Uno de los establecimientos de comercio de **CATALINSA** está ubicado en la misma dirección que **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— había incorporado en el registro mercantil para efectos de recepción de notificaciones judiciales, esto es, la Calle 19A No. 68B-66.

d) La finca “**EL HIGUERÓN**”, identificada con la matrícula inmobiliaria No. 156-38588, de propiedad de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) y **LUIS ÁNGEL VILLALOBOS SABOGAL**, quienes fungían en su momento como presidente y vicepresidente de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, respectivamente, fue vendida a **CATALINSA** en el año 2013 por un precio de \$228'130.000. Sin embargo, para diciembre del mismo año los estados financieros de la empresa reportaron una valorización del inmueble de \$1.042'969.973.

Vale recordar en relación con la empresa **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, empresa que se encontraba bajo el control de la familia Villalobos, que en el año 2010 ésta fue vinculada con el denominado carrusel de la contratación para la adecuación vial en Bogotá, específicamente en lo relacionado con la Calle 153 y la Calle 26, razón por la cual fue inhabilitada para contratar con el Estado y con posterioridad, liquidada judicialmente. Así, existen

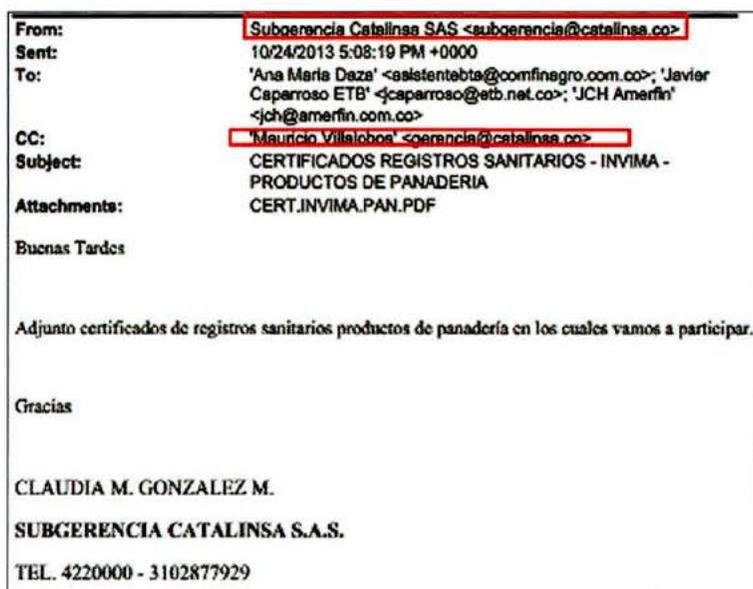
¹⁴⁸ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO**. Minuto 1:15:15 a minuto 1:16:04).

sanciones previas que ratifican que los administradores de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, involucraron a la compañía en actividades ilegales, lo cual denota un proceder que es bajo cualquier óptica, altamente reprochable, incomprensible e injustificado.

En tercer lugar, es posible deducir bajo las dos primeras consideraciones expuestas en el presente numeral, que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), como controlante de **CATALINSA**, también es quien determina el comportamiento competitivo de ésta empresa, la cual es sucesora de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, compañía de la cual él fue gerente.

4.2.1.2.2.4. El cuarto elemento de juicio se refiere a que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) tiene acceso a información de **CATALINSA** que compete a la gerencia de esta sociedad.

En efecto, a pesar de que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) se encuentra vinculado con **CATALINSA** como consultor externo, tal como se expuso en numerales anteriores, emite directrices desde el correo electrónico gerencia@catalinsa.co. Independientemente de que los mensajes enviados a través de esa cuenta de correo no vayan acompañados de la firma de la persona que los remite, es preciso resaltar que los mismos empleados de **CATALINSA**, e incluso terceros relacionados con esta empresa, tienen la referida dirección registrada a nombre de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**). Esta circunstancia se aprecia en el documento que se exhibe en seguida¹⁴⁹:



Fuente: Folio No. 17, Resolución No. 34188 de 2018 "Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos". Imagen No. 11- Correo electrónico "CERTIFICADOS SANITARIOS – INVIMA – PRODUCTOS DE PANADERIA".

En este punto es preciso resaltar que no es cualquier empleado de **CATALINSA** el que relaciona el correo electrónico referido con **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**). Se trata de **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN**, quien tiene el cargo de subgerente de **CATALINSA**.

De igual forma, en el siguiente correo electrónico **ANGÉLICA FORERO GARCÍA** (asistente de la comisionista de bolsa **COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A.**) envió un

¹⁴⁹ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: CERTIFICADOS REGISTROS SANITARIOS – INVIMA – PRODUCTOS DE PANADERIA [4788657]).

mensaje a la dirección gerencia@catalinsa.co dirigido a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**)¹⁵⁰;



Fuente: Folio No. 18, Resolución No. 34188 de 2018 "Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos". Imagen No. 12- Correo electrónico "RE: certificación".

Ahora bien, respecto de la circunstancia descrita, esto es, la utilización del correo de la gerencia de **CATALINSA** por parte de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), en la declaración rendida en etapa probatoria **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) afirmó que ese correo es compartido entre **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y los accionistas de **CATALINSA**. A continuación, su declaración.

"Pregunta: Diana ¿sabe usted quiénes son las personas que utilizan al interior de CATALINSA el correo gerencia@catalinsa?"¹⁵¹

Diana Lucero Gualteros Jiménez: Sí, señora. William y eventualmente Mauricio.

Pregunta: ¿Y cuándo eventualmente Mauricio? ¿Para qué supuestos? ¿En qué condiciones?

Diana Lucero Gualteros Jiménez: Para todas aquellas condiciones en las que requiere información o debe manejar información de la empresa eh, nosotros sabemos que debemos remitirlo a Mauricio porque Mauricio no es empleado, Mauricio no tiene correo institucional. Todos los que nos vinculamos por contrato laboral, eh dentro de los primeros veinte días, un mes, nos generan una cuenta de usuario eh que es @catalinsa.co dependiendo como sea el inicio. Mauricio nunca ha tenido, entiendo yo que porque no es eh un empleado pues. Y es lo mismo que ha funcionado cuando han tenido asesores financieros difer... eh asesores contables, cuando hicieron las asesorías para la adecuación de la contabilidad ANIF, es gente que está un tiempo con nosotros eh, pero pues no se les da acceso a correo institucional.

Pregunta: (...) Si usted quiere ponerse en contacto con eh Hayder Mauricio ¿a qué correo le envía esa solicitud?

¹⁵⁰ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: RE_certificacion [4762704]).

¹⁵¹ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 23:22 a minuto 24:57).

Diana Lucero Gualteros Jiménez: *Mientras sean asuntos de CATALINSA, al correo gerencia@catalinsa.co*

Pregunta: *¿Y cómo le llega eso a Hayder Mauricio?*

Diana Lucero Gualteros Jiménez: *Pues yo supongo que Hayder Mauricio tiene acceso a la cuenta y a la clave del correo de CATALINSA, al igual que William.*

Pregunta: *Pero una pregunta. Tú dices que le escribes a Hayder Mauricio Villalobos. ¿A qué cuenta le escribes?*¹⁵²

Diana Lucero Gualteros Jiménez: *gerencia@catalinsa.co... al igual que a William. Entonces, los correos a los que yo hago referencia es a aquellos en los que no le dirijo a Hayder Mauricio sino los dirijo a gerencia, sin necesidad de hacer la diferenciación de que se lo estoy... se los estoy dirigiendo a Mauricio.*

(...)

Diana Lucero Gualteros Jiménez: *Eh las personas que no tienen, creo que yo ya lo había dicho, que no tienen vínculo laboral con la empresa, con CATALINSA, no les es asignado correo institucional. Yo sabía, por las indicaciones que ya había dado gerencia, que toda la comunicación con Mauricio se generaba a través del correo de gerencia, solo que cuando iba para Mauricio yo decía "buenos días Mauricio, buenas tardes Mauricio, buenos días don Mauricio, de acuerdo con tal requerimiento remito tal ah información". Evidentemente, pues cuando iba para gerencia pues yo no hacía ninguna diferenciación porque era el correo de gerencia, simplemente "buenos días" a William. Norma"*¹⁵³.

Así, es de resaltar que en ningún momento **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) indicó que la información enviada o recibida a través del correo relacionado tiene filtro alguno en cuanto a los temas o a los contenidos. Por el contrario, la única precisión que hacía la remitente simplemente se refirió a la distinción realizada en el cuerpo del mensaje dependiendo de si el destinatario era **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) o **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**).

En las circunstancias descritas, es claro que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) podía tener acceso a cualquier tipo de información, aspecto que confirma, en el contexto explicado, que aquel tenía potestades y funciones que escapan a aquellas que usualmente tiene un *asesor externo financiero*, el cual, además, contrario a lo que se esperaría según las máximas de la experiencia, tenía la clave para acceder al correo de la gerencia. Así, cualquier tipo de información, inclusive aquella que tenga naturaleza confidencial, puede ser accedida por parte de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**).

Adicionalmente, es pertinente señalar que resulta particularmente extraño el hecho de que no se tenga una alternativa para las comunicaciones electrónicas dirigidas y enviadas a asesores externos a la empresa **CATALINSA**, diferente a la de dar un libre acceso a la cuenta institucional de, nada más y nada menos, que de la gerencia.

Aun si fuera cierta la explicación relacionada con que tanto gerente como subgerente de **CATALINSA** comparten la misma cuenta de correo electrónico con un asesor externo de la misma empresa, esta circunstancia apenas daría cuenta de por qué los empleados de **CATALINSA** le escriben a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), de manera directa, al correo de la gerencia. Sin embargo, esto no explica por qué los terceros, quienes no tienen conocimiento alguno sobre la organización interna ni el manejo informático de **CATALINSA**, le escriben a **HAYDER**

¹⁵² Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 2:27:38 a 2:29:48).

¹⁵³ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 2:29:47 a 2:30:25).

MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) cuando su destinatario es la cuenta de gerencia de **CATALINSA**.

Así, una vez más, los elementos expuestos guardan plena coherencia con la tesis referente al control que ejerce **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) sobre **CATALINSA**.

4.2.1.2.2.5. El quinto elemento de juicio hace referencia a que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) determinó el comportamiento de **CATALINSA** en los procesos de selección contractual.

Se acreditaron dos situaciones que soportan esta afirmación. La primera de ellas consiste en que, tal y como lo admitió **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), en su posición como asesor en **CATALINSA** fue quien recomendó que se contratara a **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) en calidad de operador representante de dicha empresa en los procesos de negociación de comidas listas y panadería larga vida que son objeto de investigación. Lo anterior, por cuanto este operador había trabajado para **MAUROS FOOD** —compañía de la cual **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** fue representante legal y gerente— y se había convertido, en su momento, en alguien “de toda la confianza”. A continuación, la afirmación correspondiente:

“Pregunta: Desde su asesoría a CATALINSA nos podría informar ¿cuáles son los criterios que emplea CATALINSA para elegir la sociedad comisionista que lo representará en las ruedas de negociación?”

Hayder Mauricio Villalobos Rojas: Desde mi rol como asesor de CATALINSA, en su momento basado en la experiencia que tuve como representante legal de MAUROS FOOD, veníamos trabajando con un comisionista que era de toda la confianza nuestra y que yo recomendé en su momento a William para contratarlo. Esa fue la decisión básicamente, que ya había trabajado con el señor Javier Caparroso”¹⁵⁴.

La segunda situación consiste en que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) evalúa los requisitos financieros y la forma en la que **CATALINSA** se presentará a los procesos de selección, bien sea de manera individual o a través de una estructura plural. Además, en lo que se refiere a los procesos en el **MCP** de la **BMC**, se acreditó que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) era quien daba las instrucciones al operador que representaba a **CATALINSA**.

En relación con este asunto, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) señaló que:

“(…) Hayder Mauricio es el área financiera, que él realiza normalmente todos los procesos de selección tienen eh uno un componente financiero que son los requisitos financieros que se debe cumplir eh, bien sea que vayamos solos o en algún tipo de figura asociativa, consorcio, unión temporal, pues quien presenta esa información financiera y esos análisis es Mauricio, quien se lo presenta pues a gerencia. Al final, bueno al final no, desde que estamos igual ofertando porque pues uno hace el análisis desde el principio, eh Mauricio presenta también análisis de precio, de costos, basado igual en la información que maneja el área de costos de la empresa, y pues ya ellos analizan costos que es un área pues que realmente que no... no domino muy bien”¹⁵⁵.

Así las cosas, la Delegatura evidencia el alto grado de injerencia de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) en

¹⁵⁴ Folio 6210 del cuaderno público No. 32 (declaración de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS**. Minuto 1:09:20 a 1:09:30).

¹⁵⁵ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 27:02).

aspectos relevantes del comportamiento competitivo de **CATALINSA**, como lo es la determinación de costos y precios para la presentación de oferta.

En cuanto al comportamiento competitivo de **CATALINSA** en el **MCP** de la **BMC**, el operador **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) refirió que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) era quien le daba instrucciones por parte de **CATALINSA**. Esto, una vez más, corrobora la injerencia de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) en la toma de decisiones en la compañía, inclusive en decisiones que escapan al ámbito de la competencia de un asesor externo financiero y que son propias de los administradores y que, además, se refieren a aspectos relacionados con lo que debería ser el comportamiento competitivo de **CATALINSA**. Así se demuestra a continuación:

Pregunta: *En 2011, y durante digamos durante el tiempo el que usted fue operador de CATALINSA ¿quién le daba las instrucciones para participar en el mercado de compras públicas en representación de CATALINSA?*

Javier Caparroso Hoyos: *Eh Mauricio.*

Pregunta: *Mauricio, ok. Y esas son las llamadas a las que usted se refiere en que su cliente le decía por qué productos debía participar y todo digamos ese comportamiento suyo en las ruedas de negociación.*

Javier Caparroso Hoyos: *Sí señora.*

Pregunta: *Entonces era Mauricio el que le daba las instrucciones de su comportamiento dentro de las negociaciones en que participaba CATALINSA.*

Javier Caparroso Hoyos: *Era el que daba las instrucciones sobre qué productos, sí señora*¹⁵⁶.

(...)

Pregunta: *Ok, bueno, la otra aclaración que quisiera preguntarle: usted nos decía que para participar en las negociaciones en donde representaba a CATALINSA usted recibió las instrucciones por parte del señor Hayder Mauricio Villalobos y que esas instrucciones las recibía con la anuencia del representante legal de CATALINSA, yo quisiera saber usted por qué sabía que había digamos una aprobación previa por parte del representante legal para esas instrucciones.*

Javier Caparroso Hoyos: *Sí, pues mira, estas, las compañías, incluso hay más personas, eso tiene un director jurídico, el director jurídico es la persona con la que finalmente nosotros en la firma bueno, cuando digo nosotros, es el asistente y todas las personas se organi..., se hablaba sobre la la, los documentos que debían presentar y los tiempos y la coordinación para la recepción y la radicación de los documentos, luego en ese mismo orden de ideas ellos dicen con cuál es la persona que debo conversar y ellos dicen con el señor Mauricio Villalobos. Es decir, porque hay un director jurídico, el representante legal que se llama el señor William o puede estar la subgerente es la persona con la que me informó la directora jurídica con la anuencia es el señor Villalobos*¹⁵⁷.

Sobre la declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) se destaca que primero manifestó que quien le daba las instrucciones para participar en las ruedas de negociación en representación de **CATALINSA** era **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**). Sin embargo, al avanzar la declaración varió su dicho e indicó que, si bien las instrucciones las recibía de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), aquellas órdenes eran impartidas por este investigado con la anuencia

¹⁵⁶ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 1:34:55 a minuto 1:35:37).

¹⁵⁷ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 3:25:34 a minuto 3:26:10).

del representante legal de **CATALINSA**. No obstante lo anterior, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, se restará credibilidad a su segunda afirmación por dos razones.

En primer lugar, las razones esgrimidas por el declarante para sustentar su dicho no se consideran suficientes, habida cuenta que no explicó cuál es el papel de la gerencia en las decisiones relativas a las negociaciones en las que participaría **CATALINSA**. En ese sentido, la explicación consistente en que existen múltiples personas que intervienen en la ejecución de las actividades propias de **CATALINSA** para participar en un proceso de selección no logra desvirtuar que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) era quien al final decidía e impartía las órdenes.

En efecto, la Delegatura no discute el argumento referido a que muchas personas intervienen en los pasos para adelantar un proceso de selección, pues es evidente que en la mayoría de estructuras corporativas, por sencillas que sean, intervienen distintas áreas o personas en la gestión del giro ordinario de los negocios de dichas compañías (en los que se incluye la participación en procesos de selección estatal). Lo relevante es, entonces, quién es el encargado de dirigir, tomar las decisiones y fijar primordialmente el comportamiento competitivo de una empresa. En **CATALINSA** esa persona es, según el material probatorio recaudado y con fundamento en las declaraciones citadas, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**).

En segundo lugar y en línea con lo anterior, el material probatorio expuesto hasta el momento revela el papel que desempeña **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**). Como ha quedado visto, no guarda relación con la ejecución de órdenes de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) ni de **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**). Por el contrario, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) es quien las imparte.

4.2.1.2.2.6. El último elemento de juicio se refiere a la conducta procesal que adoptaron **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**). Como se advirtió en esta actuación administrativa, los referidos investigados desatendieron injustificadamente su deber de rendir declaración durante la etapa probatoria, momento procesal en el cual hubieran podido explicar (i) su rol como administradores de **CATALINSA** para desvirtuar el control oculto que fue imputado a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**); y (ii) el papel que, a su juicio, desempeñan **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) en **CATALINSA**.

Así las cosas, con fundamento en el artículo 242 del CGP tal conducta deberá ser tenida en cuenta como un indicio adicional respecto del control oculto de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) sobre **CATALINSA**.

Los elementos de prueba recaudados durante la investigación acreditan que: **CATALINSA** opera en el mercado como sucesora de la posición que tenía **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— y, especialmente, de la posición que esa empresa tenía en el mercado. Así mismo, que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) tiene injerencia crucial en el desarrollo de la actividad de la **CATALINSA**, al punto que determina el comportamiento de esta empresa en los procesos de selección en los que participa.

En conclusión, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) tiene la calidad de controlante de **CATALINSA**. Tal circunstancia habría facilitado el diseño e implementación del acuerdo entre los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, en lo que participó tanto **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, hasta el momento de su liquidación judicial, como **CATALINSA**, ambas empresas controladas por el mismo agente del mercado.

4.2.2. Segundo aspecto que facilitó la ejecución del acuerdo: varias empresas investigadas otorgaron mandato a un operador común, JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA)

En este acápite se presentan los elementos constitutivos del segundo escenario que generó condiciones para ejecutar el esquema de distribución de productos de comidas listas y panadería larga vida entre las empresas investigadas. Como se señaló en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos y se corroboró en la etapa probatoria, la circunstancia consistente en que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), para los hechos que son materia de investigación, recibiera mandato de varios investigados para participar en las mismas operaciones, habría configurado, además de un conflicto de intereses en los términos de la reglamentación de la **BMC**, un comportamiento contrario al régimen de protección de la libre competencia económica en el escenario del **MCP** que facilitó la materialización del acuerdo por parte de los agentes del mercado productores de comidas listas y panadería larga vida investigados.

4.2.2.1. Con el propósito de explicar el aspecto referido, la Delegatura advierte la necesidad de precisar los siguientes presupuestos, que deben satisfacerse en el **MCP** de la **BMC**.

En primer lugar, según el principio de transparencia, el artículo 5.1.2.1. del reglamento interno de la **BMC** señala que quienes participan en actividades mercantiles desarrolladas a través de la **BMC** deben actuar con transparencia y honorabilidad, para garantizar de esta manera la confianza del público en el mercado.

Al respecto, el Decreto 2555 de 2010 señala que los miembros de las bolsas de bienes y productos agropecuarios, agroindustriales o de otros *commodities*, así como las **SCB**, deberán: (i) “[i]nformar al cliente de todo conflicto de interés que comprenda las relaciones entre el cliente y el miembro respectivo y entre éste y sus demás clientes, absteniéndose de actuar cuando a ello hubiere lugar”¹⁵⁸; (ii) “[c]onducir con lealtad sus negocios procurando la satisfacción de los intereses de seguridad, honorabilidad y diligencia, lo cual implica el sometimiento de su conducta a las diversas normas que reglamentan su actividad profesional, ya provengan del Estado, de las mismas bolsas o constituyan parte de los sanos usos y prácticas del comercio o del mercado público de valores”¹⁵⁹; y (iii) abstenerse de “[a]ctuar de modo tal que en cualquier forma puedan inducir en error a las partes contratantes, al mercado, a las autoridades o al público en general”¹⁶⁰.

En segundo lugar, el principio de confidencialidad se manifiesta en un conjunto de reglas que tienen como propósito que la bolsa de productos funcione como un “mercado ciego”. Para garantizar este principio, los artículos 2.11.1.6.1. del Decreto 2555 de 2010 y 5.1.3.6. del reglamento interno establecen, entre otras, las siguientes obligaciones para las **SCB** y sus corredores: (i) abstenerse de revelar la identidad de sus clientes; (ii) guardar reserva respecto de terceros sobre las actividades que realice en relación con su profesión, en especial sobre las órdenes que se le encomienden, salvo que exista la autorización expresa del interesado y sin perjuicio de sus obligaciones relacionadas con la prevención y control de actividades delictivas; y (iii) abstenerse de suministrar información a un tercero que no tenga derecho a recibirla.

Como se puede observar, existen principios que sirven para guiar el comportamiento de quienes participan en la **BMC** y que, además, crean las condiciones adecuadas para el buen funcionamiento del mercado.

En consonancia con dichos principios, el Decreto 2555 de 2010 define el conflicto de intereses y los supuestos de hecho que darían lugar a su eventual configuración. En efecto, el literal b) del artículo 2.11.4.2.1. señala que “[s]e entiende por conflicto de interés la situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus

¹⁵⁸ Numeral tercero del artículo 2.1.11.6.3. del Decreto 2555 de 2010.

¹⁵⁹ Numeral segundo del artículo 2.9.8.1.5. del Decreto 2555 de 2010.

¹⁶⁰ Literal h) del numeral 19 del artículo 2.11.1.8.1. del Decreto 2555 de 2010.

obligaciones legales o contractuales. Entre otras conductas, se considera que hay conflicto de interés cuando la situación llevaría a la escogencia entre (1) la utilidad propia y la de un cliente, o (2) de un tercero vinculado al agente y un cliente, o (3) la utilidad de una operación y la transparencia del mercado”.

4.2.2.2. Ahora bien, en lo que atañe al **MCP** de la **BMC**, esta entidad en su reglamento interno define en el artículo 5.2.1.10. el conflicto de interés, así:

“(…) la situación en virtud de la cual una persona en razón de su actividad se enfrenta a distintas alternativas de conducta con relación a intereses incompatibles, ninguno de los cuales puede privilegiar en atención a sus obligaciones legales o contractuales (...)”¹⁶¹.

En el marco de la regulación mencionada, el conflicto de intereses se presenta *cuando “(…) la situación llevaría a la escogencia entre (1) la utilidad propia y la de un cliente, (2) la de un tercero vinculado al agente y un cliente, (3) la utilidad de una operación y la transparencia del mercado, o (4) la utilidad entre dos clientes distintos”* (destacado fuera del texto original).

Así, en caso de presentarse un conflicto de intereses en el que la **SCB** —y, por ende, su operador— deba decidir entre la utilidad de la operación entre dos clientes distintos, la **SCB** deberá poner de presente a los clientes el conflicto de intereses y, en todo caso, procederá a ejecutar la operación respetando el orden de ingreso de las órdenes en el Libro Electrónico de Registro de Órdenes establecido para el efecto.

Se destaca en este punto que esta definición de conflicto de intereses descrita en el reglamento interno de la **BMC**, fue aprobada mediante Resolución No. 1377 de 2008 expedida por la Superintendencia Financiera de Colombia. Resulta contrario a la realidad sostener que tal definición sufrió cambios luego de la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos expedida en esta actuación administrativa, como lo señaló **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) en la audiencia de que trata el inciso tercero del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992. Así las cosas, el supuesto de hecho de que trata el numeral 4 del artículo 5.2.1.10 del referido reglamento se encontraba vigente para el momento de los hechos objeto de esta investigación.

4.2.2.3. Ahora bien, según el reglamento y el funcionamiento del **MCP** de la **BMC**, la dinámica propia de la formación del precio en las ruedas de negociación y la característica de “*mercado ciego*”, la Delegatura advirtió en esta investigación que un operador no puede representar a más de un posible competidor en una operación.

Lo primero que debe recordarse en relación con la dinámica de los procesos de contratación en la **BMC** es que cada proponente actúa en el mercado a través de una **SCB** que, a su vez, asigna una persona natural denominada operador para que actúe por cuenta del proponente en las operaciones que componen la rueda de negociación. De la regulación aplicable se deriva que una **SCB** está facultada para actuar por cuenta de más de un proponente competidor para una misma operación, siempre y cuando designe distintos operadores para que representen a dichas empresas de manera independiente, pues esto es indispensable para garantizar la competencia entre ellas y la formación objetiva del precio, precedido por pujas.

En efecto, si un operador representa a varios competidores para presentar oferta por los mismos productos, en cada operación por lo menos uno de los mandantes no puede participar en la rueda de negociación correspondiente en relación con la operación respecto de la cual generó el conflicto, como quiera que no está dentro de las posibilidades del corredor hacer puja por más de un mandante.

En sustento de la anterior conclusión, es importante resaltar que con fundamento en las normas sobre conflicto de intereses establecidas en el reglamento interno de la **BMC**, en cada operación de compra, un corredor que participe en la rueda de negociación solo puede actuar en representación de un único proveedor, así haya recibido mandato de varios de los proveedores habilitados para participar en la operación correspondiente. Para ilustrar se tiene que, así el

¹⁶¹ Normas reglamentarias de la **BMC S.A.**, vigentes al 4 de febrero de 2019, pág. 217.

operador haya recibido mandatos para representar a tres proveedores que se habilitaron para presentar posturas por el frijol con carne, en el momento de llevarse a cabo la operación para transar ese producto, el operador solo puede actuar por cuenta de uno de esos tres comitentes. Esto es, “no puede hablar por uno y por el otro” en la misma operación.

Que en cada operación el operador interviniente únicamente pueda actuar por cuenta de un proveedor habilitado, así haya recibido mandato de otros comitentes habilitados para ofertar por ese producto, está corroborado por los funcionarios de la **BMC** que rindieron declaración y también por otros operadores de bolsa que se desempeñan en el **MCP**, quienes se pronunciaron de manera coincidente sobre el conflicto de intereses referido así:

En primer lugar, **LINA MARÍA HERNÁNDEZ SUÁREZ** (directora de la Unidad de Gestión de Operaciones de la **BMC**) en la averiguación preliminar¹⁶² indicó:

“Pregunta: (...) ¿Es permitido que un mismo comisionista, siendo persona natural, adelante operaciones para más de un representado que esté interesado exactamente en el mismo negocio?”¹⁶³

Lina María Hernández Suárez: (...) frente al escenario de bolsa y la reglamentación, él solo puede representar a uno en el escenario de la rueda.¹⁶⁴

Pregunta: ¿Cuál es la razón de ser de esa, de esa prohibición?”¹⁶⁵

Lina María Hernández Suárez: Nosotros en el... Bueno, como les contábamos esta mañana, este es un escenario a viva voz, lo que quiere decir que las personas que van a participar en el negocio, son representadas por un comisionista [operador] que debe estar presente o debe estar eventualmente en una de las sucursales y (...) por la misma dinámica que existe, no podrían dar o presentar posturas por más de uno (...) y tú no puedes hablar por uno y por otro”¹⁶⁶.

En segundo lugar, **GINA ANDREA CASAS ROJAS** (operadora de la **SCB** Mercado y Bolsa S.A., la cual representó a la **ALFM**), quien ha trabajado en el **MCP** desde el año 2010, señaló que una misma **SCB** puede representar a varios proveedores por los mismos productos. En ese supuesto, cada comitente vendedor debe estar representado por un operador de bolsa distinto, pues ello permitiría la puja entre ellos. En ese sentido, enfáticamente señaló que un mismo operador no podía representar a varios proveedores que se habían habilitado por el mismo producto, porque ello implicaría dos consecuencias que son reprochadas por el reglamento interno de la **BMC**. Por un lado, (i) que no podría decidir respecto de cuál de los múltiples comitentes vendedores actuaría en la rueda de negociación y, por el otro, (ii) que conocería un factor esencial de competencia respecto de quienes serían posibles competidores, esto es, el precio a ofertar. La Delegatura destaca que, con independencia de si ese comportamiento es reprochado o no por el reglamento de la **BMC**, esos aspectos también revelan que la conducta resultaría violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en el **MCP** de la **BMC**, puesto que implicaría el diseño de un esquema de distribución.

A continuación, la declaración en el aparte pertinente:

“Pregunta: ¿Una SCB puede representar a más de un proveedor por el mismo producto?”¹⁶⁷

¹⁶² Llevada a cabo en fecha 13 de octubre de 2017, en las instalaciones de la **BMC**, en el marco de la actuación administrativa 17-48794.

¹⁶³ Folio 773 del cuaderno reservado No. 1 **BMC** (declaración de **LINA MARÍA HERNÁNDEZ SUÁREZ**. Segunda parte. Minuto 02:50).

¹⁶⁴ Folio 773 del cuaderno reservado No. 1 **BMC** (declaración de **LINA MARÍA HERNÁNDEZ SUÁREZ**. Segunda parte. Minuto 03:21).

¹⁶⁵ Folio 773 del cuaderno reservado No. 1 **BMC** (declaración de **LINA MARÍA HERNÁNDEZ SUÁREZ**. Segunda parte. Minuto 03:29).

¹⁶⁶ Folio 773 del cuaderno reservado No. 1 **BMC** (declaración de **LINA MARÍA HERNÁNDEZ SUÁREZ**. Segunda parte. Minuto 03:33).

¹⁶⁷ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Minuto 50:28).

Gina Andrea Casas Rojas: Una sociedad sí. Un operador NO.¹⁶⁸

Pregunta: ¿Por qué el mismo operador no puede representar?¹⁶⁹

Gina Andrea Casas Rojas: Porque un operador no puede. Un operador tiene el manejo de información privilegiada y si yo voy a vender arepas ¿cómo voy a tener dos clientes de arepas si debo saber el precio de los dos? Eso el reglamento no nos lo permite¹⁷⁰ (...). **Yo no puedo estar con Pedro y con Juan. O estoy con Pedro o estoy con Juan. Pero a los dos no los puedo representar.** Eso no está permitido. Lo pueden sancionar.

(...)

Pregunta: Y en el caso que usted tenga, digamos, dos clientes interesados por el mismo producto, ¿cuál es el proceder para efectos de que cada cliente pueda ofertar sus productos?

Gina Andrea Casas Rojas: Nosotros lo que hacemos es... digamos... los clientes llegan a la firma o porque uno los busca o porque son referidos o porque llaman al teléfono de la firma. Si uno llega a tener cliente del mismo producto lo que hacemos es que... Si me llega a pasar a mí, por ejemplo, me llega un cliente de computadores y yo ya tengo pues lo que hago es que, dentro de los colegas con los que yo trabajo en la misma firma. Si Pedro Pérez no tiene cliente pues yo lo que hago es que le paso el cliente a él y yo me quedo con el que ya conozco. No porque el cliente sea malo, pero es que claramente no lo puedo representar. Si ya todos los comercial, o todos los comisionistas de la misma firma (...) tenemos... cada uno tiene cliente, pues no, pues toca decirle al señor, pues toca que llame a otra firma (...)¹⁷¹.

En tercer lugar, **JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ** (gerente general de la **SCB Reyca Corredores S.A.**) señaló que la situación consistente en que un mismo operador reciba mandato para representar a varios comitentes proveedores por los mismos productos configura un conflicto de intereses, toda vez que ello implicaría gestionar intereses opuestos —al tratarse de posibles competidores en la operación que se realice en la rueda de negociación— y tener acceso a información reservada de los competidores. A continuación se presenta el aparte pertinente de la declaración:

Pregunta: ¿Sabe usted si un mismo operador, eh-en este caso pues de Reyca, puede representar a más de un cliente eh... por el mismo producto en el marco de estas negociaciones, de comidas listas y panadería larga vida, en el mercado de compras públicas de la Bolsa Mercantil de Colombia?¹⁷²

Jorge Alexander Muñoz Sánchez: Conforme la regla... lo previsto por el reglamento de la Bolsa Mercantil de Colombia eso está expresamente prohibido, **no hay ninguna posibilidad de que un corredor de Bolsa autorizado pueda representar simultánea y paralelamente a más de un comitente vendedor para una misma negociación y para un mismo activo subyacente, no existe esa posibilidad.**

Pregunta: Nos puede explicar más a qué se debe esta previsión, ¿el porqué de esta previsión?¹⁷³

Jorge Alexander Muñoz Sánchez: Claro, entre otras cosas es por evitar presuntos conflictos de interés que puedan de alguna manera permear la información (...) pero el mercado de compras públicas en la Bolsa tiene un reglamento propio, lo que hacen es preestablecer una serie de parámetros y condiciones que garanticen la transparencia en desarrollo de las negociaciones que se celebran al interior de la Bolsa Mercantil de

¹⁶⁸ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Minuto 50:39).

¹⁶⁹ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Minuto 50:46).

¹⁷⁰ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Minuto 50:52).

¹⁷¹ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Minuto 52:04).

¹⁷² Folio 6546 del cuaderno público No. 33 (declaración de **JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ**. Minuto 22:09).

¹⁷³ Folio 6546 del cuaderno público No. 33 (declaración de **JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ**. Minuto 22:31).

*Colombia y ese es el propósito misional de no permitir, de prohibir que en un mismo corredor de Bolsa concurren más de un interés, concurren más de un interés, entonces no, no existe la posibilidad*¹⁷⁴.

Aunado a lo anterior, **JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ** (gerente general de la **SCB** Reyca Corredores S.A.), en concordancia con lo señalado por **GINA ANDREA CASAS ROJAS** (operadora de la **SCB** Mercado y Bolsa S.A., la cual representó a la **ALFM**), afirmó en su declaración que el operador que se encuentre incurso en tal supuesto debería, de conformidad con el reglamento de la **BMC**, desistir de uno de los dos clientes interesados en participar por un mismo producto Así se evidencia a continuación:

*"Pregunta: En el caso de que un operador de Reyca resulte con dos o más clientes interesados en participar por un mismo producto en el marco de estas negociaciones ¿cómo procede Reyca?"*¹⁷⁵

Jorge Alexander Muñoz Sánchez: El reglamento lo obliga a desistir de uno de los dos. Ahí es muy importante justamente para la... mejor ilustración del despacho y de todos los que están aquí presentes y toda vez de lo que estamos hablando es del grupo de raciones de campaña que adquiere, o que adquiriría la Agencia Logística de las Fuerzas Militares en el escenario de la BMC es absolutamente importante que para todos quede claro que cuando esa compra se ejecuta, es una compra de un listado de varias comidas listas ¿de acuerdo? Y ese listado puede ser un grupo de 30, 40, o 50 diferentes comidas listas. Siempre, absolutamente siempre al interior de la BMC cada comida lista o cada bebida energética que comporta el listado de raciones de campaña es una operación independiente, es decir son operaciones por activo subyacente¹⁷⁶.

Además, como se enunció en los numerales **2.2.2** y **2.2.4.3** de este informe motivado, **PROLAC**, **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) y **COMFINAGRO** señalaron que la propia regulación de la **BMC** permite que una **SCB** pueda tener habilitados dos clientes para una negociación, sin que por sí mismo implique la existencia de una irregularidad o una violación del régimen de competencia.

No obstante lo anterior, como se ha explicado, un operador de una misma **SCB** no debería representar el interés de varios proveedores que manifestaron su intención de ofertar por los mismos productos y que, en consecuencia, tienen la calidad de competidores. Esta situación podría resolverse por parte de la **SCB** enviando a dos operadores a una misma rueda de negociación para representar así los intereses de cada cliente, o podría optar por zanjar este conflicto de conformidad con lo anotado en el Libro Electrónico de Registro de Órdenes, dando prelación al cliente que primero acudió a la **SCB** de acuerdo con lo previsto por el reglamento de la **BMC** y demás normas concordantes¹⁷⁷. Pero de ninguna manera la forma de tratar un conflicto de intereses puede adelantarse como lo hizo **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**).

4.2.2.4. En consecuencia, el efecto inevitable de que un solo operador actúe por cuenta de más de un mandante para unos mismos productos o "activo subyacente", es que dicho operador se encuentra entre varias alternativas contrapuestas entre sí y debe elegir entre una de ellas, previo a la operación que se celebrará en la rueda de negociación. Esto es, el operador debe elegir entre sus diferentes mandantes, por cuál de ellos presentará postura en la operación, en perjuicio de los otros mandantes.

La decisión consistente en decidir por cuál de los varios mandantes presentará postura en la operación, inevitable como es, tiene la consecuencia de dejar por fuera de ese escenario de competencia a sus demás mandantes. El comportamiento descrito implica, entonces, dos

¹⁷⁴ Folio 6546 del cuaderno público No. 33 (declaración de **JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ**. Minuto 23:03).

¹⁷⁵ Folio 6546 del cuaderno público No. 33 (declaración de **JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ**. Minuto 26:46).

¹⁷⁶ Folio 6546 del cuaderno público No. 33 (declaración de **JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ**. Minuto 27:01).

¹⁷⁷ Folio 3543 del cuaderno público No. 19.

consecuencias. Como se explicó, que el operador escogería entre la utilidad de un cliente sobre la del otro, tal como es descrito el conflicto de intereses en el numeral 4 del artículo 5.2.1.10 del reglamento interno de la **BMC**. Además, como segunda implicación, esa misma conducta produce necesariamente la configuración de una distribución contraria a la normativa sobre libre competencia económica en este tipo de procesos. Esta segunda implicación es la que constituye uno de los aspectos objeto de esta investigación.

En este punto, la Delegatura destaca que la circunstancia consistente en que un operador que recibe mandatos de diferentes proveedores para presentar oferta por los mismos productos en la rueda de negociación constituiría un conflicto de interés de conformidad con el reglamento interno de la **BMC**, no es el aspecto central de debate en esta actuación administrativa. En efecto, el propósito de esta investigación es la de determinar si ese comportamiento, consistente en un esquema coordinado de distribución de productos, significó una violación del régimen de protección de la libre competencia económica en el marco de las ruedas de negociación celebradas entre, por lo menos, 2011 y hasta marzo de 2018 para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida.

De manera que, si el comportamiento es reprochable de conformidad con el reglamento interno de la **BMC**, son otras las autoridades que deberán determinarlo. A esta investigación únicamente interesa demostrar que el comportamiento de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) facilitó la ejecución del acuerdo que tenían sus mandantes respecto de la distribución de las comidas listas y la panadería larga vida.

Así las cosas, una tesis de defensa, como la que ha propuesto **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), consistente en indicar que no ha incurrido en conflicto de intereses no lo exonera frente a la aproximación que hace esta autoridad de competencia respecto de su comportamiento.

4.2.2.5. Ahora bien, como se indicó en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos, esa elección a la que inexcusablemente se veía sometido el operador común que recibió mandatos de varios comitentes por los mismos productos, implicaba necesariamente una distribución respecto de las operaciones en la que varios proveedores concurren a través de un mismo mandatario, podía ocurrir de dos formas.

La primera es que supuestamente el operador común dirimiría directamente el conflicto al momento de anunciar a quien representaría en cada operación dentro de la rueda de negociación. Este proceder implicaba, entonces, que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), sin consultar a sus mandantes, le asignó cada producto que se transó en esa específica oportunidad a alguno de sus clientes —el seleccionado en esa ocasión— en detrimento de los otros mandantes. Este supuesto implicaría que el operador común nunca reportó la existencia del conflicto de intereses y tampoco lo solucionó en la forma en la que establece la normativa aplicable, de manera que habría sido él quien *motu proprio* diseñó el esquema de distribución de productos.

La segunda forma consiste en que existiría un acuerdo de distribución de los productos entre sus mandantes antes de la rueda de negociación. Este acuerdo se materializaría por intermedio del mandatario, esto es, el operador común que tenían aquellos proveedores que participaban en el esquema colaborativo.

Como se puede apreciar, cualquiera de las dos formas mediante las cuales se resolvería la situación analizada resulta contraria al régimen de protección de la libre competencia económica.

4.2.2.6. En el caso objeto de investigación se tiene que, durante los años 2011 a 2015, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), en virtud de los mandatos conferidos, ejerció la representación de varias empresas por los mismos productos de comidas listas y panadería larga vida que eran requeridos por la **ALFM** a través de la **SCB** de la punta compradora. Además de todo lo expuesto hasta este punto, esta afirmación tiene como soporte (i) la declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) y (ii) los informes remitidos por la **BMC**.

JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) admitió que en las negociaciones realizadas con destino a la adquisición de productos para el ensamble de las raciones de campaña representó de manera simultánea a **CATALINSA** e **IBEASER**. Agregó que durante los años 2015 y 2016 representó a **CATALINSA**, **IBEASER** y **LHO**. Así mismo, señaló que los mandatos otorgados por esas empresas tenían por objeto la representación por todos los productos que requería la **ALFM**, a través de su **SCB**, en los boletines informativos.

Según el declarante, “*hay un mandato general para la representación de todos los productos*”¹⁷⁸. Tal aspecto contrariaba lo que se esperaría de mandantes que tenían la calidad de competidores entre ellos, puesto que manifestaron interés en presentar oferta por los mismos productos. Como se verá más adelante, la habilitación por todos los productos tenía como propósito aparentar pluralidad de oferentes en las operaciones en las cuales serían adjudicados tales productos. A continuación, el aparte pertinente de su declaración.

“Pregunta: ¿Quiénes fueron sus clientes cuando se desempeñó como comisionista en... COMFINAGRO? Digamos, sus clientes en el mercado de compras públicas de la Bolsa Mercantil de Colombia para la adquisición de comidas listas y panadería de larga duración, específicamente para ese negocio”¹⁷⁹.

Javier Caparroso Hoyos: *Ehh... específicamente para ese negocio en comidas listas y panadería con destino al negocio de raciones de campaña yo representé a CATALINSA y a IBEASER. Eh... el mandato de IBEASER me fue revocado en abril del 2017 y el mandato de la Huerta que ...eh...la recuperé en mi opinión, eh lo operé desde diciembre del 2015 hasta diciembre del 2016. Es decir, eh... en el periodo del 2015-2016 las negociaciones que se hubieran presentado con destino a raciones de campaña representé a la Huerta de Oriente, a CATALINSA y a IBEASER, en los otros periodos representé a CATALINSA y a IBEASER*¹⁸⁰.

*Pregunta: Si le entendí, de 2015 a 2016 ¿representó a las tres compañías que menciona y en los otros?*¹⁸¹

Javier Caparroso Hoyos: *Solamente representaba a IBEASER y a CATALINSA*¹⁸².

*Pregunta: ¿En los otros periodos?*¹⁸³

Javier Caparroso Hoyos: *Sí señor*¹⁸⁴.

Las afirmaciones realizadas por el investigado referido están corroboradas con los informes remitidos por la **BMC**, en los cuales se advierte que las empresas representadas por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) se habilitaron para los mismos productos requeridos en los boletines informativos. A manera de ejemplo, se presenta la lista de productos y de proveedores habilitados en el Boletín Informativo No. 923 de 2016. Como se observa, en 12 de las operaciones del mencionado boletín, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) representó de forma simultánea a las tres empresas (**CATALINSA**, **IBEASER** y **LHO**) y en 5 operaciones adicionales lo hizo de forma simultánea para dos de ellas (**CATALINSA** e **IBEASER**; **LHO** y **CATALINSA**; **LHO** e **IBEASER**)¹⁸⁵.

| Productos requeridos | Comisionista habilitado | Mandante habilitado |
|--------------------------|-------------------------|-------------------------|
| Arroz con pollo X 200 G. | COMFINAGRO | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |

¹⁷⁸ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 1:22:43).

¹⁷⁹ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 18:19).

¹⁸⁰ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 18:40).

¹⁸¹ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 19:35).

¹⁸² Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 19:41).

¹⁸³ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 19:44).

¹⁸⁴ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 19:45).

¹⁸⁵ Folio No. 6968 del cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1.

| | |
|---------------------------------|---------------------------|
| Brownie X 100 G. | LHO/CATALINSA |
| Envuelto de mazorca X 200 G. | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |
| Frijol con carne X 200 G. | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |
| Frijol con salchicha X 200 G. | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |
| Galleta de sal X 100 G. | IBEASER/CATALINSA |
| Pan de ajonjolí X 100 G. | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |
| Pan de avena X 100 G. | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |
| Pan de maíz X 100 G. | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |
| Pan integral X 100 G. | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |
| Panettone italiano X 100 G. | LHO/ IBEASER/ CATALINSA |
| Pastel de carne X 200 G. | LHO/ CATALINSA |
| Ponqué de coco X 100 G. | LHO/ IBEASER |
| Ponqué de vino X 100 G. | LHO / IBEASER / CATALINSA |
| Sudado de papa y carne X 200 G. | LHO / IBEASER / CATALINSA |
| Tamal X 200 G. | LHO / IBEASER / CATALINSA |
| Torta de pasas X 100 G. | LHO/ IBEASER |

Fuente: Folio No. 6968 del cuaderno reservado No. 1.

4.2.2.7. En lo que atañe a la forma en la que se realizaría esa distribución de productos, en esta investigación se acreditaron dos aspectos: (i) que la distribución ocurrió mediante un acuerdo celebrado antes de la rueda de negociación por parte de los proveedores habilitados, varios de los cuales estaban representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**); y (ii) que el acuerdo referido era de pleno conocimiento de este investigado. En consecuencia, este operador fue el instrumento utilizado por los colusores para la materialización del acuerdo. A continuación los elementos de juicio que sustentan esta afirmación.

En primer lugar, como se acreditó en la etapa probatoria y como lo reconocieron algunos investigados en sus descargos e incluso con las declaraciones que rindieron en la etapa referida, los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, varios de ellos representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) antes de la rueda de negociación distribuían los productos requeridos en los boletines informativos desde, por lo menos 2011 y hasta marzo de 2018. Las pruebas que sustentan esta afirmación se detallan en el numeral **4.3.** de este informe motivado.

Ahora bien, durante la etapa probatoria **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) señaló que el día de la rueda de negociación cada mandante

precisaba las instrucciones respecto de los productos por los cuales él debía pujar. En efecto señaló:

Javier Caparroso Hoyos: (...) El día de la rueda de la negociación, (...), entonces los clientes [lo] llaman a uno y le dicen 'mire eh voy a ir a la negociación', ah bueno listo vamos a ir a la negociación eh, ¿hasta cuánto vamos a ir?, entonces ellos le dirán a uno 'mi autorización es que usted se baje 100 pesos', listo, entonces yo tengo que validar eso y ese es el resultado del mandato pero específicamente ese, eh eso se hace previo a la negociación vía telefónica pero es como resultado de la instrucción que a mí ya me han impartido, entonces para entrar en un poquito en detalle, eso es un tema que se hace es telefónicamente previo a la negociación, el cliente me puede revocar el mandato, en su momento me dice 'no participe', entonces no necesariamente están escritos los productos o detallados los productos en los que ellos van a participar, por eso no, no hay ninguna información en los procesos de habilitación porque en **los procesos de habilitación son de manera general o sea ellos se habilitan para todos los productos, hay un mandato general para la representación de todos los productos, pero previo a la negociación es mi responsabilidad validar, qué va en el negocio y sobre qué productos va**"¹⁸⁶.

Entonces, de la valoración en conjunto de las pruebas que demuestran el esquema de distribución de productos entre los participantes del acuerdo y la declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) en cuanto a las instrucciones que recibía por parte de sus mandantes, la Delegatura advierte que la instrucción que cada mandante daba a **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), previo a la rueda de negociación, para pujar por alguno de los productos respecto de los cuales se habilitaron no era una decisión independiente sino producto del esquema cooperativo que esos proveedores diseñaron y cuya ejecución correspondía al operador común.

En segundo lugar, en esta investigación se acreditó que la distribución de los productos requeridos por la **ALFM** en los boletines informativos era de conocimiento de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**). De manera que, sobre la base de ese conocimiento, la decisión sobre por cuáles productos pujar, se dio como consecuencia del acuerdo entre sus mandantes y los otros proveedores. Así las cosas, con pleno conocimiento de ese esquema de distribución, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) fue el instrumento para materializarlo en las ruedas de negociación.

Como se presentará en detalle en el numeral **4.3.** de este informe motivado, varias de las distribuciones de productos entre los participantes del acuerdo fueron encontradas en su computador y en correos electrónicos con fecha anterior a la rueda de negociación en que tales productos serían transados. Este aspecto implica, entonces, que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) tenía pleno conocimiento del esquema de distribución y que las instrucciones de sus mandantes perseguían su materialización.

A modo de ejemplo se resalta lo sucedido en relación con la rueda de negociación en la que se transaron los productos de comidas listas y panadería larga vida requeridos en los boletines informativos No. 019 y 035 de 2011. En el computador de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) fue encontrado un documento que precisamente se denomina "*distribución de mandante*". En este archivo Excel se encuentra una distribución de los productos de panadería larga vida y comidas listas entre cuatro de los investigados (**PROLAC**, **MAUROS FOOD**, **LHO** y **JCA**), que coinciden con los alimentos requeridos en los boletines informativos y que luego fueron adjudicados en la rueda de negociación según la distribución pactada. Llama la atención que en esa oportunidad **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) conoció de la distribución de los alimentos que corresponderían a sus mandantes y las de **PROLAC** que, aunque no era su representada, participaba en el acuerdo. Lo relatado en este párrafo es desarrollado en detalle en el numeral **4.3.1.1.** de este informe motivado.

¹⁸⁶ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 1:21:13).

Ahora bien, cuando se le preguntó en etapa probatoria sobre este preciso aspecto, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) otorgó una respuesta omisiva, que corrobora la conclusión de la Delegatura: los mandantes de este operador diseñaban antes de la rueda de negociación un esquema de distribución que luego le ponían en conocimiento para que éste lo ejecutara en la rueda de negociación. A continuación el aparte pertinente de la declaración:

“Pregunta: Señor Caparroso, vamos a ponerle presente unos documentos, unas imágenes contenidas en la resolución de apertura, para los asistentes me refiero a la hoja 23, hoja 24, imagen número 16.”¹⁸⁷

Pregunta: Esos archivos corresponden a unos archivos que fueron encontrados en su computador.”¹⁸⁸

Javier Caparroso Hoyos: Sí.¹⁸⁹

(...)

*Pregunta: Entonces quisiéramos saber ¿cuál es la razón por la cual usted contaba con una información de una empresa como **PROLAC**?”¹⁹⁰*

Javier Caparroso Hoyos: No, eh estos cuadros son remitidos a mí por por un mandante eh y yo lo que hago es tomar la información que corresponde a mi mandante, luego si este cuadro lo mando en su momento **CATALINSA o **Mauros** yo tengo la información de lo que le compete a **Mauros** frente a lo, a lo demás no puedo tomar ninguna apreciación ni decisión”¹⁹¹.**

En ese sentido, no resulta admisible considerar que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) desconocía que las instrucciones de sus comitentes correspondían a una estrategia para materializar el esquema de distribución producto del acuerdo entre sus mandantes y otros proveedores. Así las cosas, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) participó en un comportamiento anticompetitivo. Lo anterior, con independencia de si tal conducta, además, configuraría un conflicto de interés de acuerdo con el reglamento interno de la **BMC**.

4.2.2.8. En la etapa probatoria de esta actuación **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) señaló que el conflicto de intereses no se presentaba cuando él, por intermedio de la **SCB**, habilitaba a sus mandantes por los mismos productos requeridos en un boletín informativo. Por el contrario, según su tesis de defensa, el conflicto de intereses se hubiera presentado si antes de la respectiva operación dos o más mandantes le hubieran ordenado pujar por los mismos productos. Sobre esa base señaló que nunca estuvo en conflicto de intereses¹⁹².

La Delegatura reitera que la defensa planteada por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) es desacertada. La circunstancia consistente en que un operador que recibe mandatos de diferentes proveedores para presentar oferta por los mismos productos en la rueda de negociación constituiría un conflicto de interés de conformidad con el reglamento interno de la **BMC**, no es objeto central de debate en esta actuación administrativa. En efecto, el propósito de esta investigación es la de determinar si ese comportamiento,

¹⁸⁷ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (corredor de **COMFINAGRO**. Minuto 1:29:16)

¹⁸⁸ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (corredor de **COMFINAGRO**. Minuto 1:29:56)

¹⁸⁹ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (corredor de **COMFINAGRO**. Minuto 1:30:09)

¹⁹⁰ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (corredor de **COMFINAGRO**. Minuto 1:30:26)

¹⁹¹ Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (corredor de **COMFINAGRO**. Minuto 1:30:42)

¹⁹² Folio 6396 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minuto 1:13:37). Sobre este aspecto manifestó: “nunca representé un, dos clientes para una misma operación, para un mismo producto”.

consistente en materializar el esquema de distribución de los productos que realizaron sus mandantes, implicó una contribución a la violación del régimen de protección de la libre competencia económica. Como quedó demostrado, una distribución de adjudicación de productos en la forma en la que fue corroborada en esta actuación administrativa, con pleno conocimiento por parte del operador común, lesionó la libre competencia económica en las ruedas de negociación para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida.

Además, para la Delegatura la afirmación de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) consistente en que durante el período investigado, sus mandantes nunca coincidieron en darle la orden de pujar por el mismo producto pese a que se encontraban habilitados para “*todos*” los productos requeridos en los boletines informativos, revela, entonces, dos aspectos importantes para esta investigación. El primero es que la aparente falta de coincidencia no es otra cosa que el reflejo, en las distintas ruedas de negociación, del esquema de repartición previo fijado por sus mandantes, que anulaba la posibilidad de pujar por los mismos productos para lograr la adjudicación. El segundo, el papel de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) en la rueda de negociación consistía, entonces, en materializar ese acuerdo anticompetitivo.

En definitiva, (i) **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), representó a más de un mandante por un mismo producto, aspecto que implicaba que el corredor debía elegir respecto por cuál de los mandantes presentar posturas; (ii) la situación consistente en que un corredor actúe sobre la base de diversos mandatos de más de un proveedor para una misma operación comporta necesariamente la configuración de una distribución, aspecto que contraría la libre competencia económica en este tipo de procesos; y (iii) **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) conocía del esquema de distribución pactado entre los proveedores, al punto que fue el instrumento que utilizaron algunos de los participantes del acuerdo para ejecutar y materializar ese esquema de distribución en las ruedas de negociación. La conducta de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) tiene el carácter restrictivo de la libre competencia económica.

4.2.3. Tercer aspecto que facilitó la ejecución del acuerdo: la ALFM promovió el acuerdo imputado a los investigados

El tercer aspecto que facilitó la ejecución del acuerdo se refiere al comportamiento adoptado por la **ALFM** respecto de los proveedores de comidas listas y panadería larga vida. En efecto, la Delegatura encontró acreditado que la **ALFM** promovió condiciones propicias para que los investigados diseñaran y ejecutaran desde por lo menos 2011 y hasta marzo de 2018, un esquema de repartición del mercado de las comidas listas y panadería larga vida requeridos por la **ALFM** a través del **MCP** de la **BMC**.

Para demostrar la tesis sostenida en este acápite, la Delegatura presentará los factores de riesgo de colusión relacionados con el mercado de comidas listas y panadería larga vida, que servirán de elementos de contexto para describir, con posterioridad, el comportamiento que adoptó la **ALFM** antes, durante y después de la rueda de negociación que terminó por promover un escenario propicio para que los investigados se coludieran. Estos factores de riesgo son: (i) el mercado de comidas listas y panadería larga vida es un mercado de demanda constante y oferta predecible (4.2.3.1.1.); (ii) los pocos productores colaboraron a la **ALFM** en la incorporación de nuevas tecnologías, en las actualizaciones de las normas técnicas de estos alimentos y en la ampliación del menú (4.2.3.1.2.); (iii) la **ALFM** convocaba a reuniones que permitieron el contacto entre las potenciales oferentes de las comidas listas y la panadería larga vida (4.2.3.1.3.); y (iv) la **ALFM** mantuvo estabilidad de condiciones, en especial de la modalidad y mecanismo de selección para adquirir estos productos (4.2.3.1.4.).

4.2.3.1. Factores de riesgo de colusión relacionados con el mercado de comidas listas y panadería larga vida

4.2.3.1.1. La adquisición de comidas listas y panadería larga vida es un mercado de demanda constante y predecible y de oferta limitada y predecible

La Delegatura presentará un análisis de las características del mercado de comidas listas y panadería larga vida que lo convierten en uno de aquellos con riesgo de colusión, de acuerdo con la experiencia de la Superintendencia de Industria y Comercio y los lineamientos de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)¹⁹³.

Dichas características hacen referencia a los siguientes aspectos: (i) una demanda constante y predecible por parte de la **ALFM** y (ii) una oferta limitada y predecible, que convierten al mercado de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, en uno de aquellos mercados que son susceptibles de afectación por cuenta de conductas colusorias.

Respecto al numeral (i), es importante recalcar que la **ALFM** acudió de forma constante al **MCP** de la **BMC** para adquirir comidas listas y panadería larga vida, actuación que se presentó de manera ininterrumpida a lo largo del período investigado, puesto que desde 2011 hasta marzo de 2018, dicha entidad emitió los respectivos boletines informativos para la compra de estos productos¹⁹⁴, en el **MCP** administrado por la **BMC**.

A partir de lo anterior se deduce que, efectivamente, la demanda de la **ALFM** por dichos productos alimenticios siempre ha tenido un flujo constante en el período objeto de investigación.

De esta forma, es claro que la demanda por parte de la **ALFM**, además de haber sido constante fue predecible durante el período investigado, pues los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, podían tener la certeza de que cada año la **ALFM** saldría a comprar dichos productos, debido a que las ruedas de negociación eran frecuentes y se realizaron de forma continua al menos durante los últimos ocho años. En esa medida, aquellos conocían y tenían experiencia como proveedores de productos alimenticios para la entidad, independientemente del escenario mediante el cual se realizara la negociación.

Al respecto, la **OCDE** considera que *“un flujo constante y predecible de demanda por parte del sector público tiende a incrementar el riesgo de colusión”*¹⁹⁵. Así, esa demanda constante y predecible dentro del mercado de compra y venta de comidas listas y panadería larga vida, propició un escenario ideal para la celebración y ejecución del acuerdo objeto de esta investigación.

Ahora bien, frente al numeral (ii), esto es, oferta limitada y predecible, es importante señalar que, tal y como se confirmó en la etapa probatoria, son muy pocas las empresas que se dedican a la fabricación de las comidas listas y la panadería larga vida, demandadas por la **ALFM**. Como fundamento de la tesis recién expuesta, la Delegatura presenta una distribución porcentual entre todas las empresas a las que se les adjudicaron operaciones relacionadas con la producción de comidas listas y panadería larga vida en el período de investigación —desde el año 2011 hasta marzo de 2018—.

En la distribución porcentual, se aprecian dos aspectos. El primero, hace referencia a que, en lo que se refiere a panadería larga vida empresas como **INAVIGOR S.A.S.**, **TRIGSUS S.A.S.** y **VENTAS INSTITUCIONALES S.A.S.**, participaron en el **MCP** de la **BMC**, exclusivamente en el inicio del período investigado, para después desaparecer de este mercado.

El segundo hace referencia a que, en lo atinente a comidas listas, en el año 2011, **BAALBEK** —liquidada judicialmente—, **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, **CATALINSA**, **PROLAC**, **IBEASER** y **LHO** eran los principales proveedores de las mismas. Para 2012, con la salida de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, **CATALINSA** incrementó su participación en el mercado y junto con las cuatro empresas restantes se adjudicaron el 100% de productos de comidas listas. Esta configuración del mercado continuó hasta el año 2015, con la salida de

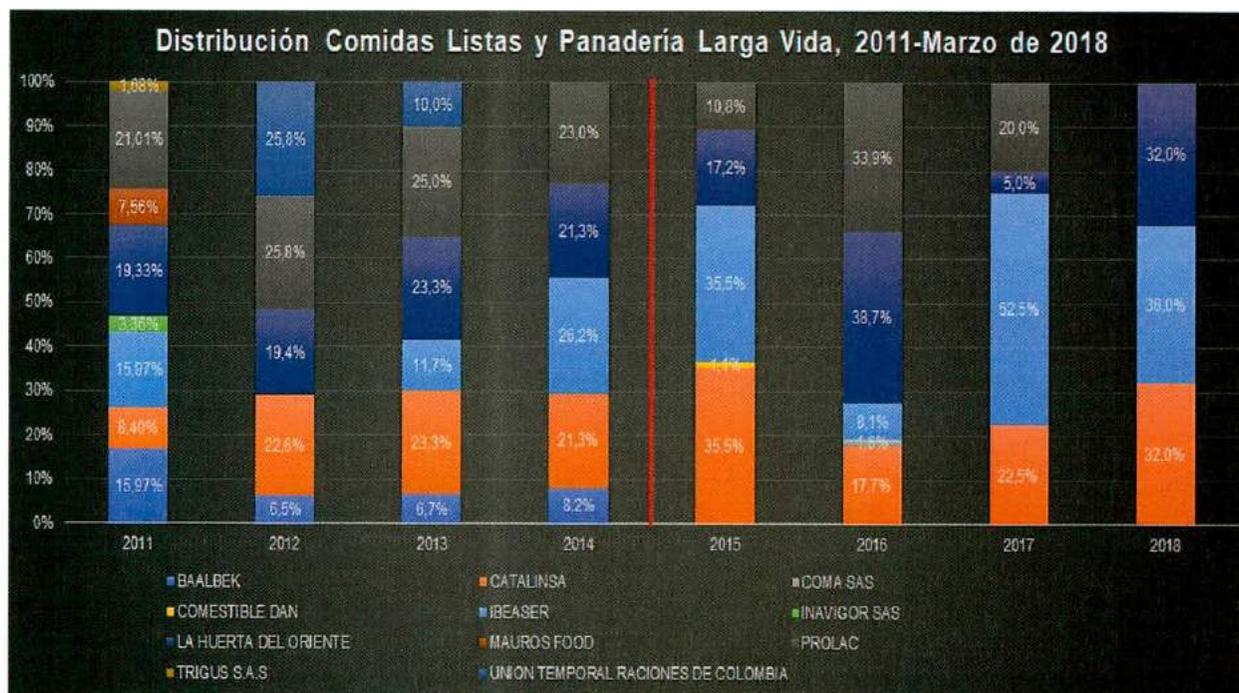
¹⁹³ Recuperado de https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf. Fecha 26 de junio de 2019.

¹⁹⁴ Tal como se indica en la Resolución No. 34188 del 21 de mayo de 2018 *“Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”*, en cada uno de los años investigados existió al menos un boletín informativo expedido por la **BMC**, con el fin de que la **ALFM** adquiriera comidas listas y panadería larga vida.

¹⁹⁵ Recuperado de https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf, en fecha 26 de junio de 2019, pág. 76.

BAALBEK —liquidada judicialmente—. Con la salida de este actor del mercado, las cuatro empresas —**CATALINSA**, **PROLAC**, **IBEASER** y **LHO**—consiguieron una participación muy cercana al 100% de los productos de comidas listas.

En efecto, en la siguiente gráfica se evidencia que la adjudicación de los procesos de selección analizados, se ha focalizado principalmente entre 4 y 5 participantes, de los cuales **LHO**, **IBEASER**, **CATALINSA** y **PROLAC** han concentrado cifras cercanas al 100% de participación en el mercado, particularmente desde el año 2015, momento en el cual **BAALBEK** se retiró de este.



Fuente: Folio 102 del cuaderno público No. 1, folio No. 6968 del cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1

Lo anterior confirma que en el mercado de suministro de comidas listas y panadería larga vida, durante el período investigado existió una oferta limitada y predecible. Respecto a tal característica, la **OCDE** ha manifestado que es “*más probable que se dé la manipulación de ofertas cuando sólo un número reducido de compañías proveen el bien o servicio en cuestión. Cuanto menor sea el número de vendedores, será más fácil llegar a un acuerdo en tomo a la manipulación de licitaciones*”¹⁹⁶.

Así, tales características convirtieron el mercado de comidas listas y panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña en un mercado con alto riesgo de que sus participantes realizaran acuerdos tendientes a manipular los procesos de selección que se adelantaban para la adquisición de estos productos.

A continuación se presentarán otros factores que influyeron para que este mercado tuviera un alto riesgo de colusión.

4.2.3.1.2. Los proveedores de comidas listas y panadería larga vida investigados colaboraron a la ALFM en la incorporación de nuevas tecnologías, en las actualizaciones de las normas técnicas de estos alimentos y en la ampliación del menú

La **ALFM** se edificó sobre las bases del Fondo Rotatorio de la Armada Nacional, el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea y el Fondo Rotatorio del Ejército Nacional. Esta entidad fue creada mediante el Decreto 4746 de 2005, el cual, en su artículo 6, dispone que el objeto de la entidad

¹⁹⁶ Recuperado de https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf. Fecha 26 de junio de 2019, pág. 76.

consiste en ejecutar las actividades de apoyo logístico y el abastecimiento de bienes y servicios requeridos para atender las necesidades de las Fuerzas Militares¹⁹⁷.

En el mismo sentido, el decreto en mención establece en su artículo 7, cuáles son las funciones de la **ALFM**, dentro de las que se encuentran aquellas que corresponden a la adquisición de bienes y servicios requeridos por el Ministerio de Defensa Nacional, en especial por el Ejército Nacional, la Armada Nacional y la Fuerza Aérea Colombiana, entre otras¹⁹⁸.

Como se mencionó, el mercado de compra de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, se caracteriza por tener una oferta limitada y predecible.

En atención a tal circunstancia, de conformidad con el material probatorio recaudado en esta investigación, la Delegatura advirtió que la relación entre la **ALFM** y las empresas proveedoras se estructuró a lo largo de varios años, en los cuales el comportamiento que adoptó la **ALFM** en relación con esos proveedores generó un espacio propicio para que estos se aprovecharan de dicha situación y coordinaran su conducta en relación con los boletines informativos. Entre estos aspectos se destacan:

(i) El desarrollo de nuevas tecnologías por parte de las empresas proveedoras por solicitud de la **ALFM**, a fin de mejorar las condiciones especiales que requieren los productos alimenticios demandados por la entidad; y

(ii) La colaboración de los proveedores de comidas listas y panadería larga vida en la creación y actualización de la Norma Técnica Militar, así como en el desarrollo de nuevos productos que contribuyeron a enriquecer la variedad de menús alimenticios incluidos en dicha norma. Dichos aspectos, serán analizados a continuación.

4.2.3.1.2.1. Desarrollo de nuevas tecnologías por parte de las empresas investigadas, por solicitud de la ALFM

Parte de la relación entre la **ALFM** y los proveedores de comidas listas y panadería larga vida se generó por la necesidad de desarrollar nuevas tecnologías, con el fin de mejorar la presentación y composición de la ración de campaña y los productos alimenticios que la conforman, específicamente en lo atinente a la fabricación de comidas listas y panadería larga vida.

De esta manera, la **ALFM** contactó a las empresas investigadas desde el momento en el que buscaba nuevas tecnologías para optimizar el empaque de los productos, su protección, el almacenamiento —sin necesidad de refrigeración o congelación—, así como la distribución y el transporte de los mismos, tal como se corroboró en las declaraciones brindadas por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) y **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**).

Al respecto, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) en el marco de su declaración, presentó un breve recorrido histórico sobre la participación de **LHO** como proveedora de comidas listas y panadería larga vida, con énfasis en la participación de varias empresas proveedoras de productos alimenticios para raciones, tales como Rica Rondo, Zenú y San Jorge y “*nueve o diez empresas más que eran los que producían en lata*”¹⁹⁹. A su vez, mencionó los problemas a los cuales se enfrentaban las tropas debido al uso de esas latas²⁰⁰, por lo cual en reuniones concertadas entre el Director del Fondo Rotatorio

¹⁹⁷ Recuperado de <https://www.agencialogistica.gov.co>, en fecha 14 de agosto de 2019.

¹⁹⁸ Numeral 3, Artículo 7, Decreto 4746 de 2005 “*Por el cual se fusiona el Fondo Rotatorio de la Armada Nacional y el Fondo Rotatorio de la Fuerza Aérea Colombiana en el Fondo Rotatorio del Ejército Nacional, y se dictan otras disposiciones*”.

¹⁹⁹ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 16:48).

²⁰⁰ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 17:31) “*(...) ¿la lata que presentaba? presentaba problemas desde el punto de vista táctico ¿por qué? porque era mucho más fácil identificar cuántos hombres estaban en el área, si habían 100 o 200 era muy complicado enterrar las latas, muchas veces las dejaban por el afán las dejaban tiradas y el enemigo perfectamente sabía cuántas personas estaban en el área y tuvieron problemas en su momento por eso, el otro tema era la reflexión de la lata, usted abre una lata y la deja al aire libre con el sol alcanza a reflejar (...)*”.

del momento y el Ministerio de Defensa Nacional, se concluyó que para el soldado era complicado llevar en su morral el peso de las latas²⁰¹. Por ende, el Ministerio de Defensa Nacional tomó la decisión de desarrollar la tecnología para dar paso a la utilización del empaque flexible²⁰².

En este punto, es pertinente indicar que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) coincidió con la dificultad que representaba para las tropas recibir alimentos de ración de campaña enlatados, por cuanto *“(…) la lata es muy delicada, la lata con un golpe puede generar un riesgo al interior del producto como tal, que se levante un recubrimiento que tiene y empieza a deteriorarse, aparte del peso exagerado. Como les decía antes el soldado se ahorró por cada día de comida ochocientos gramos en su espalda entonces pues los beneficios son inmejorables, incontables”*²⁰³.

Por otra parte, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) indicó en relación a la participación de la empresa familiar **LHO** en este proceso de transición: *“(…) nosotros empezamos a trabajar este empaque flexible (…) pues en su momento arrancamos nosotros con este tema”*²⁰⁴. Adicionalmente, frente a las características de esta nueva tecnología, mencionó que, por requerimiento del Ejército Nacional, se determinó que la bolsa debía ir en una caja unitaria para evitar roces con otras bolsas, que debía contar con bordes redondeados y con una pequeña muesca para su apertura, siendo así el empaque un elemento *“clave para la conservación del producto”*²⁰⁵.

En línea con lo anterior, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) en alusión a **LHO** señaló que vendían sus productos alimenticios al Fondo Rotatorio del Ejército, desde la época en la cual aún no se había creado la **ALFM**. En particular, afirmó respecto a las actividades de dicha empresa que: *“(…) la Huerta ha crecido de la mano del Ejército, en este tema, y desde que se preparaban comidas en lata, de ahí en adelante ya participábamos (…)”*²⁰⁶.

Así las cosas, es claro que los investigados antes mencionados fungían como proveedores de dichos productos alimenticios desde la época en la cual eran empacados en latas, junto con una gama de proveedores un poco más amplia —previamente referidos por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) en su declaración—.

Sin embargo, aunque la entidad compradora y las empresas proveedoras de comidas listas y panadería larga vida se conocían entre sí de tiempo atrás, su relación se vio fortalecida a partir del momento en el que la **ALFM** requería la transición en el empaque de estos productos. Así lo afirmó **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), quien admitió que: *“(…) hubo un momento en que se dieron comidas en lata, luego se pasaron a estos empaques más sofisticados, entonces fue en ese cambio, que los llamaron, como más o menos, en ese período, en que ellos dijeron no vamos a usar más latas, necesitamos cambiar, ahí fue que más o menos [nos] llamaron. Desde esa época empezaron las comunicaciones, y la interacción entre ellos y nosotros”*²⁰⁷.

En el mismo sentido, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) aclaró que no todos los proveedores de productos alimenticios enlatados se interesaron en continuar en el proceso de transformación del producto y su empaque, tras indicar que *“(…) su razón de ser eran comidas en lata, frijoles en lata, salchichas en lata y pues no mostraron interés en esto tal vez por lo complejo del empaque, porque son importados, por tener que desarrollar comidas diferentes a las que ellos normalmente hacían en latas”*²⁰⁸. Lo anterior explicaría por qué solo las

²⁰¹ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 16:53).

²⁰² Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 18:00).

²⁰³ Folio 6210 del cuaderno público No. 32 (declaración de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS**. Minuto 1:38:58).

²⁰⁴ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 18:43).

²⁰⁵ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 22:23).

²⁰⁶ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 02:15:34).

²⁰⁷ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 02:16:02).

²⁰⁸ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 02:16:50).

empresas investigadas decidieron asumir la transición descrita y mantenerse en el negocio, con el fin de fabricar los productos mencionados.

De esta manera, este factor aumentó el riesgo de que el mercado de comidas listas y panadería larga vida se convirtiera en uno susceptible de ser manipulado por prácticas colusorias por parte de quienes intervinieron en aquél.

4.2.3.1.2.2. Colaboración de los proveedores de comidas listas y panadería larga vida en la creación y actualización de la Norma Técnica Militar del Ministerio de Defensa Nacional, así como en el desarrollo de nuevos productos que contribuyeron a enriquecer la variedad de comidas listas incluidas en las raciones de campaña

La Norma Técnica Militar del Ministerio de Defensa Nacional es un marco de referencia que prevé condiciones que tienen como fin garantizar la aptitud de los diferentes productos que conforman la ración de campaña, mediante las características y los requisitos técnicos que se requieran para tal efecto²⁰⁹. Esta norma técnica es elaborada por el Ministerio de Defensa Nacional, por medio de su Oficina de Normas Técnicas, con la colaboración de instituciones y empresas proveedoras de los productos que conforman la ración de campaña, y está sujeta a ser actualizada permanentemente a fin de que pueda responder a las necesidades y exigencias de la Fuerza Pública.

Esa norma tiene como objetivo establecer los requisitos, planes de muestreo y sus criterios de aceptación o rechazo, así como los métodos de ensayo y la reglamentación que deben cumplir los productos que conforman la ración de campaña para el consumo de los miembros de la fuerza pública, teniendo en cuenta los factores ambientales y el consumo de energía diaria que requiere la actividad militar en condiciones de operación simulada, normal o de combate²¹⁰.

Sobre el particular, **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO** (ex director de la cadena de suministros de la **ALFM**) explicó que en la elaboración de la Norma Técnica Militar participaban “*los comités estructuradores técnicos de cada fuerza, (...) [el] ejército, la misma fuerza, (...) normas técnicas —que son los que regulan—, (...) la Agencia Logística —como operador logístico y posible desarrollador—*”, así como “*muchos de los proveedores*” de los productos que componen la ración de campaña, y que “*de hecho la misma norma lo escribe en su apéndice*”²¹¹.

De ahí que, las empresas investigadas hayan participado activamente en la elaboración de la Norma Técnica Militar a fin de determinar los requisitos y los términos de fabricación de las comidas listas y la panadería larga vida que posteriormente venderían a la **ALFM**, tal y como se acreditó en la etapa probatoria.

Al respecto, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) afirmó que una vez el Ministerio de Defensa Nacional se dio cuenta que las comidas listas y la panadería larga vida “*era un producto bastante complicado de manejar, crearon la norma técnica militar —la cual ya tiene seis actualizaciones—*”, y fue, en ese momento, que “*nos invitaron a nosotros, invitaron varias empresas del sector, invitaron laboratorios, al Icontec*”, para el desarrollo de nuevas tecnologías con el objetivo de optimizar esos productos.

A su vez, **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) indicó sobre la participación de **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— en los procesos de creación y actualización de la Norma Técnica Militar que “*el fondo rotatorio en su época solicitaba apoyo, más que el fondo rotatorio el Ministerio de Defensa para crear o las normas técnicas o reformarlas y organizarlas*”, para que “*pudiéramos nosotros colaborar vendiéndoles las comidas*”. Así mismo, sostuvo que a las reuniones que se organizaban para tal fin asistían “*18, 20 empresas*”²¹², los representantes legales y más que los representantes legales

²⁰⁹

Recuperado

de

<https://www.mindefensa.gov.co/irj/portal/Mindefensa/contenido?NavigationTarget=navurl://61837c57795575be0a1793117052f914>, en fecha 11 de julio de 2019.

²¹⁰Sobre el particular ver NTMD-0065-A6, que obra en el folio 3897 del cuaderno público No. 21.

²¹¹Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 38:28).

²¹² Se refiere al conjunto de las empresas que elaboraban todos los productos que integran la ración de campaña.

los directores técnicos, los ingenieros básicamente, que conocían el tema de la producción de comidas listas”²¹³. Por último, recalcó que el propósito de esas reuniones era “mejorar la norma técnica militar, porque la norma técnica militar cuando se arrancó este proceso era una norma un poco anticuada”²¹⁴.

En el mismo sentido, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) señaló que las reuniones mencionadas las citaba de manera oficial “el Ministerio de Defensa, a través de una oficina que se llama normalización” y que la **ALFM** “hacía saber que empezaba proceso de actualización de la norma”. Igualmente, indicó que había reuniones para tratar los aspectos técnicos, las necesidades de las tropas, las peticiones de los soldados y que los procesos de actualización de Norma Técnica Militar “duraba fácilmente tres meses, cuatro meses, y habían muchas reuniones a lo largo (...) de estas actualizaciones”²¹⁵.

En efecto, la participación de las empresas investigadas²¹⁶ —**IBEASER**, **LHO**, **CATALINSA**, **PROLAC** y **BAALBEK**—, en las actualizaciones de la Norma Técnica Militar del Ministerio de Defensa Nacional para las raciones de campaña se puede constatar en las actualizaciones que obran en el expediente, esto es, NTMD-0065-A4²¹⁷, NTMD-0065-A5²¹⁸ y NTMD-0065-A6²¹⁹.

Aunado a lo anterior, la Delegatura destaca que la Norma Técnica Militar del Ministerio de Defensa Nacional exige que la ración de campaña contenga como mínimo dos comidas listas diferentes²²⁰, según el menú que se especifique. Tal exigencia conllevó a que las empresas investigadas, también participaran en el desarrollo de nuevos productos, a fin de enriquecer la variedad de las comidas listas que se incluyen en la ración.

Al respecto, **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO** (ex director de la cadena de suministros de la **ALFM**) señaló que la **ALFM** “lideró” el proceso de “investigación y desarrollo de producto”, con el fin de mejorar la ración de campaña, el cual consistió en “ampliar el espectro en la parte de gastronomía” y conllevó a que en “una de las actualizaciones de la norma técnica se [pasara] de producir 10 menús a producir 21 menús”²²¹.

Sobre el desarrollo de nuevos productos, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) hizo énfasis en la colaboración que **LHO** brindó en este aspecto. En ese sentido, señaló que en la Norma Técnica Militar del Ministerio de Defensa Nacional se establecen unos “números de menús”, que en un inicio solo se tenían previstos “cinco menús, después modificaron y pidieron diez menús, ahorita creo que la Norma va como en veinte, veintiún variedades de menús, de los cuales nosotros hemos colaborado en el desarrollo de cada una de esas comidas, que son pues, bastante variedad de productos”²²².

A fin de sustentar lo anterior, afirmó que “en La Huerta [de Oriente], la verdad sí teníamos un equipo técnico en la planta, que se dedicaba expresamente a desarrollar esas formulaciones y ver de qué manera podía cumplir con los requerimientos de la Norma en tema nutricional y pues para ofrecerles más variedad, lo que se quería era que hubiera variedad de productos, era lo que ellos buscaban, y pues nosotros se lo podíamos ofrecer y por eso, desarrollábamos esos

²¹³ Folio 6261 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**. Minuto 13:38).

²¹⁴ Folio 6261 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**. Minuto 13:38).

²¹⁵ Folio 6210 del cuaderno público No. 32 (declaración de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS**. Minuto 1:34:19).

²¹⁶ **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— también participó en la actualización de la NTMD-0065-A4 y de la NTMD-0065-A5.

²¹⁷ Folio 5485 del cuaderno público No. 29.

²¹⁸ *Ibidem*.

²¹⁹ *Ibidem*.

²²⁰ Folio 3900 del cuaderno público No. 21.

²²¹ Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 37:12).

²²² Folio 3900 del cuaderno público No. 21.

productos, a costa nuestra, la verdad siempre, o sea, nunca, cobrábamos por esos desarrollos, nunca (...)"²²³.

Sobre ese punto, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) sostuvo que desarrollaron “*el mercado para la agencia logística*” y que no recibieron ningún pago por ello, pues simplemente les pidieron que crearan un “*ajiaco, un mondongo, un arroz con pollo, un tamal, un envuelto de mazorca (...)*”. Ello debido a que, en su momento, “*lo que se traía eran raciones americanas y la ración americana nunca le gustó al soldado y por eso (...) nos invitaron a nosotros*”, para que desarrollaran productos nuevos, pues “*los soldados realmente [estaban] cansados ya con dos o tres o cuatro menús*”²²⁴, solamente.

A su vez, **ANDREA DEL PILAR JARA POSADA** (operadora de la **SCB** que representó a la **ALFM**) presentó dos documentos en los que se evidencian que la **ALFM** solicitó a las empresas investigadas muestras de productos nuevos dentro del proceso de validación de la actualización No. 5 de la Norma Técnica Militar²²⁵. En efecto, la **ALFM** distribuyó entre **CATALINSA**, **PROLAC** y **LHO** los productos nuevos a desarrollar bajo su propio costo y estableció las condiciones de entrega de los mismos. Así mismo, la Delegatura pudo verificar que esos productos después fueron incluidos en los boletines informativos de la **BMC**, como productos solicitados por la **ALFM**.

A manera de ejemplo, se destaca que la **ALFM** le solicitó a **CATALINSA** la elaboración de muestras de arveja con carne, blanquillos, garbanzo con carne, mute, ponqué con vetas de chocolate y torta de pasas, productos que efectivamente se incorporaron en el menú solicitado por la **ALFM** específicamente en los boletines informativos No. 620 y No. 497 del año 2015. En el mismo sentido, a **PROLAC** le solicitaron la elaboración de muestras de calentado, frijol marinero, jamonada, lechona, *omelette*, ponqué de vino, salchichas y torta de banano, productos que fueron demandados por la **ALFM** en los boletines informativos No. 497, No. 620, No. 741 y No. 924 del año 2015.

Finalmente, la **ALFM** le asignó a **LHO** la elaboración de muestras de arepa con queso y ponqué de coco, productos que fueron igualmente adjudicados en el año 2015, en el marco de las ruedas de negociación correspondientes a los boletines informativos No. 741 y No. 497, del mismo año. Así, estos menús asignados a las tres empresas investigadas fueron diseñados y efectivamente incorporados en los menús de comidas listas y panadería larga vida que la **ALFM** adquiría en las ruedas de negociación.

Lo anterior demuestra que, si bien el Ministerio de Defensa Nacional, en cumplimiento del principio de participación y en desarrollo del sistema de normalización y aseguramiento de la calidad de los bienes y servicios requeridos por el sector defensa, podía convocar a los agentes del mercado fabricantes para la elaboración de las Normas Técnicas Militares —aspecto que no es objeto de reproche en esta actuación administrativa—, lo cierto es que el contexto descrito hasta este punto, evidencia que tales factores habrían servido para generar un entorno colaborativo que permitió el diseño e implementación del acuerdo imputado a los investigados.

Ello en la medida en que, al contrastar esos requerimientos con los boletines informativos posteriores y las Normas Técnicas Militares, se advierte que los productos anteriormente referidos, cuyo desarrollo fue solicitado por parte de la **ALFM** a los investigados, efectivamente fueron incorporados en el menú, al punto que esas empresas que los desarrollaron, luego los ofertaron en el **MCP** y resultaron adjudicatarios.

Así las cosas, la circunstancia descrita evidencia un aspecto fundamental que reconoció **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), esto es, que los investigados “*desarrollaron*”, con la anuencia y por solicitud de la **ALFM**, su propio mercado. Lo anterior cobra mayor relevancia, si se tiene en cuenta que, en consecuencia, los investigados terminaron, por lo menos, influyendo en las condiciones de demanda requeridas por la **ALFM**, aspecto que incrementó el riesgo de colusión en este mercado.

²²³ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 1:51:11).

²²⁴ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 20:29).

²²⁵ Folio 6290 al 6294 del cuaderno público No. 32.

4.2.3.1.2.3. La ALFM convocaba a reuniones que permitieron el contacto entre las potenciales oferentes de las comidas listas y la panadería larga vida

En el marco de las correspondientes declaraciones, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER), **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de IBEASER), **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO** (ex director de la cadena de suministros de la ALFM), **GINA ANDREA CASAS ROJAS** (operadora de la SCB Mercado y Bolsa S.A., la cual representó a la ALFM) y **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de AR TRIPLEA y COMFINAGRO) coincidieron en afirmar que la ALFM citaba a los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, con el fin de que asistieran a reuniones previas a las ruedas de negociación de dichos productos, realizadas en el escenario de la BMC²²⁶.

Sobre lo que se comentaba en las reuniones mencionadas, se destaca una expresión que denota con gran elocuencia la necesidad y la urgencia de la ALFM para que las empresas investigadas, en efecto, participaran en los procesos correspondientes. Al respecto, es pertinente advertir en todo caso que, la eventual situación de apremio en la que se encontrara la ALFM no puede ser en modo alguno un criterio para remover la connotación anticompetitiva del esquema de coordinación y cooperación que la Delegatura imputó a los investigados.

Precisado lo anterior, respecto de las reuniones y la expresión que evidenciaba la urgencia que tenía la ALFM, se manifestaron **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de IBEASER), en sus respectivas declaraciones, tal como se enuncia a continuación:

"(...) el objetivo final era poder atender los requerimientos de la Agencia Logística. Ellos eran los que, y ellos también eran conocedores que... de que nos comunicábamos, incluso nos decía, pues muchas veces las palabras que utilizaban eran 'por favor, no nos dejen morir', no podemos dejar este menú sin esta comida"²²⁷.

Por su parte, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de IBEASER) coincidió al afirmar sobre la referida manifestación.

*"(...) básicamente el origen de esos cuadros [se refiere a los cuadros de repartición de los productos] se daba por la misma urgencia de la Agencia Logística y la manifestación que se daba de manera informal en las reuniones o hasta de manera formal a través de los comisionistas del **por favor no nos dejen morir**, por favor necesitamos que participen, por favor necesitamos que haya pluralidad de oferentes por cada producto ¿sí? era la única forma que en esa misma reunión, bien sea de manera formal, o algo cada una de las empresas empezaba a hacer esas simulaciones, a aterrizar las ideas en un papel, en un cuaderno, en un Excel, de qué podíamos hacer para que las cuatro, y única empresas, pudiéramos nosotros suplir esa necesidad de cantidades y tiempo que requería la Agencia Logística"²²⁸.*

²²⁶ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 52:39). "Mmm... Pues éramos solamente, cuatro proveedores, y nos...comunicábamos nosotros interactuábamos para poder atender al requerimiento de la Agencia, y...**pues, en ocasiones, la Agencia Logística, citaba a reuniones a todos los proveedores, no sólo de comidas y panadería sino de los otros implementos, de empaques, de...estas bolsas (...)**"; folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 32:34). "(...) la primera entrega, entréguenos el 30 por ciento, 400 mil unidades, no podíamos, ¿a qué nos llevaba eso? pues a que hubiera una cooperación y una coordinación entre los empresarios y la agencia logística **donde hubo reuniones con la agencia logística** y donde nosotros realmente el fin era poderle cumplir a la agencia logística y a eso nos hemos dedicado todo este tiempo porque hemos estado en guerra"; folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Primera parte. Minuto 54:59, 55:47). "**Pregunta:** (...) ¿Entonces, el Despacho quisiera saber si usted sabe si la ALFM citaba a los proveedores de comidas listas y panadería larga vida a reuniones para hablar de los procesos de selección para la compra de estos productos alimenticios? **Gina Andrea Casas Rojas: Yo asumo que antes de comprarlo sí, porque los únicos que producen esos productos son los que están investigados. Porque tienen unas condiciones especiales (...) Yo asumo que sí**".

²²⁷ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 01:18:37).

²²⁸ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Segunda parte. Minuto 38:07).

Así, en las declaraciones previamente mencionadas, de manera notable y coincidente, se da cuenta de la expresión utilizada por la **ALFM** “no nos dejen morir”, como evidencia de la urgencia manifiesta con la cual dicha entidad requería a los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, para lograr que se habilitaran como participantes en los procesos de selección adelantados en el escenario del **MCP** de la **BMC**. De este modo, la **ALFM** significaba su interés en cumplir en tiempo con el ensamble de la totalidad de las raciones de campaña y así proceder, en su calidad de intermediario, a venderlas al Ministerio de Defensa Nacional.

Por otra parte, **GINA ANDREA CASAS ROJAS** (operadora de la **SCB** Mercado y Bolsa S.A, la cual representó a la **ALFM**) afirmó de manera coincidente, que la **ALFM** citaba a los proveedores de comidas listas y panadería larga vida con el fin de que asistieran a reuniones previas a las ruedas de negociación de dichos productos y explicó que tales encuentros tenían lugar, en su opinión, precisamente por la oferta limitada de productos. En efecto, señaló que “(...) los únicos que producen esos productos son los que están investigados, porque tienen unas condiciones especiales. Esos productos no los puede vender cualquier persona, cualquier proveedor, no se consiguen en el mercado”²²⁹.

Ahora bien, en línea con el tema de las reuniones desarrolladas entre la **ALFM** y los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) indicó que “[c]onstantemente se hacían algunas reuniones en la Agencia Mercantil con diferentes temas, no solamente para ponernos en conocimiento de una próxima compra, sino de la necesidad de ofrecimiento, que eran diferentes temas que motivaban a la Agencia Logística directamente a los proveedores o a través de los comisionistas queuviésemos que convocar a ciertas reuniones”²³⁰.

En concordancia con lo anterior, **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO** (ex director de la cadena de suministros de la **ALFM**) sostuvo: “[o]tra de las cosas que se hacía a nivel institucional de la Agencia Logística era hacer una reunión de coordinación, una reunión de **coordinación previa** a la publicación en muchas veces de la ficha técnica de negociación, donde a través de nuestro comisionista le decíamos mire, háganos un favor, a través de los históricos y estadísticos de los posibles oferentes que vayan a participar en este, en los posibles procesos, citen a todo el personal que componga (...) la línea de productos de raciones de campaña (...)”²³¹.

Las declaraciones precedentes, permiten a la Delegatura afirmar que la **ALFM** citaba y realizaba reuniones con los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, de manera previa a las ruedas de negociación a desarrollarse en el escenario de la **BMC**, ello con base en diversas razones. Así, entre los motivos expuestos por algunos de los declarantes mencionados se encuentran: (i) manifestar “(...) la urgencia que tenían (...)”²³² de adquirir los productos y (ii) hacer todo lo posible para “poderle cumplir a la agencia logística”²³³.

Este espacio de “coordinación” creado por la **ALFM** con los pocos oferentes de las comidas listas y panadería larga vida, en el contexto descrito, a juicio de la Delegatura, fue un escenario que incrementó el riesgo de colusión, por cuanto facilitó el contacto entre los investigados y, con ello, fortaleció las relaciones entre quienes serían competidores.

Una vez presentados, los factores que aumentaron el riesgo de colusión en el mercado referido, a continuación, la Delegatura presentará el material probatorio que demuestra que la entidad

²²⁹ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Primera parte. Minuto 54:59, 55:48).

²³⁰ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Primera parte. Minuto 35:59).

²³¹ Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 25:43).

²³² Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 02:07:22).

²³³ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 32:52).

pública materializó el riesgo de colusión y, con este actuar, la **ALFM** promovió el acuerdo investigado.

4.2.3.1.4. La ALFM mantuvo estabilidad de condiciones, en especial de la modalidad y mecanismo de selección para adquirir estos productos

Desde al menos 2011 y hasta marzo de 2018, la **ALFM** acudió al **MCP** de la **BMC** para adquirir, entre otros productos, las comidas listas y panadería larga vida destinadas al ensamble de raciones de campaña.

La estabilidad en las condiciones en el proceso de selección de contratistas que usó la **ALFM** durante aproximadamente 8 años permitió que una de las características fundamentales del **MCP** de la **BMC**, como es su carácter de mercado ciego, se desdibujara por completo. Como se explicó, siempre hubo una demanda constante y predecible por parte de la **ALFM** y una oferta limitada e igualmente predecible por parte de los proveedores de dichos productos.

De ahí que, al conservar la misma modalidad de selección durante todo el período investigado, la **ALFM** propició condiciones para que sus procesos de selección fueran más predecibles por parte de sus potenciales oferentes, de manera que con este aspecto permitió que estos aprendieran en detalle las reglas y la dinámica del **MCP** de la **BMC**, tales como las relativas a la etapa de habilitación y las eventuales consecuencias que acarrearía la inexistencia de pluralidad de oferentes.

En definitiva, la comodidad de la **ALFM** al permanecer durante el período referido en el **MCP** de la **BMC** permitió a los agentes del mercado usar su conocimiento para manipular este escenario a su favor, aspecto que en definitiva incrementó el riesgo de colusión en este mercado.

4.2.3.2. El material probatorio que demuestra que la ALFM promovió las relaciones de coordinación entre los investigados, antes, durante y después de las ruedas de negociación

Como se enunció anteriormente, en la etapa probatoria de la presente actuación administrativa se demostró que tanto (i) la demanda constante y predecible y la oferta predecible y limitada en el mercado de comidas listas y panadería larga vida; (ii) la participación de los investigados en la actualización de la norma técnica militar, en la transición de tecnologías, y en las distintas reuniones convocadas por la **ALFM**; (iii) la convocatoria a reuniones por parte de la **ALFM**; y (iv) la estabilidad de condiciones, en especial de la modalidad de selección para adquirir estos productos, habrían sido factores que incrementaron el riesgo de colusión en este mercado.

A continuación, la Delegatura expondrá el comportamiento de la **ALFM** que permite concluir que esta promovió el acuerdo objeto de investigación.

4.2.3.2.1. Comportamiento de la ALFM previo al desarrollo de las ruedas de negociación para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña

4.2.3.2.1.1. La ALFM convocaba a reuniones previas a la publicación de los boletines informativos en las cuales intercambiaba información con los potenciales oferentes sobre el proceso de selección que adelantaría en el MCP de la BMC

La Delegatura demostró que en las reuniones desarrolladas entre la **ALFM** y los proveedores de comidas listas y panadería larga vida se intercambiaba información respecto del inicio de los procesos de compra de comidas listas y panadería larga vida, así como de las condiciones que establecerían en los boletines informativos, la cual determinaría el comportamiento competitivo de tales proveedores en dichos procesos.

La aseveración previa se verificó en las declaraciones rendidas por **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO** (ex director de la cadena de suministros de la **ALFM**). Al respecto, el primero fue

claro al señalar que “en algunos momentos, el conocimiento sobre estas compras también se hacía de manera informal, sí?. No directamente a través de la Bolsa Mercantil, sino a través de diferentes escenarios directamente con la Agencia Logística”²³⁴ y el segundo de ellos, afirmó que:

“(...) el contenido de esa reunión básicamente era informarle a los posibles oferentes cuál iba a ser el proceso que la Agencia Logística iba a sacar al mercado para que ellos mismos conocieran de primera mano las necesidades de las fuerzas (...) siempre en aras de poder garantizar ese tiempo final que está determinado no por nosotros, por Agencia, sino por las mismas fuerzas, donde las fuerzas tenían... necesitan el producto para esa fecha y no era para después”²³⁵.

Adicionalmente, de la declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS** (operadora de la **SCB Mercado y Bolsa S.A**, la cual representó a la **ALFM**) se infiere que esas reuniones anteriores a la publicación de los boletines informativos tenían como propósito concertar la forma en que sería ejecutado el suministro de esos productos en los tiempos requeridos por la **ALFM**. En efecto esta declarante señaló que: “(...) tienen que haberse hablado ya [la] agencia con los proveedores anteriormente para que ellos puedan entrar a producir con su tiempo prudente estos productos, porque ellos no pueden tener 'stokeados' en la bodega x cantidad de producto para poder entregar”²³⁶.

De esta manera la **ALFM**, en el marco de las reuniones y comunicaciones previamente referidas, informaba a las empresas investigadas sobre el inicio de las negociaciones que se llevarían a cabo por medio del **MCP** de la **BMC**, hecho significativo para concluir que estas empresas conocían con antelación sobre los futuros procesos de compra de la **ALFM** y adquirían la información relacionada con ello de manera informal, por fuera del escenario de la **BMC** en cuanto a tiempos y a medios de conocimiento. Con este comportamiento la **ALFM** promovió el acuerdo de distribución de productos entre las empresas investigadas.

Según los declarantes, dicho conocimiento previo derivaba precisamente de las condiciones del mercado, esto es, los pocos oferentes dispuestos a fabricar los productos alimenticios integrantes de las raciones de campaña y la agilidad inherente al procedimiento de negociación de **BCTU** en el **MCP** de la **BMC** —con un término que no tardaba más de 25 días—. Así, debido a las condiciones del mercado mencionadas, la **ALFM** pretendía asegurar la adquisición de los productos objeto de análisis, con el fin de que las empresas proveedoras se prepararan con la debida antelación, para cumplir con las condiciones previstas en los respectivos boletines informativos²³⁷.

Al respecto **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO** (ex director de la cadena de suministros de la **ALFM**) manifestó que efectivamente estos términos eran muy reducidos, pues los tiempos que requerían las fuerzas públicas para llevar a cabo sus operaciones y, a su vez, abastecerse para atender las mismas era limitados. Sobre este aspecto señaló:

“(...) la Agencia Logística empezaba su ejecución como tal de donde era claramente establecido unos tiempos, unos tiempos que realmente, y en forma muy continua se presenta y se puede observar los contratos eran unos tiempos muy cortos, tiempos muy cortos porque las operaciones militares no se planean (...) entonces los tiempos eran muy cortos y realmente nosotros nos sometíamos a poder cumplir con esos tiempos para no parar ninguna operación de la fuerza”²³⁸.

²³⁴ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Primera parte. Minuto 32:07).

²³⁵ Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 30:32).

²³⁶ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Segunda parte. Minutos 47:43 y 48:10).

²³⁷ Para ejemplificar esto se puede observar el Boletín Informativo 497 de 2015, cuya rueda de negociación se celebró el día 10 de agosto, con fecha de entrega de productos prevista para el día 24 de agosto, tan sólo 14 días después.

²³⁸ Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 18:06).

En concordancia con lo anterior y como consecuencia del intercambio de información previa en esas reuniones citadas por la **ALFM**, los proveedores investigados de manera anticipada iniciaban la fabricación de los productos requeridos por la entidad, incluso antes de que les fueran adjudicados. Sobre este punto, **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS** (directora administrativa de **LHO**), al ser indagada sobre las medidas que eran adoptadas por **LHO** para el cumplimiento de los plazos establecidos por la **ALFM**, indicó que en algunas ocasiones iniciaron el proceso de producción antes de “*cerrar operación*”, esto es antes de la adjudicación del producto²³⁹.

De ahí que, la Delegatura pueda afirmar que, con antelación al inicio del proceso de selección en el **MCP** de la **BMC**, los proveedores de las comidas listas y panadería larga vida conocían en detalle las condiciones y exigencias previstas por la **ALFM**.

Este comportamiento de la **ALFM**, entonces, desdibujó por completo el carácter de “*mercado ciego*” del **MCP** de la **BMC**. En efecto, la entidad contratante conocía de antemano (i) quiénes iban a ser sus oferentes; y (ii) los productos que cada uno de estos podía ofertar en la posterior rueda de negociación. A su vez, los oferentes conocían (i) los productos y cantidades que iba a requerir la **ALFM** en los boletines informativos correspondientes; (ii) el precio de compra de la **ALFM**; (iii) quiénes serían sus posteriores competidores; y (iv) los productos que cada de ellos podía producir.

De manera que la **ALFM** promovió el acuerdo referido al convocar las reuniones en las cuales se intercambiaba información con los oferentes de los productos con antelación a la publicación del boletín informativo.

4.2.3.2.1.2. La ALFM solicitaba a las empresas investigadas que se habilitaran para participar en las operaciones que se adelantarían en las ruedas de negociación

En la etapa probatoria de esta investigación, se acreditó que la **ALFM** solicitaba a los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, que se habilitaran para participar en las operaciones que se realizaban en las ruedas de negociación adelantadas para que la entidad adquiriera dichos productos, así no presentaran posturas de venta.

Ello, con el fin de que dichas operaciones se realizaran en el término previsto en los boletines informativos correspondientes y, de esta manera, cumplir oportunamente su función de ejecutar las actividades de abastecimiento de bienes y servicios requeridos para atender las necesidades de las Fuerzas Militares.

Para la mejor comprensión de lo que aquí se comenta, se resaltan dos aspectos. El primero hace alusión al procedimiento establecido en la reglamentación de la **BMC** para el supuesto en el que no existiera pluralidad de oferentes. Según lo explicado en el numeral 4.1. de este informe, en este supuesto la **SCB** de la punta vendedora deberá indicar si continúa con la operación o modifica las condiciones de compra.

El segundo aspecto hace referencia a que, como se ha explicado hasta este punto, la **ALFM** adquiriría, entre otros productos, las comidas listas y la panadería larga vida en el escenario del **MCP** de la **BMC**, para proceder, posteriormente, a ensamblar la totalidad de las raciones de campaña que luego esta entidad vendía al Ministerio de Defensa Nacional. Los tiempos de entrega de esas raciones por parte de la **ALFM** al Ministerio referido estaban previstos en los contratos interadministrativos suscritos entre estas entidades.

Así pues, con el propósito de evitar las consecuencias previstas por el reglamento en los supuestos de inexistencia de pluralidad de oferentes y, en consecuencia, retardar el cierre de las operaciones, la **ALFM** solicitaba a los proveedores de productos alimenticios para raciones de campaña, que se habilitaran para participar en las ruedas de negociación por varios productos, así no se diera en todos los casos puja por parte de estos. El fundamento de la anterior afirmación lo constituyen las declaraciones de **GINA ANDREA CASAS ROJAS** (operadora de la

²³⁹ Folio 6344 del cuaderno público No. 32, minuto 01:08:57 a minuto 01:09:34.

SCB Mercado y Bolsa S.A., la cual representó a la **ALFM**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), tal como se detalla a continuación.

Así se tiene, por un lado, la afirmación de **GINA ANDREA CASAS ROJAS** (operadora de la **SCB Mercado y Bolsa S.A.** la cual representó a la **ALFM**), quien indicó que la **ALFM** se comunicaba directamente con los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, pese a estar representada por una **SCB** y tratarse de un mercado ciego, porque ellos eran “*como una familia*”²⁴⁰. Esta afirmación cobra especial relevancia si se tiene en cuenta que las mismas condiciones del mercado de compra y venta de comidas listas y panadería de larga vida, —en el que la **ALFM** demandaba constantemente esos productos y sus proveedores eran los únicos del mercado—, hacían que se tratara de un mercado sin rotación, en el que sus participantes se conocían desde hace mucho tiempo.

De manera que, bajo esa relación de familiaridad, la entidad les solicitaba a las empresas investigadas que se habilitaran para participar en las operaciones de las ruedas de negociación que se adelantaban con el fin de que la **ALFM** adquiriera dichos productos. En palabras de la declarante “*(...) le decían, preséntense, no me dejen deshabilitado ese producto porque tengo que reunir el 100%*”²⁴¹.

Por otra parte, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) manifestó que los funcionarios de la **ALFM** se comunicaban con los investigados y estaban pendientes, especialmente, de la participación de ellos. Dicho interés se hacía presente cuando la **ALFM** le expresaba a estas empresas: “*(...) estamos seguros que ustedes van a ofertar, por favor los necesitamos, por favor necesitamos que ofrezcan la mayor cantidad de productos (...)*”²⁴². Además, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) indicó que la solicitud de habilitación por varios productos era un tema reiterativo en las recomendaciones que la **ALFM** les hacía, debido a que “*(...) en la Bolsa Mercantil, cuando no había pluralidad frente a un producto, eran un producto que no se cerraba en la negociación del día (...)*”²⁴³.

4.2.3.2.2. La conducta de la ALFM durante el desarrollo de las ruedas de negociación para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, y con posterioridad a las mismas

4.2.3.2.2.1. La ALFM se comunicaba directamente con los proveedores durante el desarrollo de las ruedas de negociación, sin intermediación de las SCB que representaba a cada punta

La **ALFM** estaba presente constantemente en el escenario de ruedas de negociación, pese a que esta entidad había elegido una **SCB** que los representaría en todo el proceso de compra, a fin de comunicarse directamente con los proponentes para que se habilitaran y dieran el “*conforme*”, circunstancia que impidió que este mercado se comportara como un “*mercado ciego*”.

Esta afirmación encuentra sustento en la declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS** (operadora de la **SCB Mercado y Bolsa S.A.**, la cual representó a la **ALFM**), quien declaró ante esta Delegatura que las comunicaciones de la **ALFM** con los comitentes vendedores y con los comisionistas vendedores eran frecuentes, pues sostuvo que “*(...) en el escenario de la Bolsa no pueden entrar los comitentes vendedores (...) pero todas las entidades estatales sí pueden entrar y la ALFM va a todas las negociaciones que ellos hacen. Siempre van*”²⁴⁴. Aunado a lo

²⁴⁰ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Segunda parte. Minuto 02:50).

²⁴¹ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Segunda parte. Minuto 03:00).

²⁴² Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Segunda parte. Minuto 06:40).

²⁴³ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Segunda parte. Minuto 06:51).

²⁴⁴ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Segunda parte. Minuto 35:05).

anterior, indicó que estas comunicaciones son de público conocimiento "(...) porque las personas de la ALFM, aún en abastecimiento, llaman al proveedor ahí delante de uno"²⁴⁵, lo que desdibujó por completo la característica de mercado ciego.

Por último, informó la declarante que la persona adscrita a la ALFM llamaba al cliente al cual ella representaba, en los supuestos en que fue operadora de una SCB representante de la punta vendedora, para ajustar desavenencias que impedían cerrar la operación, tales como la premura en los tiempos²⁴⁶.

4.2.3.2.2. La ALFM tenía contacto directo con los proveedores para la entrega de los productos finales, sin intermediación de las SCB respectivas

Por otra parte, con posterioridad a la realización de las ruedas de negociación para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, en el escenario del MCP de la BMC, la ALFM mantenía contacto directo con los proveedores de dichos productos.

Si bien, de acuerdo con lo preceptuado por el reglamento interno de la BMC, esta conducta no es objeto de reproche, en el contexto de los hallazgos mencionados en el desarrollo de la presente actuación administrativa se tiene como un elemento adicional que evidencia que la ALFM promovió el acuerdo por cuenta del intercambio de información con los proveedores sin intermediación de las SCB. Este comportamiento, una vez más, desdibujó la carácter de mercado ciego del escenario del MCP de la BMC.

Así, la tesis expuesta encuentra sustento en la declaración de GINA ANDREA CASAS ROJAS (operadora de la SCB Mercado y Bolsa S.A., la cual representó a la ALFM), quien manifestó que, aunque los operadores estaban en medio de la negociación en la BMC, en representación ya sea de la punta compradora como de la punta vendedora, con la ALFM eso no sucedía "(...) porque, como les he dicho, los clientes no rotan y ya se conocen y son como una familia"²⁴⁷.

Además, la misma declarante advirtió que para cumplir con una obligación en un negocio con ese tipo de productos "(...) tienen que haberse hablado ya [la] agencia con los proveedores anteriormente para que ellos puedan entrar a producir con su tiempo prudente estos productos, porque ello no pueden tener 'stokeados' en la bodega x cantidad de producto para poder entregar"²⁴⁸.

En cuanto a las implicaciones de las comunicaciones directas entre la ALFM y los proveedores de los productos relacionados en la presente actuación administrativa, GINA ANDREA CASAS ROJAS (operadora de la SCB Mercado y Bolsa S.A., la cual representó a la ALFM) sostuvo que ese comportamiento no se ajustaba a la dinámica del MCP, ello puesto que los operadores son el canal de comunicación entre las partes en las negociaciones en la BMC, por cuanto el manejo de comunicaciones por los operadores "es no saltarse el conducto regular"; sin embargo, afirmó de igual manera que es una decisión de la ALFM hablar directamente con tales proveedores²⁴⁹.

²⁴⁵ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de GINA ANDREA CASAS ROJAS. Segunda parte. Minuto 35:53).

²⁴⁶ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de GINA ANDREA CASAS ROJAS. Segunda parte. Minuto 36:16). "*Pues lo que uno alcanza a escuchar, pues que por qué no se presentaron o a veces los proveedores le dicen que sí pueden entregar un producto, digamos. (...) Entonces, ahí lo llamaban o para pedir prórroga (...) porque como los tiempos son tan estrechos entonces el cliente se habilitaba, por ejemplo, yo me habilitaba para vender café y el tiempo no me daba, entonces el cliente me decía: no voy a cerrar porque este tiempo no me da. Entonces yo le decía a la persona de la Agencia, no le puedo vender porque el tiempo no da. Ya llamo a su cliente. Llamaba al cliente, digamos que cerraban y ellos después se legalizaba vía correo electrónico el tema de la entrega y yo cerraba de acuerdo con la orden que me hubiera impartido el cliente de acuerdo con el precio (...)*"

²⁴⁷ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de GINA ANDREA CASAS ROJAS. Segunda parte. Minuto 40:58).

²⁴⁸ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de GINA ANDREA CASAS ROJAS. Segunda parte. Minutos 47:43 y 48:10).

²⁴⁹ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de GINA ANDREA CASAS ROJAS. Segunda parte. Minuto 44:33).

Así, se evidencia que la **ALFM** sostenía comunicaciones directas con las empresas proveedoras de comidas listas y de panadería larga vida, ello con el objetivo principal de asegurar el cumplimiento, tanto en materia de producción como en la entrega de los productos alimenticios, para lograr ensamblar la totalidad de las raciones de campaña y, posteriormente, proceder a la venta de las mismas al Ministerio de Defensa Nacional. Dicha situación, restó importancia a los roles de los operadores de las **SCB** que representaban a cada una de las partes en estos negocios y, además, permitió el desarrollo de conductas que rompieron el esquema del conducto regular que debía observarse en el escenario del **MCP** de la **BMC** y, en consecuencia, la característica de mercado ciego.

4.2.3.2.3. En los procesos de selección adelantados para la adquisición de los productos mencionados en un escenario distinto al del MCP de la BMC, la ALFM intercambió información con sus potenciales oferentes

Hasta este punto está demostrado que la **ALFM** promovió la coordinación entre los proponentes y su consecuente esquema de distribución de productos. Ahora se presentará un elemento de juicio adicional que corrobora dicha conducta.

Después de la expedición de la resolución de apertura de la investigación y formulación de pliego de cargos en esta investigación, la **ALFM** abandonó el escenario del **MCP** de la **BMC** para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida²⁵⁰ y, a su vez, decidió recurrir a la selección abreviada por subasta inversa en el aplicativo SECOP II²⁵¹ con el fin de comprar dichos productos alimenticios. En este nuevo escenario de contratación pública, la **ALFM** se comportó de manera similar a como se explicó en el **4.2.3.2.1.1**.

En efecto, para llevar a cabo dichos procesos de contratación, la **ALFM** (i) convocó a las empresas investigadas con el fin de que participaran en estos procesos; (ii) les anunció su interés de iniciar un proceso de compra de comidas listas y panadería larga vida; (iii) les informó las condiciones definitivas que tendría el pliego, esto es, variedad de productos, cantidades, precios, fechas y lugares de entrega y requisitos habilitantes relacionados con certificados técnicos que se exigirían; y (iv) sugirió a algunas de las empresas investigadas, —**CATALINSA**, **IBEASER** y **LHO**— la forma en la que deberían presentar su propuesta, para lo cual recomendó la utilización de una estructura plural.

Sobre la participación de **CATALINSA** en dichos procesos, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) señaló que la **ALFM** hizo "*una compra (...) a través de SECOP II*" y que para ese propósito citó a los proponentes a una reunión. Sin embargo, sostuvo que **CATALINSA** "*no podía presentarse porque no tenía certificación HACCP, en ese momento se había vencido y estábamos pendientes de la visita del ente certificador que pasó hasta final de año, pero sí hubo una citación y nosotros no pudimos presentar oferta por no contar con ese requisito*"²⁵².

No obstante lo anterior, manifestó que se refería al proceso No. 002-158 de 2018 y explicó: "*a nosotros nos citan, la entidad manifiesta una necesidad, cada uno hacía preguntas dependiendo sus condiciones como empresa, puntualmente yo hice la pregunta con respecto a qué iba a pasar con el certificado de calidad y yo les expongo que yo no tengo certificado de calidad, que por lo tanto pues agradecía que me convocaran, pero, pues, que quería saber si el pliego iba a*

²⁵⁰ Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Primera parte. Minuto 33:57 a 35:12). "[T]engo entendido que ellos negociaron ya por fuera, la **ALFM**, no sé si por el **SECOP**, compras directas... no tengo ni idea...Las raciones de campaña ya las pudieron negociar por fuera, pero no por el escenario de la Bolsa".

²⁵¹ Proceso 002-190 de 2018, recuperado de <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.529430&isFromPublicArea=True&isModal=False>, en fecha 17 de julio de 2019. Proceso 002-158 de 2018, recuperado de <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.469715&isFromPublicArea=True&isModal=False>, en fecha 17 de julio de 2019.

²⁵² Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 1:15:53).

salir con esas condiciones y ya el definitivo, si iba a hacer modificaciones porque ya el pliego estaba en SECOP y solicitaba esa certificación”²⁵³.

Adicionalmente, indicó que la **ALFM** les informaba el número de productos que requería, así como las condiciones, los lugares y las fechas de entrega y que “debió haber surgido en ese momento la posibilidad de que, como yo no contaba con un requisito”, se conformaran “estructuras plurales, consorcios y uniones temporales” teniendo en cuenta que su función es “aunar esfuerzos para poder presentar una oferta”²⁵⁴. Sin embargo, destacó que “la idea era ver cómo (...) se le podía colaborar a la entidad, pero pues la verdad para nosotros era imposible, no contábamos con el requisito”²⁵⁵.

Ahora bien, sobre los procesos de selección que la **ALFM** adelantó para la compra de comidas listas y panadería larga vida en un escenario distinto al de la **BMC**, **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS** (directora administrativa de **LHO**) indicó que después del último proceso en el que **LHO** participó en la **BMC**, esto es, marzo del 2018, “se dieron 4 procesos adicionales (...) a través del SECOP, (...) el primero fue una subasta inversa electrónica, posteriormente se dieron de menor cuantía y el último que fue en octubre otra subasta inversa electrónica”²⁵⁶.

Respecto de este último proceso, manifestó que la **ALFM** los citó a una reunión junto con las demás empresas proveedoras de productos alimenticios y que en esa reunión se “dio como el escenario para hablar de cómo (...) si nos podíamos presentar, porque habíamos dos, lo entendía así, dos proponentes que pues estábamos (...) técnicamente habilitados”²⁵⁷. Afirmó que la **ALFM** estaba “muy preocupada por el tema de que necesitaba los productos y ellos manifiestan pues que necesitan saber, que podemos colaborarle para entregar los productos”²⁵⁸. De ahí que “se da el tema de poder hacer una unión temporal de manera de unir esfuerzos y poder lograr cumplir el desarrollo del contrato”²⁵⁹, esto es, con la fabricación de las comidas listas y panadería larga vida.

En ese sentido, sostuvo que en esa reunión estaba presente “toda la parte administrativa de la Agencia, digamos las personas que estaban encargadas en su momento de la parte de contratación y habían algunos abogados también del área jurídica”²⁶⁰ y “se toca el tema que dentro de los términos y pliegos de condiciones estaba contemplada hacer una unión temporal y ellos nos dan digamos que, basados en lo que leen en los términos de referencia, ellos nos dicen que podríamos hacer la unión temporal de manera que pudiéramos cumplir”²⁶¹. Por último, indicó que **LHO** constituyó la referida unión temporal con **IBEASER**, a fin de participar en el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. 002-190 de 2018 que adelantó la **ALFM**, el cual se encuentra publicado en la plataforma SECOP.

En relación con el aspecto previamente anotado, aunque los procesos de selección referidos no hacen parte de aquellos que son objeto de esta investigación —adquisición de **BCTU** en el **MCP** de la **BMC** durante el período comprendido entre el año 2011 a marzo de 2018—, lo cierto es que las circunstancias descritas corroboran que la **ALFM** en el marco de los procesos que ha adelantado para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida ha promovido la coordinación entre los investigados. En efecto, no adoptó medidas que le permitieran satisfacer la demanda de estos productos mediante conductas que promocionaran entre los potenciales proponentes la sana competencia entre ellos, más allá de los habituales proveedores.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que en la oportunidad que tuvo de cambiar la modalidad y procedimiento de selección de los contratistas —de adquisición en bolsa

²⁵³ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 1:32:08).

²⁵⁴ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 1:33:06).

²⁵⁵ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 1:33:28).

²⁵⁶ Folio 6637 del cuaderno público No. 33 (declaración de **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 12:39).

²⁵⁷ Folio 6637 del cuaderno público No. 33 (declaración de **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 16:09).

²⁵⁸ Folio 6637 del cuaderno público No. 33 (declaración de **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 16:36).

²⁵⁹ Folio 6637 del cuaderno público No. 33 (declaración de **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 16:49).

²⁶⁰ Folio 6637 del cuaderno público No. 33 (declaración de **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 17:06).

²⁶¹ Folio 6637 del cuaderno público No. 33 (declaración de **ORFA YASMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 17:16).

de productos a subasta inversa y contratación de mínima cuantía—, la **ALFM** replicó la dinámica que desarrolló durante el período objeto de investigación con el propósito de que los proponentes siguieran coordinando su participación.

Hasta este punto, entonces, la Delegatura advierte que uno de los supuestos fácticos en que se basa la defensa se encuentra demostrado. Sin embargo, destaca que cualquier defensa encaminada a justificar el acuerdo fundado en el comportamiento reprochable de la **ALFM** está llamado al fracaso, toda vez que este no eximía a los investigados de cumplir con su deber de participar en el mercado de compras públicas de manera independiente, sin recurrir a conductas tendientes a eliminar o reducir la competencia entre ellos.

Como consecuencia de lo anotado a lo largo del presente capítulo, la Delegatura pudo corroborar la existencia de tres aspectos que facilitaron la coordinación y ejecución del acuerdo anticompetitivo, los cuales son: (i) empresas sometidas a la dirección de grupos familiares —familia Almansa y Villalobos—; (ii) varias empresas investigadas otorgaron mandato a un operador común, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**); y (iii) la **ALFM** promovió el esquema de distribución de productos entre los investigados.

En definitiva, a juicio de la Delegatura la existencia de los tres aspectos descritos facilitó el acuerdo ininterrumpido implementado por los investigados durante el período investigado, en el marco de los procesos de selección adelantados en el **MCP** de la **BMC**.

4.3. Sobre la coordinación desplegada durante el período comprendido entre el año 2011 a marzo de 2018, en los procesos de selección para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, desarrollados en el MCP de la BMC

A continuación, se presentan los medios de prueba con los cuales la Delegatura acredita que, por lo menos, desde el año 2011 hasta marzo del año 2018, de manera continuada, los potenciales proveedores de comidas listas y panadería larga vida —productos que serían adquiridos por la **ALFM** por medio del **MCP** de la **BMC**—, celebraron y ejecutaron un acuerdo cuyo objeto consistió en suprimir las presiones competitivas en esos procesos de selección.

Para ello, los agentes del mercado, inclusive antes de la publicación de los boletines informativos y antes de la rueda de negociación, procedieron a distribuirse entre ellos los productos de panadería larga vida y comidas listas materia de negociación y las cantidades requeridas por la entidad pública contratante. Acordados estos aspectos, los agentes del mercado dieron instrucciones a los operadores que los representarían en cada operación, con el propósito de que se materializara el acuerdo en cada una de las operaciones realizadas en las ruedas de negociación correspondientes.

Con este propósito, el presente capítulo se dividirá en las siguientes subsecciones:

(i) se presentarán los medios de prueba con los cuales se demuestra la conducta continuada que adoptaron los investigados durante los años 2011 a 2015 (**4.3.1**);

(ii) posteriormente, se presentarán los elementos de juicio que evidencian cómo esa conducta continuó desde el año 2016 hasta marzo de 2018 (**4.3.2**);

(iii) seguidamente, con el propósito de corroborar lo explicado en los dos numerales anteriores, se presentarán las declaraciones que rindieron algunos investigados durante la etapa probatoria en las cuales reconocieron el esquema de distribución y repartición de los productos que habrían diseñado y ejecutado de manera ininterrumpida por lo menos desde el año 2011 hasta marzo de 2018 (**4.3.3**);

(iv) después, se presentará el material probatorio que demuestra que, de manera coherente con el esquema de distribución de productos, los investigados también coordinaron otros aspectos de su conducta, durante la ejecución del suministro de los productos de los cuales resultaron adjudicatarios (**4.3.4**); y,

(v) por último, se responderán las defensas que presentaron **CATALINSA**, **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) sobre la existencia de la conducta coordinada durante el período comprendido entre, por lo menos, 2011 a marzo de 2018 (4.3.5.).

4.3.1. Sobre la coordinación extendida entre los años 2011 a 2015 en los procesos de selección para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña

La resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos evidenció, a manera de ejemplo, un total de 17 boletines informativos en los que se habría materializado la conducta coordinada de los competidores objeto de investigación, consistente en diseñar y ejecutar un esquema con objeto anticompetitivo de distribución de los productos requeridos por la **ALFM** en el **MCP** de la **BMC** por lo menos, desde el año 2011 a 2015.

Así, con fundamento en los elementos probatorios que fueron relacionados de manera detallada en la Resolución No. 34188 de 2018, se determinó que, incluso antes de la publicación de los boletines informativos referidos —en los cuales se describían las operaciones que serían desarrolladas en las ruedas de negociación correspondientes—, los investigados intercambiaron entre sí información relacionada con dichas operaciones y se repartieron entre ellos los productos objeto de investigación, con el propósito de que no hubiera entre los participantes del acuerdo pujas por su adjudicación en las ruedas de negociación.

Con la información anteriormente mencionada, la Delegatura realizó un ejercicio comparativo en lo relacionado con la distribución previa encontrada en correos electrónicos, computadores y *chats* de los investigados, en contraste con lo que fue efectivamente adjudicado en las operaciones adelantadas en las ruedas de negociación. Este ejercicio arrojó como resultado altos porcentajes de coincidencia entre la distribución acordada previa a las ruedas de negociación y lo efectivamente adjudicado en las operaciones celebradas en las ruedas de negociación, incluidos algunos casos donde aquella fue del 100%. Con fundamento, en tal evidencia, la Delegatura acredita que la distribución previa acordada entre los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, en efecto, se materializó en las ruedas de negociación, en la forma en que se había coordinado.

Con todo, es preciso aclarar que el hecho de que se hubiera materializado o no el acuerdo con tal grado de exactitud en varias ruedas de negociación, no le resta gravedad al acuerdo anticompetitivo en sí mismo. No obstante, la coincidencia del acuerdo con lo que efectivamente sucedió en las ruedas de negociación, ratifican lo exitoso y conveniente que resultó dicho esquema para todos los participantes del mismo.

Tomando en cuenta lo anteriormente descrito, la Delegatura resaltaré a continuación los hallazgos comparativos realizados en cada uno de los 17 boletines informativos tomados como ejemplo, desde el año 2011 y hasta el año 2015.

Respecto de ellos, la Delegatura destaca tres aspectos que se presentaron de manera constante e ininterrumpida y que evidencian la dinámica colaborativa existente entre **CATALINSA**, **PROLAC**, **LHO**, **IBEASER**, **BAALBEK** —liquidada judicialmente— y **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, potenciales competidores en las ruedas de negociación, los cuales son:

(i) de manera general, los participantes del esquema de distribución se habilitaron por los mismos productos;

(ii) después de la manifestación del “conforme” por parte del proveedor que había sido designado como adjudicatario de cada producto en la distribución diseñada previamente por los investigados, ninguno de los otros proveedores participantes del acuerdo que se habilitaron por ese producto, propuso puja alguna a la baja, encaminada en cada caso a mejorar la oferta. En consecuencia, el proveedor que manifestaba el “conforme” resultaba adjudicatario de ese producto, sin tener que someterse a las presiones competitivas propias de la subasta;

(iii) **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) representó a dos o más empresas para las mismas operaciones en las ruedas de negociación; y,

(iv) existió un alto porcentaje de coincidencia, en cada uno de los análisis, entre la información de la distribución previa hallada en correos, archivos y chats, y la adjudicación derivada del desarrollo de cada rueda de negociación.

Así, los boletines informativos anotados y el respectivo análisis comparativo son referidos a continuación, sin que su mención implique que el acuerdo solo haya versado sobre estos y sin que además el no referirse a otros boletines le reste gravedad alguna al acuerdo anticompetitivo, según lo mencionado. Además, como se explicó, la conducta objeto de investigación tiene el carácter de continuada.

4.3.1.1. Boletines Informativos No. 019 y 035 de 2011²⁶²

En lo que corresponde a los boletines informativos No. 019 y 035 de 2011, se dio la adjudicación en rueda de negociación de 19 productos de forma idéntica a la distribución realizada por los investigados de manera previa —un día antes de la rueda—, tal como se evidencia en el cuadro comparativo. Es importante aclarar en cuanto a estos boletines, que no se halló la información sobre el nombre del operador que representó a la punta vendedora en cada negociación.

Sin embargo, existen elementos de juicio que permiten concluir que el operador de **AR TRIPLEA** en esas operaciones fue **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**). En efecto, una de las **SCB** que participó en la rueda respectiva fue **AR TRIPLEA**, a la cual se encontraba vinculado en su momento **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) como único operador autorizado por parte de esa **SCB** para participar en el **MCP** de la **BMC**, según los documentos allegados en los descargos por parte de **AR TRIPLEA**, en los cuales se advierte que fue operador de esta **SCB** desde el 26 de febrero de 2010 hasta el 02 de junio de 2010²⁶³.

Así mismo, según el boletín informativo No. 876 de 10 de octubre de 2013 suscrito por la Secretaría General de la **BMC** se informó al público la desvinculación de **AR TRIPLEA** del **MCP** desde el 10 de octubre de 2013²⁶⁴.

A continuación, se presenta el archivo denominado "*Distribución por mandante*", extraído del computador de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), el cual fue modificado por última vez el día 18 de enero de 2011²⁶⁵:

²⁶² Publicación de boletín informativo definitivo: 18 de enero de 2011, presupuesto: \$6.338.161.759.

²⁶³ Folio 3600 al 3609 del cuaderno público No. 19.

²⁶⁴ Folio 3665, cuaderno público No. 19.

²⁶⁵ Información extraída de archivo en formato Excel, el cual fue modificado por última vez el 18 de enero de 2011, fecha exacta de la publicación del boletín informativo definitivo, denominado "*Distribución por mandante*". Este archivo se ubica en el folio 651 del cuaderno público No. 4 - Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Distribución por mandante [4500237], y fue extraído del computador de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. El archivo contiene dos tablas tituladas "*comidas listas*" y "*panadería*", en las que se encuentra una distribución, entre cuatro de los investigados, de 34 productos alimenticios que coinciden con los requeridos por la **ALFM** mediante los boletines informativos No. 019 y 035.

| COMIDAS LISTAS | | | | | | | | | |
|------------------------|----------|----------------------|----------|----------------------|----------|----------------------|----------|-----------|--|
| JCA | | LHO | | PROLAC | | MAUROS | | | |
| GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 3 | | GRUPO 4 | | | |
| COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | | |
| Ajiaco con pollo | 50.896 | Arroz con Pollo | 14.859 | Arroz Atollado | 50.896 | Estofado de carne | 101.791 | | |
| Envuelto de mazorca | 100.452 | Arvejas tocino | 101.792 | Arroz con verduras | 50.896 | Garbanzo madrileña | 50.895 | | |
| Sudado de papa y carne | 100.791 | Lentejas con chorizo | 50.895 | Macarrón con pollo | 50.896 | Pollo a la jardinera | 101.792 | | |
| Mondongo | 47.896 | Frijol con salchicha | 50.895 | Pastel de carne | 48.895 | Tamal | 82.423 | Huerta | |
| Arroz con pollo | 36.828 | Frijol con carne | 50.895 | Trucha con arroz | 50.895 | | | | |
| | | Tamal | 19.269 | Trucha con spaghetti | 50.896 | | | | |
| | | | | Goulash | 50.896 | | | | |
| TOTAL | 338.901 | | 336.502 | | 254.360 | | 336.901 | 1.220.064 | |
| | 24,7% | | 24,7% | | 26,0% | | 24,7% | 100% | |
| | 100.704 | | | | | | | | |
| | 338.901 | | | | | | | | |
| PANADERIA | | | | | | | | | |
| JCA | | LHO | | MAUROS | | PROLAC | | | |
| GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 3 | | GRUPO 4 | | | |
| COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | | |
| Muffin de naranja | 100.352 | Galleta Integral | 152.667 | Galleta Enriquecida | 101.792 | Brownie | 49.896 | | |
| Pan Comercio | 152.668 | Pan de Fruta | 50.896 | Pan de Alcapóni | 201.982 | Galleta de sal | 101.791 | | |
| Panetone Italiano | 101.791 | Pan de Leche | 50.896 | Pan de Leche | 50.896 | Pan de Avena | 102.687 | | |
| Pan Integral | 50.895 | Pan de Maiz | 101.791 | | | Pan de Soja | 50.896 | | |
| TOTAL | 306.374 | | 306.374 | | 254.670 | | 306.374 | 1.220.782 | |
| | 24,0% | | 24,0% | | 27,8% | | 24,0% | 100,0% | |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 - Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Distribución por mandante [4500237].

En relación con lo descrito, se expone a continuación el cuadro comparativo, en donde consta la coincidencia entre la distribución previa —evidenciada en el archivo antecedente— y la adjudicación derivada del desarrollo de la respectiva rueda de negociación:

| Producto según boletines No. 019 y 035 18 de enero de 2011 | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación ²⁶⁶ 19, 20 y 21 de enero de 2011 | Operador (Sociedad comisionista) |
|------------------------------------------------------------|-----------------------------------|-------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------------------|
| AJIACO CON POLLO | JCA | IBEASER (JCA) | NO INFORMACIÓN EN BMC OPERADOR (A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.) ²⁶⁷ . |
| MONDONGO | JCA | | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | | |
| ENVUELTO DE MAZORCA | JCA | | |
| ARROZ CON POLLO | LHO/JCA | LA HUERTA DE ORIENTE | |
| ARVEJA CON TOCINO | LHO | | |
| FRIJOL CON CARNE | LHO | | |
| FRIJOL CON SALCHICHA | LHO | | |
| LENTEJAS CON CHORIZO | LHO | MAUROS FOOD | |
| ESTOFADO DE CARNE | MAUROS | | |
| GARBANZO A LA MADRILEÑA | MAUROS | | |
| POLLO A LA JARDINERA | MAUROS | | |
| TAMAL | MAUROS/LHO | PROLAC | NO INFORMACIÓN OPERADOR (TORRES CORTÉS S.A. COMISIONISTA DE BOLSA) |
| ARROZ ATOLLADO | PROLAC | | |
| ATÚN CON VERDURAS | PROLAC | | |
| GOULASH | PROLAC | | |
| MACARRÓN CON POLLO | PROLAC | | |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |
| TRUCHA CON ARROZ | PROLAC | | |
| TRUCHA CON SPAGUETTI | PROLAC | | |

Fuente: Elaborado por la SIC, a partir de la información contenida en los boletines 019 y 035 de enero de 2011 publicados por la BMC, obrantes a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la BMC obrante en cuaderno reservado No. 1. Corresponde, igualmente, a la Tabla No. 2 de la Resolución No. 34188 de 2018.

4.3.1.2. Boletín Informativo No. 253 de 2011²⁶⁸

En lo atinente al boletín informativo No. 253 de 2011, en la gran mayoría de operaciones desarrolladas en rueda de negociación los proveedores habilitados no propusieron puja alguna. Además, dos de los habilitados —IBEASER y MAUROS FOOD, liquidada judicialmente— fueron representados por JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR

²⁶⁶ Se destaca que un día después de la última fecha de modificación del archivo "Distribución por mandante". En dicha rueda, 19 productos fueron adjudicados conforme con la distribución previa.

²⁶⁷ No obstante lo anterior, del certificado suscrito por el contador y el representante legal de AR TRIPLEA, se advierte que el operador fue JAVIER CAPARROSO HOYOS, folio 3569 del cuaderno público No. 17.

²⁶⁸ Publicación del boletín informativo definitivo: 15 de abril de 2011, presupuesto: \$7.585.497.328.

TRIPLEA) y, de conformidad con la información de la distribución previa —compartida entre algunos investigados tres días después de la publicación del boletín informativo— y con el resultado de la respectiva rueda de negociación, se tiene una coincidencia exacta en los productos.

A continuación, se presenta el mensaje de correo electrónico enviado el día 18 de abril de 2011 por parte de Enrique Vargas Torres (director ejecutivo de LHO) a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), contenido de una propuesta de distribución de los productos objeto del boletín informativo No. 253. El 19 de abril de 2011, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) reenvía ese mensaje al jefe de producción de **IBEASER**.

From: juan carlos <juancarlosalmansa@yahoo.com>
Sent: 4/19/2011 4:48:23 PM +0000
To: jefe.produccion@ibeaser.com
Subject: RV: Distribucion 2011.xls
Attachments: Distribucion 2011.xls

Sent from my BlackBerry® wireless device

From: "ENRIQUE VARGAS" <evargas@lahuertadeoriente.com>
Date: Mon, 18 Apr 2011 09:44:02 -0500
To: <juancarlosalmansa@yahoo.com>; <mvillalobos@maurosfood.com>
Subject: Distribucion 2011.xls

Adjunto les envié propuesta de Distribución para comidas y "panadería" del nuevo negocio de la Agencia. La idea es que quedemos igual que antes solamente regresando el Goulash para LHO (se lo habíamos cedido a Prolac) .

Por favor me cuentan que opinan.

ATT

Enrique Vargas

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: RV_Distribución 2011.xls [2096968]).

En el mencionado correo, se encontró como archivo adjunto un cuadro de Excel denominado "*Distribución 2011.xls*", cuya última fecha de modificación fue el día 18 de abril de 2011 a las 2:29 p.m., apenas tres días después de la publicación del boletín informativo No. 253. Este archivo contiene 4 pestañas: i) "*Enero 2011*", ii) "*Abril 2011*", iii) "*Hoja2*" y iv) "*Hoja3*" —las dos últimas en blanco—. En la pestaña denominada "*Abril 2011*", se encuentra la siguiente distribución:

| | A | B | C | D | E | F | G | H | I |
|----|-----------------------|-----------|----------------------|----------|---------------------|----------|----------------------|----------|-----------|
| 1 | COMIDAS LISTAS | | | | | | | | |
| 2 | JCA | | LHO | | PROLAC | | MAUROS | | |
| 3 | GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 3 | | GRUPO 4 | | |
| 4 | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | |
| 5 | Ajaco con pollo | 50.896 | Arroz con Pollo | 14.159 | Arroz Atollado | 50.896 | Estofado de carne | 101.791 | |
| 6 | Envuelto de mazorca | 100.492 | Arvejas tocino | 101.792 | Atun con verduras | 50.896 | Garbanzo madrileña | 50.895 | |
| 7 | Sudado de papa y c | 100.791 | Lentejas con chorizo | 99.791 | Macarron con pollo | 50.896 | Pollo a la jardinera | 101.792 | |
| 8 | Mondongo | 47.896 | Frijol con salchicha | 50.896 | Pastel de carne | 48.895 | Tamal | 82.423 | |
| 9 | Arroz con pollo | 36.826 | Frijol con carne | 50.895 | Trucha con arroz | 50.895 | | | |
| 10 | | | Tamal | 19.369 | Trucha con spague | 50.896 | | | |
| 11 | | | | | Goulash | 50.896 | | | |
| 12 | | | | | | | | | |
| 13 | TOTAL | 336.901 | | 336.902 | | 354.360 | | 336.901 | 1.365.064 |
| 14 | | 24,7% | | 24,7% | | 26,0% | | 24,7% | 100% |
| 15 | | | | | | | | | |
| 16 | | 1.010.704 | | | | | | | |
| 17 | | 336.901 | | | | | | | |
| 18 | | | | | | | | | |
| 19 | PANADERIA | | | | | | | | |
| 20 | JCA | | LHO | | MAUROS | | PROLAC | | |
| 21 | GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 3 | | GRUPO 4 | | |
| 22 | Muffin de naranja | 100.992 | Galleta Integral | 152.687 | Galleta Enriquecida | 101.792 | Brownie | 49.896 | |
| 23 | Pan Corriente | 152.688 | Pan de Fruta | 50.896 | Pan de Ajonjolí | 201.982 | Galleta de sal | 101.791 | |
| 24 | Pannetone italiano | 101.791 | | | Pan de Leche | 50.896 | Pan de Avena | 152.687 | |
| 25 | Pan Integral | 50.895 | Pan de Maiz | 101.791 | | | Pan de Soya | 50.896 | |
| 26 | | | | | | | | | |
| 27 | | | | | | | | | |
| 28 | | | | | | | | | |
| 29 | | | | | | | | | |
| 30 | TOTAL | 305.374 | | 305.374 | | 354.670 | | 305.374 | 1.270.792 |
| 31 | | 24,0% | | 24,0% | | 27,9% | | 24,0% | |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Segunda subcarpeta: [RV_Distribucion 2011.xls [2096968]] Archivo: Distribucion 2011 [20969]).

En relación con lo descrito, se expone a continuación el cuadro comparativo, en donde consta la coincidencia entre la distribución previa —evidenciada en el archivo antecedente— y la adjudicación derivada del desarrollo de la respectiva rueda de negociación:

| Producto según boletín No. 253 de 15 de abril de 2011 | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación de 26 y 27 de abril de 2011 | Operador (Sociedad comisionista vendedora) |
|-------------------------------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------|
| ARVEJA CON TOCINO | LHO | LA HUERTA DE ORIENTE | CATALINA GONZÁLES JARAMILLO (A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.) |
| FRÍJOL CON CARNE | LHO | | |
| FRÍJOL CON SALCHICHA | LHO | | |
| GOULASH | LHO | | |
| LENTEJAS CON CHORIZO | LHO | | |
| PAN DE FRUTA | LHO | IBEASER (JCA) | JAVIER CAPARROSO HOYOS (A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.) |
| AJIACO CON POLLO | JCA | | |
| ARROZ CON POLLO | JCA | | |
| MUFFIN | JCA | | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | MAUROS FOOD | JAVIER CAPARROSO HOYOS (A.R. TRIPLE A CORREDORES DE BOLSA S.A.) |
| ESTOFADO DE CARNE | MAUROS | | |
| GALLETA ENRIQUECIDA | MAUROS | | |
| GARBANZO A LA MADRILEÑA | MAUROS | | |
| PAN DE LECHE | MAUROS | | |
| POLLO A LA JARDINERA | MAUROS | PROLAC | ÁLVARO OSPINA AGUIRRE (TORRES CORTÉS S.A. COMISIONISTA DE BOLSA) |
| TAMAL | MAUROS | | |
| ARROZ ATOLLADO | PROLAC | | |
| ATÚN CON VERDURAS | PROLAC | | |
| BROWNIE | PROLAC | | |
| MACARRÓN CON POLLO | PROLAC | | |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |
| TRUCHA CON ARROZ | PROLAC | | |
| TRUCHA CON SPAGUETTI | PROLAC | | |

Fuente: Elaborado por la SIC, a partir de la información contenida en el boletín 253 de 2011 publicado por la BMC, obrante a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la BMC obrante en cuaderno reservado No. 1.

4.3.1.3. Boletín Informativo No. 732 de 2011²⁶⁹

En lo relacionado con el boletín informativo No. 732 de 2011, tras el “conforme” respectivo a cada producto negociado en la rueda correspondiente, ninguno de los proveedores habilitados

²⁶⁹ Publicación del boletín informativo definitivo: 22 de septiembre de 2011, presupuesto: \$530.457.652.

propuso puja alguna a la baja. Además, dos de los habilitados —**IBEASER** y **CATALINSA**— fueron representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) y, de acuerdo con la información de la distribución previa —compartida entre algunos investigados 5 días después de la publicación del boletín informativo y reenviada un día antes de la realización de la rueda— y con el resultado de la respectiva rueda de negociación, se tiene una coincidencia exacta en los productos.

Adicionalmente, se presenta un aspecto a destacar, esto es, un mensaje de correo electrónico, inicialmente enviado por **ENRIQUE VARGAS TORRES** (director ejecutivo de **LHO**) a **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), en donde se encontró una tabla con la distribución de productos alimenticios para “**COMIDAS LISTAS**”, dividida entre 4 de los investigados, tal como se muestra a continuación:

From: "ENRIQUE VARGAS" <evargas@lahuertadeorienta.com>
 Date: Tue, 27 Sep 2011 15:58:42 -0500
 To: "HERNANDO PRIETO" <hernandoprieto@ibeaser.com> <mvillalobos@maurosfood.com>
 Subject:

COMIDAS LISTAS

| JCA | | LHO | | PROLAC | | MAUROS | |
|------------------------|----------|----------------------|----------|----------------------|----------|----------------------|----------|
| GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 3 | | GRUPO 4 | |
| COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD |
| Ajaco con pollo | | Avejas tocino | | Arroz Atollado | | | |
| Envuelto de mazorca | | Lentejas con chorizo | 9.016 | Atun con verduras | | Garbanzo madrileña | 8.569 |
| Sudado de papa y carne | 8.811 | | | Macaron con pollo | 7.824 | Pollo a la jardinera | 8.812 |
| Mondongo | | Frijol con carne | 8.474 | Pastel de carne | 8.018 | Tamal | 8.816 |
| Arroz con pollo | 7.818 | Goulash | 8.120 | Trucha con arroz | 8.518 | | |
| Frijol con salchicha | 8.518 | | | Trucha con spaquetti | | | |
| | | | | Estofado de carne | 8.316 | | |
| TOTAL | 25.147 | | 25.610 | | 32.676 | | 26.197 |
| | 22,9% | | 23,4% | | 29,8% | | 23,9% |
| | | | | | | | 109.630 |
| | | | | | | | 100% |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: RV_[6171116]).

El día 28 de septiembre de 2011 —un día antes del desarrollo de la rueda de negociación—, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) reenvió el correo referido a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), mediante el cual aquel no solo le remitió un archivo a este último con la distribución de comidas listas y panadería larga vida, realizada entre los investigados, sino que le transmitió una anotación en el cuerpo del mensaje en el que le indicó a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) “*quedo en espera de sus comentarios*”, tal como se muestra a continuación:

From: herandoprieto@ibeaser.com

Sent: 9/28/2011 12:38:33 PM +0000

To: Juan carlos Almansa latorre <jcalmansa@hotmail.com>

Subject: RV:

Don Juan
 Anexo le envio la forma como quedo distribuido el tema de comidas listas xa la negociacion del jueves.
 Quedo en espera de sus comentarios.

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: RV_[6171116]).

La circunstancia descrita revela tres situaciones relevantes: (i) que quien determinó el comportamiento competitivo de **IBEASER** es **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), dada su calidad de representante legal y controlante de dicha empresa, al punto que se le consultó para que aprobará la distribución de los productos que se

pactaría con sus competidores; (ii) que **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) actuó como ejecutor de las órdenes impartidas por parte de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**); y (iii) que **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) fue la persona que finalmente determinó si, tal como le fue presentada en el archivo adjunto al correo mencionado, se daría la correspondiente distribución.

Al retomar el ejercicio comparativo correspondiente, se expone el cuadro respectivo:

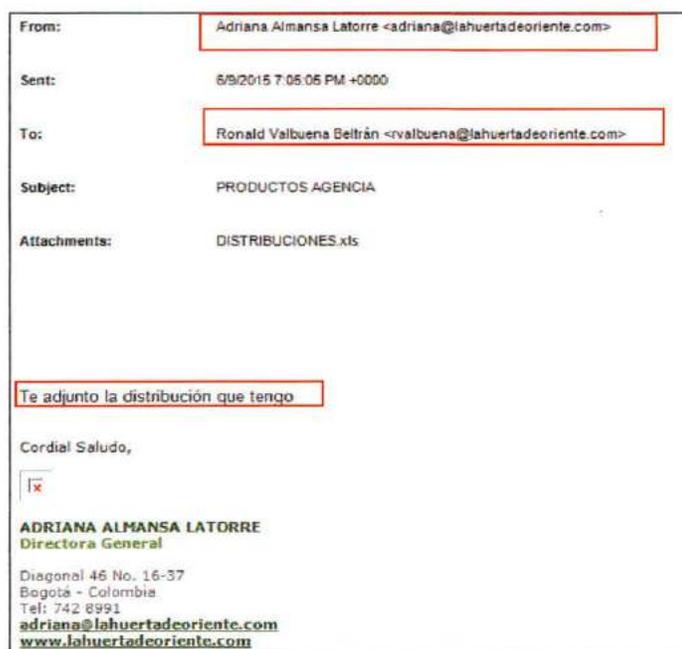
| Producto según boletín No. 732 de 22 de septiembre de 2011 | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación de 29 de septiembre de 2011 | Operador (Sociedad comisionista vendedora) |
|------------------------------------------------------------|-----------------------------------|---------------------------------------------------------------------|--------------------------------------------------------------------------|
| ARROZ CON POLLO | JCA | IBEASER (JCA) | JAVIER CAPARROSO HOYOS (COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A.) |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | | |
| GARBANZO A LA MADRILEÑA | MAUROS | CATALINSA | CATALINA GONZÁLEZ JARAMILLO (AGROBOLSA S.A.) |
| POLLO A LA JARDINERA | MAUROS | | |
| TAMAL | MAUROS | | |
| GOULASH | LHO | LA HUERTA DE ORIENTE | ÁLVARO OSPINA AGUIRRE (TORRES CORTÉS S.A.) |
| LENTEJAS CON CHORIZO | LHO | | |
| FRÍJOL CON CARNE | LHO | | |
| TRUCHA CON ARROZ | PROLAC | PROLAC | ÁLVARO OSPINA AGUIRRE (TORRES CORTÉS S.A.) |
| MACARRONES CON POLLO | PROLAC | | |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |

Fuente: Elaborado por la SIC, a partir de la información contenida en el boletín 732 de 2011 publicado por BMC, obrante a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la BMC obrante en cuaderno reservado No. 1.

4.3.1.4. Boletín Informativo No. 889 de 2011²⁷⁰

En cuanto al boletín informativo No. 889 de 2011, no existieron pujas a la baja después de la manifestación del “conforme” por parte del proveedor que, según la distribución previa adelantada por los investigados, debía resultar como adjudicatario de cada uno de los productos negociados. Además, dos de los habilitados —**IBEASER** y **CATALINSA**— fueron representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) y, de acuerdo con la información de la distribución previa y con el resultado de la respectiva rueda de negociación, se tiene una coincidencia exacta en los productos.

A continuación, se presenta el mensaje de correo electrónico enviado el día 09 de junio de 2015, asunto “**PRODUCTOS AGENCIA**”, por parte **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) a **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), el cual contenía un archivo de Excel denominado “**DISTRIBUCIONES**”.



²⁷⁰Publicación del boletín informativo definitivo: 4 de noviembre de 2011, presupuesto: \$1.230.345.726.

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: PRODUCTOS AGENCIA [261640]).

Al examinar el archivo de Excel adjunto a dicho correo, denominado “DISTRIBUCIONES”, se hallaron diferentes pestañas con los rótulos i) “Colombia Humanitaria”, ii) “Mayo 2012”, iii) “Diciembre 2012” y iv) “Octubre de 2013”, sobre las cuales se concluyó que la primera —según elementos de juicio expuestos en la Resolución No. 34188 de 2018²⁷¹— correspondía al boletín informativo No. 889 de 2011 y que la misma fue elaborada y compartida entre los investigados antes del desarrollo de la respectiva rueda de negociación. Allí, se encuentra la siguiente distribución:

| COMIDAS LISTAS | | | | | | | |
|------------------------|---------------|----------------------|---------------|----------------------|---------------|----------------------|---------------|
| JCA | | LHO | | PROLAC | | MAUROS | |
| GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 3 | | GRUPO 4 | |
| COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD |
| Ajaco con pollo | 9.233 | Arvejas tocino | 19.841 | Estofado de carne | 20.000 | | |
| Envuelto de mazorca | 18.790 | Lentejas con chorizo | 20.000 | Atun con verduras | 9.192 | Garbanzo madrileña | 10.000 |
| Sudado de papa y carne | 20.000 | Frijol con salchicha | 10.000 | Macarron con pollo | 10.000 | Pollo a la jardinera | 20.000 |
| Mondongo | 9.298 | Frijol con carne | 10.000 | Pastel de carne | 10.000 | Tamal | 20.000 |
| Arroz con pollo | 10.000 | Goulash | 10.000 | Trucha con arroz | 10.000 | Arroz Atollado | 8.711 |
| | | | | Trucha con spaghetti | 8.992 | | |
| TOTAL | 87.321 | | 89.841 | | 88.184 | | 58.711 |
| | 25,5% | | 26,4% | | 25,8% | | 100% |
| | 195.673 | | | | | | |
| | 85.224 | | | | | | |
| PANADERIA | | | | | | | |
| JCA | | LHO | | MAUROS | | PROLAC | |
| GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 3 | | GRUPO 4 | |
| COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD |
| Muffin de naranja | 20.000 | Galleta Integral | 30.000 | Galleta Enriquecida | 19.290 | Brownie | 8.098 |
| Pan Corriente | 30.000 | Pan de Fruta | 10.000 | Pan de Ajonjolí | 40.000 | Galleta de sal | 20.000 |
| Pannetone Italiano | 20.000 | | | Pan de Leche | 8.898 | Pan de Avena | 30.000 |
| Pan Integral | 10.000 | Pan de Maiz | 20.000 | | | Pan de Soya | 8.418 |
| TOTAL | 80.000 | | 60.000 | | 68.188 | | 58.418 |
| | 24,3% | | 24,3% | | 27,7% | | 23,7% |
| | | | | | | | 246.606 |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Segunda Subcarpeta [PRODUCTOS AGENCIA [261640]]. Archivo: DISTRIBUCIONES [261641]).

En relación con lo descrito, se expone a continuación el cuadro comparativo, en donde consta la coincidencia entre la distribución previa —evidenciada en el archivo antecedente— y la adjudicación derivada del desarrollo de la respectiva rueda de negociación:

| Producto según boletín No. 889 de 04 de noviembre de 2011 | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación de 15,16 y 17 de noviembre de 2011 | Operador (Sociedad comisionista vendedora) |
|------------------------------------------------------------------|------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| ARVEJAS TOCINO | LHO | LA HUERTA DEL ORIENTE | CATALINA GONZÁLEZ JARAMILLO y LORENA REYES ROJAS (AGROBOLSA S.A.) |
| FRIJOL CON SALCHICHA | LHO | | |
| FRIJOL CON CARNE | LHO | | |
| GOULASH | LHO | | |
| ESTOFADO DE CARNE | PROLAC | PROLAC | JHON FERNANDO VARGAS (TORRES CORTÉS S.A.) |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |
| TRUCHA CON ARROZ | PROLAC | | |
| TRUCHA CON SPAGUETTI | PROLAC | | |
| BROWNIE | PROLAC | | |
| GALLETA DE SAL | PROLAC | | |
| PAN DE SOYA | PROLAC | | |
| AJIACO CON POLLO | JCA | IBEASER (JCA) | JAVIER CAPARROSO HOYOS (COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A.) |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | | |
| MONDONGO | JCA | | |
| ARROZ CON POLLO | JCA | | |
| MUFFIN DE NARANJA | JCA | | |
| PANNETONE ITALIANO | JCA | | |
| GARBANZO MADRILENA | MAUROS | CATALINSA | |
| POLLO A LA JARDINERA | MAUROS | | |
| TAMAL | MAUROS | | |
| ARROZ ATOLLADO | MAUROS | | |

Fuente: Elaborado por la SIC, a partir de la información contenida en el boletín 889 de 2011 publicado por la BMC, obrante a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la BMC obrante en cuaderno reservado No. 1.

²⁷¹ Folios No. 29 y 30 de la Resolución No. 34188 de 2018 “Por la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”.

| | | | |
|------------------------|----------|----------------------------------------------------------------------|-------------------------------------------------------------|
| ARROZ CON POLLO | JCA | TEMPORAL RACIONES DE COLOMBIA (JCA) | |
| MONDONGO | JCA | | |
| MUFFIN | JCA | | |
| PAN DE MAIZ | LHO | | |
| PANNETONE ITALIANO | JCA | | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | | |
| ATÚN CON VERDURAS | PROLAC | PRODUCTORA Y DISTRIBUIDORA DE PRODUCTOS PROLAC S.A.S. | JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ (REYCA CORREDORES S.A.) |
| ESTOFADO DE CARNE | PROLAC | | |
| GALLETA DE SAL | PROLAC | | |
| PAN DE AVENA | PROLAC | | |
| PAN DE SOYA | PROLAC | | |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |
| TRUCHA CON ARROZ | PROLAC | | |
| TRUCHA CON SPAGUETTI | PROLAC | | |
| GALLETA ENRIQUECIDA | "VALBEC" | | |
| GALLETA INTEGRAL | "VALBEC" | | |

Fuente: Elaborado por la **SIC**, a partir de la información contenida en el boletín 1110 de 2012 publicado por la **BMC**, obrante a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la **BMC** obrante en cuaderno reservado No. 1.

4.3.1.6. Boletines Informativos No. 868 y 909 de 2013²⁷³

En lo correspondiente a los boletines informativos No. 868 y 909 de 2013 —el segundo es un alcance del primero—, no hubo puja a la baja después de que los proveedores designados en el acuerdo manifestaron el “conforme”. Además, dos de los habilitados —**IBEASER** y **CATALINSA**— fueron representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) y, de acuerdo con la información de la distribución previa y con el resultado de la respectiva rueda de negociación, la Delegatura advirtió un alto porcentaje de coincidencia en los productos. En efecto, se distribuyeron 32 de 51 productos, según información intercambiada por los investigados y se adjudicaron 25 de la forma en que había sido pactada entre los participantes del esquema de distribución de productos.

La prueba de la distribución entre los investigados, reposa en el correo electrónico expuesto en el numeral 4.3.1.4., asunto “**PRODUCTOS AGENCIA**” el cual, como se indicó, fue enviado por **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) a **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**). Así, en el archivo adjunto Excel adjunto “**DISTRIBUCIONES**”, se halló la pestaña “**Octubre de 2013**”, asociada a los boletines informativos No. 868 y 909 de 2013, expuesta a continuación:

| | A | B | C | D | E | F | G | H | I | J | K | L | | | |
|----|------------------------|-----------------|----------------------|-----------------|----------------------|-----------------|----------------------|-----------------|---------------------|------------------|---|-------------------------------------------------------------|----------------|--|--|
| 1 | COMIDAS LISTAS | | | | | | | | | | | | | | |
| 2 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 3 | JCA | | | LHO | | | PROLAC | | | CATALINSA | | | | | |
| 4 | GRUPO 1 | | | GRUPO 2 | | | GRUPO 3 | | | GRUPO 4 | | | | | |
| 5 | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | | | | | |
| 6 | Ajaco con pollo | 18.771 | Arroz con pollo | 37.537 | Estofado de carne | 37.542 | Macarron con pollo | 18.771 | | | | LHO fabrica 4700 unidades de frijol con carne de Catalinsa | | | |
| 7 | Escudillo de mazorca | 37.542 | Lechuga con choten | 37.542 | Atun con verduras | 37.542 | Pollo a la jardinera | 37.537 | | | | LHO fabrica 4700 unidades de pastel de carne de Prolac | | | |
| 8 | Sudado de papa y carne | 37.542 | Frijol con salchicha | 18.771 | Pastel de carne | 18.771 | Tamal | 37.537 | | | | LHO fabrica 4700 unidades de Sudado de papa y carne de JCA. | | | |
| 9 | Mondongo | 18.771 | Goulash | 18.771 | Trucha con arroz | | Frijol con carne | 18.771 | | | | | | | |
| 10 | Arroz con pollo | 18.771 | | | Trucha con spaghetti | | Garbanzo madriena | 18.771 | | | | | | | |
| 11 | | | | | Arroz Atollado | 37.542 | | | | | | | | | |
| 12 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 13 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 14 | TOTAL | 121.297 | | 112.621 | | 131.387 | | 131.387 | | 506.802 | | | | | |
| 15 | | 25.3% | | 22.2% | | 25.3% | | 25.3% | | 100% | | | | | |
| 16 | | | | | | | | | | | | 126.701 | | | |
| 17 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 18 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 19 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 20 | PANADERIA | | | | | | | | | | | | | | |
| 21 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 22 | JCA | | | LHO | | | CATALINSA | | | PROLAC | | | VALBEC | | |
| 23 | GRUPO 1 | | | GRUPO 2 | | | GRUPO 3 | | | GRUPO 4 | | | GRUPO 5 | | |
| 24 | Muffin de naranja | 37.542 | Pan Coniente | 56.308 | Brownie | 18.771 | Galleta de sal | 37.542 | Galleta Integral | 56.303 | | | | | |
| 25 | Pannetone italiano | 37.537 | Pan de Fruta | 18.771 | Pan de Alcornol | 75.084 | Pan de Avena | 56.292 | Galleta Enriquecida | 37.537 | | | | | |
| 26 | Pan Integral | 18.771 | Pan de Maiz | 37.542 | Pan de Leche | 18.771 | Pan de Soya | 18.771 | | | | | | | |
| 27 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 28 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 29 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 30 | | | | | | | | | | | | | | | |
| 31 | TOTAL | 93.850 | | 112.621 | | 112.626 | | 112.626 | | 93.850 | | 525.573 | | | |
| 32 | | 17.8% | | 21.4% | | 21.4% | | 21.4% | | 17.8% | | | | | |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Segunda Subcarpeta [PRODUCTOS AGENCIA [261640]]. Archivo: DISTRIBUCIONES [261641]).

En relación con lo descrito, se expone a continuación el cuadro comparativo, en donde consta la coincidencia entre la distribución previa —evidenciada en el archivo antecedente— y la adjudicación derivada del desarrollo de la respectiva rueda de negociación:

²⁷³ Publicación de boletines informativos: 10 y 21 de octubre de 2013, presupuesto: \$2.510.967.385.

| Producto según boletines No. 868 y 909 de 10 y 21 de octubre de 2011 | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación, de 24, 25 y 28 de octubre de 2013 | Operador (Sociedad comisionista) |
|----------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|----------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| ARVEJA CON TOCINO | LHO | LA HUERTA DE ORIENTE | CATALINA GONZÁLEZ JARAMILLO (AGROBOLSA S.A.) |
| FRÍJOL CON SALCHICHA | LHO | | |
| GOULASH | LHO | | |
| LENTEJAS CON CHORIZO | LHO | | |
| PAN CORRIENTE | LHO | | |
| PAN DE MAÍZ | LHO | | |
| AJIACO CON POLLO | JCA | IBEASER (JCA) | JAVIER CAPARROSO HOYOS (COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A.) |
| ARROZ CON POLLO | JCA | | |
| MONDONGO | JCA | | |
| MUFFIN | JCA | | |
| PAN DE AJONJOLÍ | CATALINSA | CATALINSA | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | | |
| FRÍJOL CON CARNE | CATALINSA | | |
| GARBANZO A LA MADRILEÑA | CATALINSA | | |
| MACARRÓN CON POLLO | CATALINSA | | |
| PAN DE LECHE | CATALINSA | | |
| PAN DE SOYA | PROLAC | | |
| PANNETONE ITALIANO | JCA | | |
| POLLO A LA JARDINERA | CATALINSA | | |
| TAMAL | CATALINSA | | |
| GALLETA ENRIQUECIDA | VALBEC | BAALBEK | MAGALI OVALLOS GAONA (REYCA CORREDORES S.A.) |
| GALLETA INTEGRAL | VALBEC | | |
| ARROZ ATOLLADO | PROLAC | PROLAC | JORGE ALEXANDER MUNOZ SÁNCHEZ Y MAGALI OVALLOS GAONA (REYCA CORREDORES S.A.) |
| ATÚN CON VERDURAS | PROLAC | | |
| ESTOFADO DE CARNE | PROLAC | | |
| GALLETA DE SAL | PROLAC | | |
| PAN DE AVENA | PROLAC | | |
| PAN DE FRUTA | LHO | | |
| PAN INTEGRAL | JCA | | |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |

Fuente: Elaborado por la SIC, a partir de la información contenida en los boletines 868 y 909 de 2013 publicados por la BMC, obrante a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la BMC obrante en cuaderno reservado No. 1.

4.3.1.7. Boletines Informativos No. 276 y 304 de 2013²⁷⁴

En lo que concierne a los boletines informativos No. 276 y 304 de 2013, no hubo puja a la baja tras la manifestación del “conforme” por parte de los proveedores designados en el acuerdo, dos de los habilitados —**CATALINSA** y **UNIÓN TEMPORAL RACIONES DE COLOMBIA**, esta última constituida por **IBEASER** y **LHO**—. Además, los competidores referidos fueron representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**). De conformidad con la información de la distribución previa y con el resultado de la respectiva rueda de negociación, se tiene un porcentaje importante de coincidencia en los productos —se distribuyeron 32 de 63 productos, según información intercambiada por los investigados; se adjudicaron 30 según la forma pactada—.

Resulta fundamental resaltar en este punto, que la distribución realizada respecto a la información contenida en los boletines informativos señalados fue encontrada en un documento de Excel que había sido almacenado en el computador de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), denominado “*CUADRO RACIONES MAY 8 2013*”, modificado por última vez en fecha 8 de mayo de 2013 a las 4:06:42 a.m., es decir, 5 horas antes del inicio de la respectiva rueda de negociación.

En relación con este documento, se destaca que en el mismo no solo se encontraban anotados los alimentos de la empresa y de la unión temporal a las cuales este operador representaba, sino aquellos que habían sido distribuidos a cargo de las empresas que eran supuestas competidoras de las anteriormente mencionadas²⁷⁵. Lo anterior revela que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), de modo previo al desarrollo de las ruedas de negociación, conocía la totalidad del esquema de distribución entre las supuestas empresas competidoras, con el propósito de materializarlo en la rueda de

²⁷⁴ Publicación de boletines informativos: 29 de abril y 8 de mayo de 2013, presupuesto: \$7.483.104.775.

²⁷⁵ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: CUADRO RACIONES MAY 8 2013 [4509267]).

negociación. Lo anteriormente mencionado, sumado a los elementos probatorios presentados hasta este momento, demuestran que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) era el instrumento utilizado por los participantes del acuerdo para materializar la conducta investigada.

Para mayor detalle, se tiene que el archivo mencionado anteriormente, se dividía en pestañas denominadas i) "Hoja1", ii) "TODOS LOS PRODUCTOS", iii) "Cliente" y iv) "Hoja2". En el contenido de la pestaña "Hoja2", se hallaron dos tablas con una distribución de productos y la expresión fuera de tablas "cualquier duda me cuenta" seguida del nombre "Mauricio V", como se muestra a continuación:

| | A | B | C | D | E | F | G | H | I | J | K | L |
|----|---|---------------------------|----------|----------------------|----------|--------------------|----------|-------------------------|----------|---------------------|---------|------|
| 3 | | JCA | | LHO | | PRO | | CAT | | | | |
| 4 | | GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 3 | | GRUPO 4 | | | | |
| 5 | | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | | | |
| 6 | | Ajiaco con pollo | 47.228 | Arvejas tocino | 94.681 | Estofado de carne | 106.749 | Garbanzo a la madrileña | 47.722 | | | |
| 7 | | Envuelto de mazorca | 117.365 | Lentejas con chorizo | 106.256 | Atun con verduras | 106.462 | Pollo a la jardinera | 106.280 | | | |
| 8 | | Sudado de papa y carne | 106.261 | Frijol con salchicha | 59.028 | Pastel de carne | 58.827 | Tamal | 106.481 | | | |
| 9 | | Mondongo | 58.333 | Frijol con carne | 58.827 | Macarron con pollo | 59.028 | Arroz Atollado | 106.054 | | | |
| 10 | | Arroz con pollo | 58.827 | Goulash | 58.827 | | | | | | | |
| 11 | | Arroz con pollo | -20.000 | Goulash | -10.000 | | 30.000 | | | | | |
| 12 | | | | | | | | | | | | |
| 13 | | | | | | | | | | | | |
| 14 | | TOTAL | 368.014 | | 367.619 | | 361.066 | | 366.537 | | | |
| 15 | | | | | | | | | | | | |
| 16 | | | | | | | | | | | | |
| 17 | | JCA | | LHO | | PRO | | CAT | | VALVEC | | |
| 18 | | GRUPO 1 | | GRUPO 2 | | GRUPO 4 | | GRUPO 3 | | GRUPO 3 | | |
| 19 | | Muffin de naranja | 117.160 | Pan de Fruta | 59.028 | Galleta de sal | 106.055 | Brownie | 58.890 | Galleta Integral | 165.289 | |
| 20 | | Pan de Soya | 58.333 | Pannetone Italiano | 95.175 | Pan Corriente | 153.709 | Pan de Ajonjolí | 201.412 | Galleta Enriquecida | 106.279 | |
| 21 | | Pan de Maiz | 117.653 | Pan de Avena | 165.778 | Pan Integral | 47.722 | Pan de Leche | 58.333 | | | |
| 22 | | | | | | | | | | | | |
| 23 | | | | | | | | | | | | |
| 24 | | | | | | | | | | | | |
| 25 | | | | | | | | | | | | |
| 26 | | TOTAL | 293.146 | | 319.981 | | 307.486 | | 318.635 | | 271.568 | |
| 27 | | cualquier duda me cuenta. | | | | | | | | | | |
| 28 | | | | | | | | | | | | |
| 29 | | | | | | | | | | | | |
| 30 | | | | | | | | | | | | |
| 31 | | Mauricio V | | | | | | | | | | icio |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: CUADRO RACIONES MAY 8 2013 [4509267]).

En relación con lo descrito, se expone a continuación el cuadro comparativo, en donde consta la coincidencia entre la distribución previa —evidenciada en el archivo antecedente— y la adjudicación derivada del desarrollo de la respectiva rueda de negociación:

| Producto según boletines No. 276 y 304 de 29 de abril y 8 de mayo de 2013 | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación de 8, 9, 10 y 14 de mayo de 2013 ²⁷⁶ | Operador (Sociedad comisionista) |
|---------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| ARVEJA CON TOCINO | LHO | LA HUERTA DE ORIENTE | JORGE ALEXANDER MUNOZ SÁNCHEZ y MAGALI OVALLOS GAONA (AGROBOLSA S.A.) |
| FRIJOL CON CARNE | LHO | | |
| FRIJOL CON SALCHICHA | LHO | | |
| GOULASH | LHO | | |
| LENTEJAS CON CHORIZO | LHO | | |
| PAN DE AVENA | LHO | | |
| PAN DE FRUTA | LHO | | |
| PANNETONE ITALIANO | LHO | CATALINSA | JAVIER CAPARROSO HOYOS (COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A.) |
| ARROZ ATOLLADO | CAT | | |
| BROWNIE | CAT | | |
| GARBANZO A LA MADRILEÑA | CAT | | |
| PAN DE AJONJOLÍ | CAT | | |
| PAN DE LECHE | CAT | | |
| POLLO A LA JARDINERA | CAT | | |
| TAMAL | CAT | UNIÓN TEMPORAL | |
| AJIACO CON POLLO | JCA | | |

²⁷⁶Se constató que 30 de los productos distribuidos fueron adjudicados en la forma pactada. Información extraída de información remitida por la BMC (cuaderno reservado No. 1). El archivo mencionado se ubica en el folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: CUADRO RACIONES MAY 8 2013 [4509267]).

| | | | |
|------------------------|----------|----------------------------|-------------------------------------------------------|
| ARROZ CON POLLO | JCA | RACIONES DE COLOMBIA (JCA) | |
| MONDONGO | JCA | | |
| PAN DE MAÍZ | JCA | | |
| PAN DE SOYA | JCA | | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | | |
| GALLETA ENRIQUECIDA | "VALVEC" | BAALBEK | MAGALI OVALLOS GAONA (REYCA CORREDORES S.A.) |
| GALLETA INTEGRAL | "VALVEC" | | |
| ATÚN CON VERDURAS | PRO | PROLAC | JORGE ALEXANDER MUNÓZ SÁNCHEZ (REYCA CORREDORES S.A.) |
| ESTOFADO DE CARNE | PRO | | |
| GALLETA DE SAL | PRO | | |
| MACARRÓN CON POLLO | PRO | | |
| PAN CORRIENTE | PRO | | |
| PAN INTEGRAL | PRO | | |
| PASTEL DE CARNE | PRO | | |

Fuente: Elaborado por la SIC, a partir de la información contenida en los boletines 276 y 304 de 2013 publicados por la BMC, obrante a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la BMC obrante en cuaderno reservado No. 1.

4.3.1.8. Boletines Informativos No. 35, 37 y 46 de 2014²⁷⁷

En cuanto a los boletines informativos No. 35, 37 y 46 de 2014, no hubo puja a la baja tras la manifestación del "conforme" por parte de los proveedores designados en el acuerdo, dos de los habilitados —CATALINSA e IBEASER— fueron representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA) y, de acuerdo con la información de la distribución previa y con el resultado de la respectiva rueda de negociación, se tiene una coincidencia exacta en los productos.

En relación con la distribución relacionada con los boletines informativos referidos, se accedió a un correo electrónico de fecha 04 de febrero de 2014 —día siguiente a la publicación del boletín informativo No. 35—, que fue enviado en su momento por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de IBEASER) a **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de CATALINSA), que reenvió un correo que **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de PROLAC) le había remitido con el asunto "Fwd; DIVISIÓN COMIDAS AGENCIA LOGÍSTICA":



Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Fwd_DIVISIÓN COMIDAS AGENCIA LOGISTICA [5995413]).

En archivo Excel adjunto al correo mencionado, denominado "ALFREDO.xlsx", se encontraron dos pestañas, que contienen la distribución asociada a los boletines informativos No. 35, 37 y 46 de 201, así:

²⁷⁷ Publicación de los boletines Informativos: 31 de enero, 3 y 5 de febrero de 2014, presupuesto: \$8.696.635.474.

| | A | B | C | D | E | F | G | H |
|----|---|---|-------------------------------|-----------|---------|---------|---------|---------|
| 2 | | | | | | | | |
| 3 | | | PANES | | | | | |
| 4 | | | PANADERIA | | 1 | 2 | 3 | 4 |
| 5 | | | BRAWINE X 100 GRS | 62.316 | 62.316 | | | |
| 6 | | | GALLETA DE SAL X 100 GRS | 113.036 | 113.036 | | | |
| 7 | | | GALLETA ENRIQUECIDA X 100 GRS | 112.415 | | 112.415 | | |
| 8 | | | GALLETA INTEGRAL X 100 GRS | 173.468 | | 173.468 | | |
| 9 | | | MUFIN DE NARANJA X 100 GRS | 124.646 | 10.674 | | | 113.972 |
| 10 | | | PAN CORRIENTE X 100 GRS | 163.123 | 163.123 | | | |
| 11 | | | PAN DE AJONJOLI X 100 GRS | 213.178 | | 113.971 | 99.207 | |
| 12 | | | PAN DE AVENA X 100 GRS | 174.110 | | | 174.110 | |
| 13 | | | PAN DE FRUTA X 100 GRS | 62.330 | | | 62.330 | |
| 14 | | | PAN LECHE X 100 GRS | 62.319 | | | | 62.319 |
| 15 | | | PAN DE MAIZ X 100 GRS | 124.030 | | | 64.208 | 59.822 |
| 16 | | | PAN DE SOYA X 100 GRS | 62.316 | | | | 62.316 |
| 17 | | | PAN INTEGRAL X 100 GRS | 50.706 | 50.706 | | | |
| 18 | | | PANETONNE ITALIANO | 101.424 | | | | 101.424 |
| 19 | | | | 1.599.417 | 399.855 | 399.854 | 399.855 | 399.853 |

| | A | B | C | D | E | F | G | H | I | J | K |
|----|---|---|-------------------|----------------|-------------------|----------------|----------------|----------------|-------------|----------------|---|
| 1 | | | | | | | | | | | |
| 2 | | | | | | | | | | | |
| 3 | | | | 1 | 2 | 3 | 4 | | | | |
| 4 | | | ATUN CON VERDURAS | 112.394 | AJIACO CON POLLO | 50.706 | AREJAS CON | 100.796 | FRIJOL CON | 62.330 | |
| 5 | | | ARROZ ATOLLADO | 113.034 | ARROZ CON POLLO | 61.702 | FRIJOL CON | 61.702 | MACARRON | 62.330 | |
| 6 | | | ESTOFADO | 112.406 | ENVUELTO DE MAZON | 124.644 | GLOULASH X 180 | 61.702 | GARBANZO | 50.706 | |
| 7 | | | PASTEL DE CARNE | 62.330 | MONDONGO | 61.688 | LENTEJAS | 112.394 | POLLO A ALA | 112.417 | |
| 8 | | | | | SUDADE DE PAPA | 112.394 | | | TAMAL | 113.048 | |
| 9 | | | | 400.164 | | 411.134 | | 336.594 | | 400.831 | |
| 10 | | | CESIONES | (12.983) | | (23.954) | | | | (13.651) | |
| 11 | | | | | | | | | | | |
| 12 | | | | | | | 1 | 12.983 | | | |
| 13 | | | | | | | 4 | 13.651 | | | |
| 14 | | | | | | | 2 | 23.954 | | | |
| 15 | | | RESULTADO | 387.181 | | 387.180 | | 387.182 | | 387.180 | |
| 16 | | | | | | | | | | | |
| 17 | | | | | | | | | | | |
| 18 | | | | 1 ALFREDO | | | | | | | |
| 19 | | | | 2 ALMANSA | | | | | | | |
| 20 | | | | 3 ANGELA | | | | | | | |
| 21 | | | | 4 HERNANDO | | | | | | | |
| 22 | | | | | | | | | | | |
| 23 | | | | | | | | | | | |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Segunda subcarpeta [Fwd_DIVISIÓN COMIDAS AGENCIA LOGISTICA [5995413]]. Archivo: ALFREDO [5995414]).

Posteriormente, en fecha 05 de febrero de 2014 —día siguiente del anterior correo y misma fecha en la cual la **BMC** publicó el boletín informativo No. 46 que dio alcance al boletín informativo No. 35—, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) envió un correo electrónico a **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), con el asunto “sugerencia”. Esto denota que el primero tenía pleno conocimiento acerca del esquema de distribución en el que participaba la empresa para la cual trabajaba, esto es, **IBEASER**. Dicho correo, se expone a continuación:

| | |
|---------------------|--------------------------------------------|
| From: | hernando prieto <hernandoprietom@yahoo.es> |
| Sent: | 2/5/2014 5:13:12 PM +0000 |
| To: | rafa0827roa@gmail.com |
| Subject: | sugerencia |
| Attachments: | SUGERIDO 1.pdf |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: sugerencia [2205681]).

Al revisar el archivo adjunto al correo previo, denominado “*SUGERIDO 1.pdf*”, se encontró la distribución evidenciada a continuación:

Comidas Listas

| JCA GRUPO 1 | | LHO GRUPO 2 | | PROLAC GRUPO 3 | | CATALINSA GRUPO 4 | |
|------------------------|----------------|----------------------|----------------|-------------------------|----------------|-------------------------|----------------|
| Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades |
| Ajiaco de Pollo | 50.706 | Arvejas con tocino | 100.796 | Atun con Verduras | 112.394 | Garbanzo a la Madrileña | 50.706 |
| Envuelto de Mazorca | 124.644 | Lentejas con Chorizo | 112.394 | Pastel de Carne | 62.330 | Pollo a la Jardinera | 112.417 |
| Sudado de Papa y Carne | 112.394 | Frijol con Salchicha | 61.702 | Macarron con Pollo | 62.330 | Tamal | 113.048 |
| Mondongo | 61.688 | Estofado de Carne | 112.406 | Frijol con Carne | 62.330 | Arroz Atollado | 113.034 |
| Arroz con Pollo | 61.702 | | | Goulash | 61.702 | Garbanzo a la Madrileña | (2.000) |
| Arroz con Pollo | (24.000) | | | Arroz con Pollo | 24.000 | | |
| | | | | Garbanzo a la Madrileña | 2.000 | | |
| TOTALES | 387.134 | TOTALES | 387.298 | TOTALES | 387.086 | TOTALES | 387.205 |
| | 25,00% | | 25,01% | | 24,99% | | 25,00% |

TOTAL
1.548.723

Panadería Larga Vida

| JCA GRUPO 1 | | LHO GRUPO 2 | | PROLAC GRUPO 3 | | CATALINSA GRUPO 4 | | VALBECK GRUPO 5 | |
|-------------------|----------------|---------------------|----------------|-------------------|----------------|----------------------|----------------|---------------------|----------------|
| Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades |
| Muffin de Naranja | 124.646 | Pan de Fruta | 62.330 | Galleta de Sal | 113.036 | Brownie | 62.316 | Galleta Integral | 173.468 |
| Pan de Soya | 62.316 | Pannetonne Italiano | 101.424 | Pan Corriente | 163.123 | Pan de Ajojololi | 213.178 | Galleta Enriquecida | 112.415 |
| Pan de Maiz | 124.030 | Pan de Avena | 174.110 | Pan Integral | 50.706 | Pan de Leche | 62.319 | | |
| TOTALES | 310.992 | TOTALES | 337.864 | TOTALES | 326.865 | TOTALES | 337.613 | TOTALES | 285.883 |
| | 19,44% | | 21,12% | | 20,44% | | 21,12% | | 17,87% |

TOTAL
1.599.417

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Segunda subcarpeta: [sugerencia [2205681]]. Archivo: SUGERIDO 1 [2205682]).

Aunado a lo anterior, es pertinente indicar que el esquema de distribución lo tenía **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**)²⁷⁸ — toda vez que esta información se sustrajo de su computador—, situación que demuestra, una vez más, que este operador tenía conocimiento y la información respecto a la distribución establecida entre la totalidad de los participantes del acuerdo objeto de análisis y que fue el instrumento que permitió la materialización de ese esquema de colaboración entre competidores en el marco de las ruedas de negociación.

En relación con los archivos hallados en el computador de este investigado, es preciso indicar que se encontró un archivo de Word titulado “cuadro 2014.docx”, modificado el día 13 de febrero de 2014 a las 10:41:24 p.m., esto es, un día antes del desarrollo de la rueda de negociación. Este archivo muestra lo siguiente:

Comidas Listas

| JCA GRUPO 1 | | LHO GRUPO 2 | | CATALINSA GRUPO 4 | | PROLAC GRUPO 3 | |
|------------------------|------------|----------------------|------------|-------------------------|------------|-------------------|------------|
| Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades |
| Ajiaco de Pollo | 50.706 | Arvejas con tocino | 100.796 | Garbanzo a la Madrileña | 50.706 | Atun con Verduras | 112.394 |
| Sudado de Papa y Carne | 112.394 | Lentejas con Chorizo | 112.394 | Pollo a la Jardinera | 112.417 | Pastel de Carne | 62.330 |
| Mondongo | 61.688 | Arroz Atollado | 113.034 | Tamal | 113.048 | Arroz con Pollo | 61.702 |
| Frijol con Salchicha | 61.702 | Macarron con Pollo | 62.330 | Envuelto de Mazorca | 124.644 | Estofado de Carne | 112.406 |
| Frijol con Carne | 62.330 | | | | | Goulash | 61.702 |

Panadería Larga Vida

| JCA GRUPO 1 | | LHO GRUPO 2 | | CATALINSA GRUPO 4 | | PROLAC GRUPO 3 | | VALBECK GRUPO 5 | |
|---------------------|------------|------------------|------------|----------------------|------------|-------------------|------------|---------------------|------------|
| Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades | Producto | Cantidades |
| Pan de Fruta | 62.330 | Pan de Avena | 174.110 | Brownie | 62.316 | Galleta de Sal | 113.036 | Galleta Enriquecida | 112.415 |
| Pan de Maiz | 124.030 | Galleta Integral | 173.468 | Muffin de Naranja | 124.646 | Pan Corriente | 163.123 | Pan de Ajojololi | 213.178 |
| Pannetonne Italiano | 101.424 | | | Pan de Leche | 62.319 | Pan Integral | 50.706 | | |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: cuadro 2014 [4509265]).

A continuación, se evidencia el análisis comparativo respectivo:

| Producto según boletines No. 35, 37 y 46 de 31 de enero, 3 y 5 de febrero de 2014 | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación de 14 a 19 de febrero de 2014. | Operador (Sociedad comisionista) |
|-----------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|------------------------------------------------------------------------|---------------------------------------------------------|
| ARROZ ATOLLADO | LHO | LA HUERTA DE ORIENTE | CATALINA GONZÁLEZ JARAMILLO y JUAN CARLOS PRIETO SIERRA |
| ARVEJA CON TOCINO | LHO | | |
| GALLETAS INTEGRALES | LHO | | |

²⁷⁸ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: cuadro 2014 [4509265]).

| | | | |
|-------------------------|-----------|---------------|--------------------------------------------------------------------------------|
| LENTEJAS CON CHORIZO | LHO | | (AGROBOLSA S.A.) |
| MACARRÓN CON POLLO | LHO | | |
| PAN DE AVENA | LHO | | |
| BROWNIE | CATALINSA | CATALINSA | JAVIER CAPARROSO HOYOS (COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A.) |
| GARBANZO A LA MADRILEÑA | CATALINSA | | |
| MUFFIN | CATALINSA | | |
| PAN DE LECHE | CATALINSA | | |
| POLLO A LA JARDINERA | CATALINSA | | |
| TAMAL | CATALINSA | | |
| AJIACO CON POLLO | JCA | | |
| FRIJOL CON CARNE | JCA | IBEASER (JCA) | |
| FRIJOL CON SALCHICHA | JCA | | |
| MONDONGO | JCA | | |
| PAN DE FRUTA | JCA | | |
| PAN DE MAÍZ | JCA | | |
| PANNETONE ITALIANO | JCA | | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | | |
| GALLETA ENRIQUECIDA | VALBECK | BAALBEK | MARTHA XIMENA GALINDO (REYCA CORREDORES S.A.) |
| PAN DE AJONJOLÍ | VALBECK | | |
| ARROZ CON POLLO | PROLAC | PROLAC | JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ (REYCA CORREDORES S.A.) |
| ATÚN CON VERDURAS | PROLAC | | |
| ESTOFADO DE CARNE | PROLAC | | |
| GALLETA DE SAL | PROLAC | | |
| GOULASH | PROLAC | | |
| PAN CORRIENTE | PROLAC | | |
| PAN INTEGRAL | PROLAC | | |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |

Fuente: Elaborado por la **SIC**, a partir de la información contenida en los boletines 35, 37 y 46 de 2014 publicados por la **BMC**, obrantes a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la **BMC** obrante en cuaderno reservado No. 1.

4.3.1.9. Boletines Informativos No. 1076 y 1155 de 2014²⁷⁹

En cuanto a los boletines informativos No. 1076 y 1155 de 2014, no hubo puja a la baja tras la manifestación del “conforme” por parte de los proveedores designados en el acuerdo. Además, dos de los habilitados —**CATALINSA** e **IBEASER**— fueron representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) y, de acuerdo con la información de la distribución previa y con el resultado de la respectiva rueda de negociación, se tiene un alto porcentaje de coincidencia en los productos.

Respecto a la distribución previa de los productos, se halló en el celular de **HERNADO PRIETO MOLINA** (gerente de **IBEASER**), una conversación que aquel sostuvo con **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), entre los días 15 a 17 de diciembre de 2014 —5 días después de la publicación del primer boletín informativo y hasta un día antes de la rueda de negociación—, que indica:

Hora de inicio: 12/15/2014 3:38:40 PM(UTC+0)
 Actividad más reciente: 12/17/2014 5:07:22 PM(UTC+0)
 Participantes: +573107535682
 De: From: +573107535682
 Marca de hora: 12/15/2014 3:38:40 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Adjuntos:
 #1: chats\Messages\attachments57\Adjunto595fd52c-1803-4ad0-80a1-dd49c9030483.PNG
 Contenido:

 De: From: +573107535682
 Marca de hora: 12/15/2014 3:38:40 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Contenido:
 Qué opina de este?

 De: From: +573107535682
 Marca de hora: 12/15/2014 3:57:29 PM(UTC+0)
 Aplicación de origen:
 Adjuntos:

²⁷⁹ Publicación del boletín informativo: 10 y 18 de diciembre de 2014, presupuesto: \$5.162.412.731.

#1: chats\Messages\attachments57\Adjunto10ca6112-9769-4ea5-b5ee-6661e4cda490.PNG

Contenido:

Este con la modificación que me dijo

De: From: +573107535682

Marca de hora: 12/15/2014 4:14:56 PM(UTC+0)

Aplicación de origen:

Contenido:

Mándemelo por acá o por telegram

De: From: +573107535682

Marca de hora: 12/17/2014 5:07:22 PM(UTC+0)

Aplicación de origen:

Adjuntos:

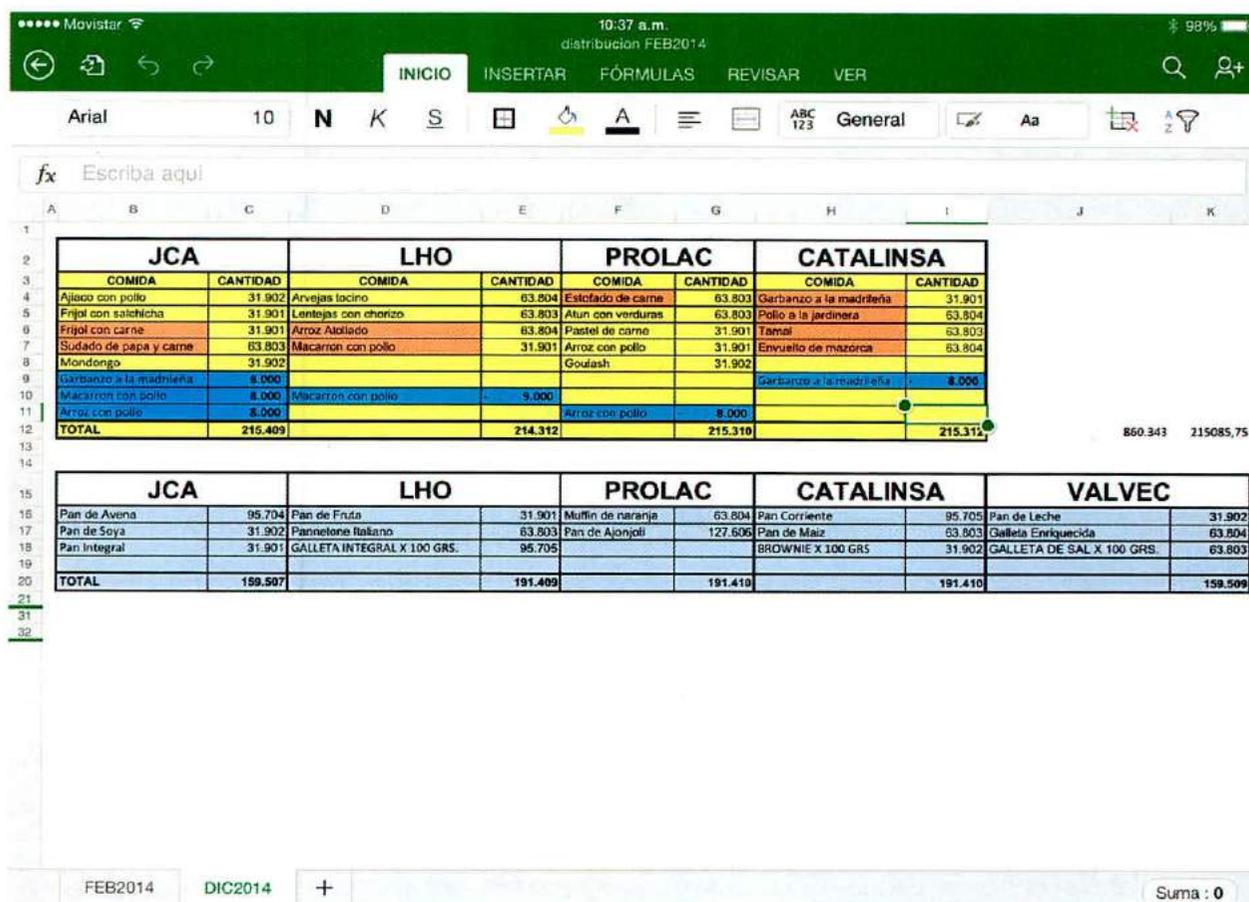
#1: chats\Messages\attachments57\Adjunto9062e029-f337-42d3-ba3f-c374251239d1.PNG

Contenido:

Esta es dejando igual a LHO

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: chat-57 [4508454]).

En el mismo mensaje, se enviaron dos archivos adjuntos, que contienen la distribución relacionada con los boletines informativos No. 1076 y 1155 de 2014. El primero de ellos, denominado "Adjunto595fd52c-1803-4ad0-80a1-dd49c9030483.PNG", fue enviado el 15 de diciembre de 2014 a las 3:38:40 pm —5 días después de la publicación del Boletín Informativo y 3 días antes de la rueda de negociación—. Su contenido se expone:



| JCA | | LHO | | PROLAC | | CATALINSA | |
|-------------------------|----------------|----------------------|----------------|-------------------|----------------|-------------------------|----------------|
| COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD |
| Ajiao con pollo | 31.902 | Arvejas locino | 63.804 | Estofado de carne | 63.803 | Garbanzo a la madrileña | 31.901 |
| Frijol con salchicha | 31.901 | Lentejas con chorizo | 63.803 | Atun con verduras | 63.803 | Pollo a la jardinera | 63.804 |
| Frijol con carne | 31.901 | Arroz Abollado | 63.804 | Pastel de carne | 31.901 | Tamal | 63.803 |
| Sudado de papa y carne | 63.803 | Macarron con pollo | 31.901 | Arroz con pollo | 31.901 | Envuelto de mazorca | 63.804 |
| Mondongo | 31.902 | | | Goulash | 31.902 | | |
| Garbanzo a la madrileña | 8.000 | | | | | Garbanzo a la madrileña | 8.000 |
| Macarron con pollo | 8.000 | Macarron con pollo | 9.000 | | | | |
| Arroz con pollo | 8.000 | | | Arroz con pollo | 8.000 | | |
| TOTAL | 215.409 | | 214.312 | | 215.310 | | 215.312 |

| JCA | | LHO | | PROLAC | | CATALINSA | | VALVEC | |
|--------------|----------------|------------------------------|----------------|-------------------|----------------|-------------------|----------------|----------------------------|----------------|
| Pan de Avena | 95.704 | Pan de Fruta | 31.901 | Muffin de naranja | 63.804 | Pan Corriente | 95.705 | Pan de Leche | 31.902 |
| Pan de Soya | 31.902 | Panetone italiano | 63.803 | Pan de Ajonjolí | 127.606 | Pan de Maiz | 63.803 | Galleta Enriquecida | 63.804 |
| Pan Integral | 31.901 | GALLETAS INTEGRAL X 100 GRS. | 95.705 | | | BROWNIE X 100 GRS | 31.902 | GALLETAS DE SAL X 100 GRS. | 63.803 |
| TOTAL | 159.507 | | 191.409 | | 191.410 | | 191.410 | | 159.509 |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Adjunto595fd52c-1803-4ad0-80a1-dd49c9030483 [4508257]).

El segundo, denominado "Adjunto10ca6112-9769-4ea5-b5ee-6661e4cda490.PNG"²⁸⁰. Ese documento fue enviado el mismo día 15 de diciembre de 2014 a las 3:57:29 pm, es decir, 18 minutos y 49 segundos después del archivo anterior. El documento se evidencia a continuación:

FEB2014 **DIC2014**

| JCA | | LHO | | PROLAC | | CATALINSA | |
|-------------------------|----------------|----------------------|----------------|-------------------|----------------|-------------------------|----------------|
| COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD |
| Ajaco con pollo | 31.902 | Avejas tocin | 63.804 | Estofado de carne | 63.803 | Garbanzo a la madrileña | 31.901 |
| Frijol con salchicha | 31.901 | Lentejas con chorizo | 63.803 | Alun con verduras | 63.803 | Pollo a la jardinera | 63.804 |
| Frijol con carne | 31.901 | Arroz Azulado | 63.804 | Pastel de carne | 31.901 | Tamal | 63.803 |
| Sutido de papa y carne | 63.803 | Macaron con pollo | 31.901 | Arroz con pollo | 31.901 | Envuelto de mazorca | 63.804 |
| Morongo | 31.902 | | | Goulash | 31.902 | | |
| Garbanzo a la madrileña | -8.000 | | | | | Garbanzo a la madrileña | -8.000 |
| Macaron con pollo | -8.000 | Macaron con pollo | -8.000 | | | | |
| Arroz con pollo | -8.000 | | | Arroz con pollo | -8.000 | | |
| TOTAL | 215.409 | | 215.312 | | 215.310 | | 215.312 |

861.343 215335,75

| JCA | | LHO | | PROLAC | | CATALINSA | | VALVEC | |
|-----------------------------|----------------|-------------------|----------------|-------------------|----------------|-------------------|----------------|---------------------------|----------------|
| Pan de Avena | 95.704 | Pan de Fruta | 31.901 | Muffin de naranja | 63.804 | Pan Corriente | 95.705 | Pan de Leche | 31.902 |
| Galleta Integral X 100 GRS. | 63.803 | Panetone Italiano | 63.803 | Pan de Ajojoli | 127.806 | Pan de Maiz | 63.803 | Galleta Enriquecida | 63.804 |
| | | Pan de Soya | 31.902 | | | Brownie X 100 GRS | 31.902 | Galleta de sal X 100 GRS. | 63.803 |
| | | Pan Integral | 31.901 | | | | | | |
| TOTAL | 191.409 | | 199.507 | | 191.410 | | 191.410 | | 199.509 |

893.245
178649

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Adjunto10ca6112-9769-4ea5-b5ee-6661e4cda490 [4508256]).

En estos archivos, además de la distribución, constaban cambios en la relacionada con galleta integral, pan de soya y pan integral.

Finalmente, el 17 de diciembre de 2014 a las 5:07:22 p.m. —2 días después de las anteriores distribuciones y un día antes de la rueda de negociación, se remitió el archivo denominado "Adjunto9062e029-f337-42d3-ba3f-c374251239d1.PNG", en el cual constaban cambios en la distribución de pan integral, galleta integral y pan de leche:

FEB2014 **DIC2014**

| JCA | | LHO | | PROLAC | | CATALINSA | |
|-------------------------|----------------|----------------------|----------------|-------------------|----------------|-------------------------|----------------|
| COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD | COMIDA | CANTIDAD |
| Ajaco con pollo | 31.902 | Avejas tocin | 63.804 | Estofado de carne | 63.803 | Garbanzo a la madrileña | 31.901 |
| Frijol con salchicha | 31.901 | Lentejas con chorizo | 63.803 | Alun con verduras | 63.803 | Pollo a la jardinera | 63.804 |
| Frijol con carne | 31.901 | Arroz Azulado | 63.804 | Pastel de carne | 31.901 | Tamal | 63.803 |
| Sutido de papa y carne | 63.803 | Macaron con pollo | 31.901 | Arroz con pollo | 31.901 | Envuelto de mazorca | 63.804 |
| Morongo | 31.902 | | | Goulash | 31.902 | | |
| Garbanzo a la madrileña | -8.000 | | | | | Garbanzo a la madrileña | -8.000 |
| Macaron con pollo | -8.000 | Macaron con pollo | -8.000 | | | | |
| Arroz con pollo | -8.000 | | | Arroz con pollo | -8.000 | | |
| TOTAL | 215.409 | | 215.312 | | 215.310 | | 215.312 |

861.343 215335,75

| JCA | | LHO | | PROLAC | | CATALINSA | | VALVEC | |
|---------------------------|----------------|-------------------|----------------|-------------------|----------------|-------------------|----------------|-----------------------------|----------------|
| Pan de Avena | 95.704 | Pan de Fruta | 31.901 | Muffin de naranja | 63.804 | Pan Corriente | 95.705 | Galleta Integral x 100 GRS. | 95.705 |
| Pan de Leche | 31.902 | Panetone Italiano | 63.803 | Pan de Ajojoli | 127.806 | Pan de Maiz | 63.803 | Galleta Enriquecida | 63.804 |
| Galleta de sal x 100 GRS. | 63.803 | Pan de Soya | 31.902 | | | Brownie X 100 GRS | 31.902 | Pan Integral | 31.901 |
| TOTAL | 191.409 | | 127.806 | | 191.410 | | 191.410 | | 191.410 |

893.245
178649

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Adjunto9062e029-f337-42d3-ba3f-c374251239d1 [4508258]).

En relación con lo descrito, se expone a continuación el cuadro comparativo, en donde consta la coincidencia entre la distribución previa —evidenciada en los archivos antecedentes— y la adjudicación derivada del desarrollo de la respectiva rueda de negociación:

| Producto según boletines No. 1076 y 1155 de 10 y 18 de diciembre de 2014 | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación de 23, 24 y 26 de diciembre de 2014 | Operador (Sociedad comisionista) |
|--------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|
|--------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|-----------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|

²⁸⁰ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Adjunto10ca6112-9769-4ea5-b5ee-6661e4cda490 [4508256]).

| | | | |
|-------------------------|---------------|-----------------------|-----------------------------------------------------------------------|
| ARROZ ATOLLADO | LHO | LA HUERTA DEL ORIENTE | CATALINA GONZÁLEZ JARAMILLO (AGROBOLSA S.A.) |
| ARVEJA CON TOCINO | LHO | | |
| LENTEJAS CON CHORIZO | LHO | | |
| MACARRÓN CON POLLO | LHO/JCA | | |
| PAN DE FRUTA | LHO | | |
| PAN DE SOYA | LHO | | |
| PANNETONE ITALIANO | LHO | | |
| BROWNIE | CATALINSA | | |
| GARBANZO A LA MADRILEÑA | CATALINSA/JCA | CATALINSA | JAVIER CAPARROSO HOYOS (COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A.) |
| PAN CORRIENTE | CATALINSA | | |
| PAN DE MAIZ | CATALINSA | | |
| POLLO A LA JARDINERA | CATALINSA | | |
| TAMAL | CATALINSA | | |
| AJIACO CON POLLO | JCA | | |
| FRÍJOL CON CARNE | JCA | | |
| FRÍJOL CON SALCHICHA | JCA | | |
| MONDONGO | JCA | IBEASER (JCA) | |
| MUFFIN | PROLAC | | |
| PAN DE AVENA | JCA | | |
| PAN INTEGRAL | VALVEC | | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | JCA | | |
| GALLETA ENRIQUECIDA | VALVEC | | |
| GALLETA INTEGRAL | VALVEC | | |
| PAN DE LECHE | JCA | | |
| ARROZ CON POLLO | PROLAC/JCA | BAALBEK | MARTHA XIMENA GALINDO (REYCA CORREDORES S.A.) |
| ATÚN CON VERDURAS | PROLAC | | |
| ESTOFADO DE CARNE | PROLAC | PROLAC | JORGE ALEXANDER MUÑOZ SÁNCHEZ (REYCA CORREDORES S.A.) |
| GOULASH | PROLAC | | |
| PAN DE AJONJOLÍ | PROLAC | | |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |

Fuente: Elaborado por la SIC, a partir de la información contenida en los boletines 1076 y 1155 de 2014 publicados por la BMC, obrantes a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la BMC obrante en cuaderno reservado No. 1.

4.3.1.10. Boletines Informativos No. 497 y 519 de 2015²⁸¹

En cuanto a los boletines informativos No. 497 y 519 de 2015, no hubo puja a la baja tras la manifestación del “conforme” por parte de los proveedores designados en el acuerdo. Además, dos de los habilitados —**CATALINSA** e **IBEASER**— fueron representados por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) y, de acuerdo con la información de la distribución previa y con el resultado de la respectiva rueda de negociación, se tiene una coincidencia exacta en los productos y cantidades.

Acerca de la distribución previa de los productos, dentro del material probatorio recaudado fue hallado un correo electrónico de fecha 03 de agosto de 2015 —3 días después de la publicación del primer boletín informativo, enviado por **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) a **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), bajo el asunto “distribución”²⁸², contentivo de archivo Excel denominado “Libro1.xlsx”, el cual contenía la distribución de los productos, tal como se muestra a continuación:

²⁸¹Publicación del boletín informativo: 31 de julio de 2015 y 10 de agosto de 2015, presupuesto: \$994.199.647.

²⁸² Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2015-294203-USPEC. Subcarpeta: Archivos. Archivo: distribucion [257948]).

En segundo lugar, otro documento enviado por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) a **KEVIN ANDRÉS PINZÓN** (empleado de **COMFINAGRO**) con el asunto denominado "*Fwd: Ibeaser*"²⁸⁴. Ese mensaje, a su vez, tenía un archivo adjunto en PDF titulado "*productos subasta ibeaser agoso [sic] 11-2015*".

| | |
|---------------------|----------------------------------------------------------------------------------|
| From: | JCHSUMA <jchsuma@gmail.com> |
| Sent: | 8/11/2015 4:56:02 PM +0000 |
| To: | kevinandrespinzon29@gmail.com |
| Subject: | Fwd: Ibeaser |
| Attachments: | productos subasta ibeaser agoso 11-2015.pdf, Datos adjuntos sin título 04520.htm |

Javier Caparroso Hl.

Inicio del mensaje reenviado:

De: JCHSUMA <jchsuma@gmail.com>
Fecha: 11 de agosto de 2015, 11:51:10 a.m. GMT-5
Para: Kevin Pinzon <auxiliarbta@comfinagro.com.co>
Asunto: Ibeaser

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Fwd_ibeaser [4678180]).

| TIPO | PRODUCTO | CANT | IBERO |
|--------------------|-----------------------------------------|------------------|------------------|
| Comida | Ajiaco con Pollo x 180 Gms | 1.970,00 | 1.970 |
| Comida | Blanquillos x 200 Gms | 1.970,00 | 1.970 |
| Comida | Frijol con Salchicha x 200 Gms | 12.639,00 | 12.639 |
| Comida | Lechona x 200 Gms | 8.265,00 | 8.265 |
| Comida | Mute x 200 Gms | 1.970,00 | 1.970 |
| Comida | Ormelette x 150 Gms | 12.639,00 | 12.639 |
| Panadería | Pan de Soya x 100 Gms | 3.940,00 | 3.940 |
| Panadería | Ponque con vetas de chocolate x 100 Gms | 8.275,00 | 8.275 |
| Panadería | Ponque de Coco x 100 Gms | 12.100,00 | 12.100 |
| Panadería | Torta de Pasas x 100 Gms | 10.689,00 | 10.689 |
| SUB-TOTALES | | 74.457,00 | 74.457,00 |

Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Segunda subcarpeta: [productos subasta ibeaser agosto 11-2015 [4678052]]. Archivo: [productos subasta ibeaser agosto 11-2015 [4678053]].

Lo anterior, además de ser evidencia de la distribución, demuestra una vez más, que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) conocía todo el esquema de repartición de los productos a adjudicar, incluso, de aquellas empresas respecto de la cual no ejercía la representación, como era **PROLAC**.

En relación con lo descrito, se expone a continuación el cuadro comparativo, en donde consta la coincidencia entre la distribución previa —evidenciada en los archivos antecedentes— y la adjudicación derivada del desarrollo de la respectiva rueda de negociación:

| Producto según boletines No. 497 y 519 de 2015 de 31 de julio y 10 de agosto de 2015. | Distribución según correo/archivo | Adjudicación según rueda de negociación 12, 13 y 18 de agosto de 2015 ²⁸⁵ | Operador (Sociedad comisionista) |
|---------------------------------------------------------------------------------------|-----------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------|
| AJIACO CON POLLO | JCA | LA HUERTA DE ORIENTE | LEONEL HERNANDO MARQUEZ DUQUE (AGROBOLSA S.A.) |
| ARROZ CON LECHE | LHO | | |
| FRÍJOL CON CARNE | CATALINSA | | |
| LENTEJAS CON CHORIZO | LHO | | |
| MONDONGO | LHO | | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE | LHO | | |
| ARROZ ATOLLADO | CATALINSA | CATALINSA | JAVIER CAPARROSO |
| ARVEJA CON TOCINO | CATALINSA | | |

²⁸⁴ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-4. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Fwd_ibeaser [4678180]).

²⁸⁵ La distribución que se exhibió en los correos y cuadros previamente referidos coincide casi en un 80% con la adjudicación.

| | | | |
|-------------------------|-----------|---------------------------------------|------------------------------------------------------------------|
| BROWNIE | CATALINSA | | HOYOS (COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A.) |
| GOULASH | CATALINSA | | |
| MACARRONES CON POLLO | CATALINSA | | |
| PAN DE AJONJOLI | CATALINSA | | |
| PAN DE AVENA | CATALINSA | | |
| PAN INTEGRAL | CATALINSA | | |
| POLLO A LA JARDINERA | CATALINSA | | |
| TAMAL | CATALINSA | | |
| FRIJOL CON SALCHICHA | JCA | IBEASER (JCA) | MARTHA XIMENA GALINDO (REYCA CORREDORES S.A.) |
| PAN DE SOYA | JCA | | |
| JAMONADA | LHO | COMESTIBLES DAN ZONA FRANCA S.A.S. | |
| ARROZ CON POLLO | PROLAC | PROLAC | |
| ATUN CON VERDURAS | JCA | | |
| ESTOFADO DE CARNE | PROLAC | | |
| FRIJOL MARINERO | PROLAC | | |
| MUFFIN DE NARANJA | LHO | | |
| PAN DE LECHE | CATALINSA | | |
| PASTEL DE CARNE | PROLAC | | |

Fuente: Elaborado por la **SIC**, a partir de la información contenida en los boletines 497 y 519 de 2015 publicados por la **BMC**, obrantes a folio 784 del cuaderno público No. 4, en la distribución referida obrante a folio 651 del cuaderno público No. 4 y en la información allegada por la **BMC** obrante en cuaderno reservado No. 1.

En definitiva, el estudio comparativo anteriormente descrito demuestra que durante los años 2011 a 2015, los investigados celebraron un acuerdo cuyo objeto anticompetitivo consistió en la distribución entre sí de los productos de comidas listas y panadería larga vida destinados al ensamble de raciones de campaña, de manera continuada y previo a la realización de las ruedas de negociación. El propósito de este esquema conllevó a que esas empresas se abstuvieran de competir para obtener la adjudicación de los productos en la operación en cada una de las ruedas de negociación celebradas durante el período investigado, lo que además explica, la inexistencia de pujas a la baja en las operaciones en las que tales productos fueron adjudicados.

4.3.2. Que los investigados continuaron coordinando su participación mediante la distribución de productos de comidas listas y panadería larga vida requeridos por la ALFM en el escenario de la BMC desde el año 2016 a marzo de 2018

La resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos señaló que los agentes del mercado investigados, después del año 2015 y hasta marzo de 2018²⁸⁶, continuaron participando en el **MCP** de la **BMC** como proveedores de comidas listas y panadería larga vida con destino a la **ALFM**.

Además, en el acto administrativo referido se destacó que durante este período se presentaban circunstancias similares a las ocurridas en el período comprendido entre los años 2011 y 2015, puesto que: (a) entre los años 2016 a 2018, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) también actuó simultáneamente como operador de varios de los proveedores referidos; (b) la negociación en relación con los alimentos requeridos por la **ALFM** continuó siendo adjudicada en un alto porcentaje a los proveedores investigados; y (c) en la mayoría de las ruedas de negociación el precio de puja inicial de la punta compradora, esto es, la **SCB** que representaba a la **ALFM**, se mantuvo prácticamente inmutable respecto del precio final de la punta vendedora²⁸⁷, es decir, no hubo pujas a la baja. En consecuencia, se señaló en la apertura y se reitera después de concluida la etapa probatoria, que es razonable concluir que el comportamiento ininterrumpido continuó desarrollándose desde el año 2016 hasta marzo de 2018.

En la etapa probatoria de esta actuación administrativa se corroboraron las circunstancias recién referidas con fundamento en el informe presentado por la **BMC**²⁸⁸, el cual demostró que entre 2016 y marzo de 2018 fueron publicados 8 boletines informativos con el propósito de adquirir en el **MCP** de la **BMC** comidas listas y panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña por parte de la **ALFM**. Los boletines fueron los siguientes: (i) boletines informativos

²⁸⁶ Se indica marzo de 2018 porque fue la última rueda de negociación en la que se celebraron operaciones para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida por parte de la **ALFM** en el marco del **MCP** de la **BMC**.

²⁸⁷ Resolución No. 34188 del 21 de mayo de 2018 “[p]or la cual se ordena la apertura de una investigación y se formula pliego de cargos”, pág. 50.

²⁸⁸ Folio No. 6968 del cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1.

Nos. 230 y 259²⁸⁹, 297 y 328²⁹⁰, 923 y 977²⁹¹ y 1072 y 1113²⁹² de 2016; (ii) boletines informativos Nos. 30 y 057²⁹³, 594 y 601²⁹⁴ y 635 y 658²⁹⁵ de 2017; y (iii) boletines informativos Nos. 120 y 143 de 2018²⁹⁶.

Respecto del literal (a), la Delegatura corroboró que, tal como había sucedido en el período 2011 a 2015, durante los años 2016 a 2018 **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) continuó ejerciendo la representación de dos o más mandantes supuestamente competidores para las mismas operaciones. En efecto, con fundamento en el informe de la **BMC**, a continuación se presentan las sociedades que fueron representadas de manera simultánea por el operador referido, respecto de los productos requeridos por la **ALFM** en los boletines informativos publicados durante los años 2016 a 2018.

| Boletín Informativo | Compañías representadas por JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA) |
|---------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 230 de 2016 | JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA) no participó en la rueda de negociación de este boletín informativo. |
| 297 de 2016 | LHO |
| 923 de 2016 | LHO, IBEASER y CATALINSA |
| 1072 de 2016 | LHO y CATALINSA |
| 30 de 2017 | IBEASER y CATALINSA |
| 594 de 2017 | IBEASER y CATALINSA |
| 635 de 2017 | JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de COMFINAGRO y AR TRIPLEA) no figura como operador de la única empresa habilitada, esto es, LHO |
| 120 de 2018 | CATALINSA |

Fuente: Oficio radicado SIC No. 18-075588-00913-0001, de fecha 22 de abril de 2019.

La anterior afirmación, a su vez, se encuentra corroborada mediante la declaración que sobre este aspecto rindió **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) en la etapa probatoria de esta investigación, tal como se señaló en el numeral **4.2.2.6**²⁹⁷. De manera que, como se ha indicado, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), en su calidad de operador común de varios investigados, fue enterado de la celebración del acuerdo y conoció de la distribución de sus productos entre sus participantes. Así mismo, dado ese conocimiento y su calidad de operador común respecto de dos o más potenciales proveedores de las comidas listas y la panadería larga vida, contribuyó a la ejecución de la dinámica, en desconocimiento además de las normas que lo obligaban a un proceder distinto, por lo menos en lo que tiene que ver con la libre competencia económica.

Ahora bien, en lo que atañe a los literales (b) y (c), la Delegatura —con fundamento en el informe remitido por la **BMC**— acreditó que, de manera similar a lo ocurrido en el período 2011 a 2015, **LHO**, **PROLAC**, **CATALINSA** e **IBEASER**, durante el período 2016 a marzo de 2018, continuaron siendo los adjudicatarios en un altísimo porcentaje de las operaciones relacionadas con comidas listas y panadería larga vida de conformidad con los boletines informativos publicados en este periodo. Además, también encontró demostrado que, en las operaciones llevadas a cabo en las ruedas de negociación respecto de esos productos, el precio de calce de la operación fue exactamente igual al precio de base de la punta compradora. En consecuencia, no hubo pujas a la baja ni porcentajes de ahorro para la punta compradora.

²⁸⁹ Publicación de boletines informativos: 29 de abril y 10 de mayo de 2016. Presupuesto: \$3.044.905.816

²⁹⁰ Publicación de boletines informativos: 20 y 27 de mayo de 2016. Presupuesto: \$870.007.324

²⁹¹ Publicación de boletines informativos: 22 y 29 de noviembre de 2016. Presupuesto: \$1.434.032.626.

²⁹² Publicación de boletines informativos: 16 y 22 de diciembre de 2016. Presupuesto: \$877.592.390.

²⁹³ Publicación de boletines informativos: 30 de enero y 6 de febrero de 2017. Presupuesto: \$464.329.675.

²⁹⁴ Publicación de boletines informativos: 31 de julio y 4 de agosto de 2017. Presupuesto: \$3.716.937.798.

²⁹⁵ Publicación de boletines informativos: 18 y 29 de agosto de 2017. Presupuesto: \$290.163.922.

²⁹⁶ Publicación de boletines informativos: 28 de febrero y 8 de marzo de 2018. Presupuesto: \$1.273.928.905.

²⁹⁷ Cfr. Folio 6396 del cuaderno público No. 32. (declaración de **JAVIER CAPARROSO HOYOS**. Minutos 18:40, 19:35, 19:41, 19:44 y 19:45).

Con el propósito de ilustrar las afirmaciones anteriores, a manera de ejemplo se presenta la dinámica ocurrida en las ruedas de negociación relacionadas con los productos de panadería larga vida y comidas listas requeridos en los boletines informativos No. 923 y 977 de 2016. Conforme con los productos demandados en los boletines referidos, el 22 de noviembre de 2016 se llevó a cabo la rueda de negociación en la cual se cerraron 20 operaciones, las cuales fueron adjudicadas de manera equitativa a **LHO**, **PROLAC**, **CATALINSA** e **IBEASER**, en una repartición cercana al 25% para cada una de las empresas participantes en el esquema de distribución que han acordado y ejecutado tales agentes del mercado desde, por lo menos, el año 2011.

Así mismo, en ninguna de esas operaciones hubo pujas entre los proveedores habilitados. En consecuencia, tampoco hubo porcentajes de ahorro²⁹⁸ en el precio de compra para la entidad de la punta compradora. Evidencia de ello es que el precio de postura inicial de compra, el precio del "conforme" y el precio de calce de la operación son idénticos. A continuación se presenta un cuadro que da cuenta de lo señalado por la Delegatura.

| Producto según boletines No. 923 y 977 de 22 y 29 de noviembre de 2016 | Mandantes habilitados | Mandante adjudicado | Porcentaje de adjudicación en relación con el total de las operaciones de los boletines No. 923 y 977 de 2016 | Precio de postura inicial de compra, precio conforme y precio de calce de la operación | Porcentaje de ahorro |
|------------------------------------------------------------------------|----------------------------------|---------------------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----------------------------------------------------------------------------------------|----------------------|
| FRÍJOL CON SALCHICHA X 200 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | LHO | 27% | \$ 3.179 | 0% |
| PAN INTEGRAL X 100 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | | | \$ 1.000 | |
| PASTEL DE CARNE X 200 G. | LHO y CATALINSA | | | \$ 3.671 | |
| PONQUÉ DE COCO X 100 G. | LHO e IBEASER | | | \$ 1.000 | |
| TORTA DE PASAS X 100 G. | LHO e IBEASER | | | \$ 1.099 | |
| BROWNIE X 100 G. | LHO y CATALINSA | CATALINSA | 22% | \$ 1.099 | |
| ENVUELTO DE MAZORCA X 200 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | | | \$ 3.150 | |
| PAN DE MAIZ X 100 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | | | \$ 1.000 | |
| TAMAL X 200 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | | | \$ 3.019 | |
| ARROZ CON POLLO X 200 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | IBEASER | 27% | \$ 3.150 | |
| FRÍJOL CON CARNE X 200 G. | LHO, IBEASER y CATALINSA | | | \$ 3.189 | |
| PAN DE AJONJOLÍ X 100 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | | | \$ 1.000 | |
| PANNETONE ITALIANO X 100 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | | | \$ 1.099 | |
| SUDADO DE PAPA Y CARNE X 200 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | PROLAC | 24% | \$ 3.140 | |
| ATÚN CON VERDURAS X 2000 G. | IBEASER y PROLAC | | | \$ 3.047 | |
| GALLETA DE SAL X 100 G. | IBEASER, CATALINSA y PROLAC | | | \$ 1.000 | |
| LECHONA X 200 G. | IBEASER y PROLAC | | | \$ 3.100 | |
| PAN DE AVENA X 100 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | | | \$ 1.000 | |

²⁹⁸ Se define aquí el porcentaje de ahorro con la fórmula $(\text{precio de calce} - \text{precio del "conforme"}) / \text{precio del "conforme"}$.

| | | |
|---------------------------|-------------------------------------|----------|
| PONQUÉ DE VINO X 100 G. | LHO, IBEASER, PROLAC y CATALINSA | \$ 1.099 |
| TRUCHA CON ARROZ X 200 G. | IBEASER y PROLAC | \$ 3.100 |

Fuente: Folio No. 6968, cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1.

Del mismo modo, la Delegatura, al analizar en conjunto las dinámicas de las operaciones relacionadas con comidas listas y panadería larga vida celebradas en las ruedas de negociación realizadas durante el período 2016 a marzo de 2018, destaca dos aspectos fundamentales. El primero hace referencia a que la totalidad de las operaciones —127 operaciones— realizadas en ese período fueron asignadas en repartición porcentual similar entre los participantes del acuerdo.

Lo anterior revela entonces que, para este período, el criterio que utilizaron los participantes del acuerdo fue el de repartirse las operaciones celebradas en las ruedas de negociación con independencia de las cantidades requeridas por producto.



Fuente: Folio No. 6968 del cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1

El segundo aspecto por destacar hace referencia a que en el marco de las 127 operaciones realizadas en el período comprendido entre el año 2016 a marzo de 2018, las pujas a la baja, con el consecuente porcentaje de ahorro, fueron casi inexistentes, salvo dos contadas excepciones. Únicamente en dos operaciones²⁹⁹ se presentó puja a la baja, en las cuales hubo un porcentaje de ahorro del 10.2% y 13.7% en relación con la postura inicial de compra que formuló la **SBC** representante de la punta compradora.

La inusual y puntual dinámica competitiva evidenciada, a su vez, presenta tres particularidades:

(i) La primera tiene relación con que en estas dos operaciones inusuales con puja a la baja se habilitó un proveedor ajeno al esquema de distribución, esto es, la empresa **COMA S.A.S.**³⁰⁰

(ii) La segunda se refiere a que en las operaciones inusuales identificadas hubo un número significativo de pujas sucesivas a la baja en relación con la postura inicial de compra, las cuales oscilaron entre 25 y 31 posturas. En estas dos operaciones, en las cuales **LHO** resultó adjudicataria, esta empresa presentó múltiples posturas en competencia por la adjudicación del pan de leche y el pan de fruta. Habida cuenta de ello, la enunciada sociedad investigada pudo ofrecer un precio con margen de ahorro para la entidad contratante. La circunstancia recién descrita resulta totalmente inusual —pese a que debía ser la regla de no haberse infringido la libre competencia económica— en las otras operaciones en las que **LHO** se habilitó exclusivamente con las empresas investigadas participantes del esquema de distribución acordado y ejecutado, por lo menos desde 2011 hasta marzo de 2018.

²⁹⁹ Folio No. 6968 del cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1. Operación No. 25795656 correspondiente al pan de leche y operación No. 25795657 correspondiente al pan de fruta. Ambas operaciones derivadas de los boletines informativos No. 230 y 259 de 2016.

³⁰⁰ Folio No. 6968 del cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1.

La Delegatura destaca lo sucedido con el pan de leche en los boletines informativos Nos. 230 y 250 y 1072 y 1113 de 2016. En los dos primeros boletines, **LHO** compitió con **COMA S.A.S.** por la adjudicación del producto referido y pudo ofrecer un precio final de \$898, con el cual se cerró la operación con un porcentaje de ahorro equivalente al 10.2% respecto de la postura inicial de compra. Sin embargo, en los boletines siguientes, esto es, los identificados con los números 1072 y 1113 de diciembre de 2016, por el pan de leche se habilitaron únicamente los participantes del acuerdo —**PROLAC** y **LHO**—. Debido a ello, el precio al que fue adjudicado este producto a **LHO** fue de \$950, es decir, un precio 5,47% mayor al precio con que había sido adjudicado en un escenario de competencia.

Así, lo puesto de presente demuestra que **LHO**, en condiciones de competencia, tuvo incentivos, derivados de las presiones propias de un mercado en competencia, para ofrecer un precio competitivo que además le reportó ahorros a la entidad contratante.

No obstante lo anterior, dado el esquema de distribución de productos a adjudicar en el que ha participado, en los escenarios en los cuales **LHO** tenía certeza de que ganaría, no tuvo incentivo alguno para presentar posturas coherentes con un escenario de competencia.

(iii) La tercera particularidad se relaciona con la dinámica presentada en la operación por el pan de fruta de los boletines informativos Nos. 230 y 259 de 2016. Como se evidencia en el informe presentado por la **BMC**, para este producto se encontraban habilitadas **PROLAC**, **LHO** y **COMA S.A.S.** Sin embargo, pese a que hubo una intensa puja en esa operación, **PROLAC** permaneció inactiva frente a tal subasta. Lo anterior demuestra, en consecuencia, el ánimo de **PROLAC** de permanecer fiel a lo pactado en el esquema de distribución, aun si un tercero ajeno al acuerdo propiciaba la competencia por el precio.

En definitiva, el material probatorio expuesto hasta este punto demuestra la conducta continuada desplegada por los investigados en el marco de la adquisición de comidas listas y panadería larga vida por parte de la **ALFM** en el **MCP** de la **BMC**, durante el período comprendido entre el año 2011 y el mes de marzo de 2018.

A continuación se presentarán las declaraciones de algunos investigados quienes, coherentes con sus descargos, reconocieron el esquema de distribución de productos durante todo el período de investigación.

4.3.3. La coordinación imputada a los investigados en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, desde por lo menos 2011 hasta marzo de 2018, fue corroborada en la etapa probatoria, incluso con la propia declaración de los investigados y sus escritos de descargos

Tal y como se anunció en el numeral 2.3., **LHO**, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), **IBEASER**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) reconocieron la conducta coordinada y continuada que adoptaron **CATALINSA**, **PROLAC**, **LHO**, **IBEASER**, **BAALBEK** —liquidada judicialmente— y **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, al punto que concentraron su tesis de defensa en justificar las relaciones de coordinación entre los competidores y el esquema de distribución que diseñaron y ejecutaron durante el período objeto de investigación.

Coherentes con la tesis expuesta en sus descargos, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) declararon que entre los cuatro proveedores de comidas listas y panadería larga vida existían relaciones de coordinación, tal como fueron descritas en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos.

En efecto, de las declaraciones rendidas por **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de

IBEASER), **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) en el marco de la etapa probatoria de esta actuación, la Delegatura corroboró la existencia del acuerdo imputado durante todo el período investigado y la dinámica de coordinación entre sus participantes.

Así, en la declaración que rindió en la etapa probatoria, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) reconoció que las empresas investigadas “*interactuaban*” y se “*comunicaban*” entre ellas para la demanda de la **ALFM** en los boletines informativos. Así mismo, como se manifestó en el numeral **4.2.3.2.1.1.** de este informe motivado, en algunos casos ese ejercicio de coordinación para la distribución de los productos por los cuales cada empresa presentaría postura se hacía una vez terminaban las reuniones citadas por la **ALFM**. Este aspecto ya fue referido. Esas reuniones previas en la **ALFM** fueron el escenario propicio para que los investigados coordinaran y diseñaran el esquema de distribución.

Así, durante el período investigado la dinámica de los investigados consistía en que los potenciales proveedores concertaban qué “*iba a producir*” cada una de las empresas investigadas. Al respecto, la referida investigada específicamente señaló lo siguiente:

Luz Adriana Almansa Latorre: “*pues éramos solamente cuatro proveedores y nos comunicábamos nosotros, interactuábamos para poder atender al requerimiento de la Agencia, y pues, en ocasiones, la Agencia Logística citaba a reuniones a todos los proveedores, no sólo de comidas y panadería sino de los otros implementos, de empaques, de estas bolsas. Nos citaba a todos los proveedores, y pues, ya viendo la urgencia que ellos manifestaban y todo, pues sí efectivamente nosotros hablábamos y decíamos ‘ay venga’, yo levantaba la mano y decía ‘yo puedo hacer el envuelto, el sudado de papa, esto me queda fácil, y lo puedo conseguir rápido’³⁰¹.*”

Pregunta: *Cuándo usted levantaba la mano, ¿eso era en la Agencia Logística?*

Luz Adriana Almansa Latorre: *No, entre nosotros. Ya una vez se terminaba la reunión, de proveedores³⁰².*”

Sobre el momento en que las empresas investigadas celebraban el acuerdo referido, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) señaló que dependía del instante en que conocían de la próxima compra que realizaría la **ALFM**, esto es, después de las reuniones con la entidad o de la publicación de los boletines informativos por parte de la **BMC**. Al respecto, señaló:

Pregunta: “*¿La decisión de en qué productos presentarse se tomaba era con posterioridad a las reuniones y no antes?*”

Luz Adriana Almansa Latorre: *Pues sí, había las reuniones era pues posterior a la reunión y si no había reunión en la Agencia una vez nosotros conocíamos los boletines, porque los conocíamos previamente, también nos comunicábamos y, pues, ya sabíamos que todo era de ¡ya para ya!, porque este sistema de contratación que se está llevando en bolsa que pues, muy respetable y todo, pero pues los tiempos no nos dan, entonces, ya nosotros sabíamos que nos iban a poner a correr, y nos comunicábamos igualmente para ver qué podía producir cada uno³⁰³.*”

En el mismo sentido sostuvo lo siguiente:

“(…) no era siempre previo a las reuniones en la Agencia Logística, porque no siempre habían las reuniones, era cuando desde que salía el boletín preliminar, ahí ya empezábamos a comunicarnos, y no, en ningún momento fue que de aquí yo me matriculo con esto y no hago nada más ¡no!, dependiendo³⁰⁴.”

Así, la declarante afirmó que, si bien las empresas investigadas “*siempre fueron competidores*”, lo cierto es que se comunicaban entre ellas y coordinaban su participación en el marco de los procesos de selección adelantados por la **ALFM** para la adquisición de comidas listas y

³⁰¹ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 00:52:37).

³⁰² Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 00:53:23).

³⁰³ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 00:53:44).

³⁰⁴ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 01:14:31).

panadería larga vida, mediante el **MCP** de la **BMC**, ya que eran “*los únicos*” que podían fabricar esos productos³⁰⁵.

Por su parte, **IBEASER**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) en ningún momento desconocieron la conducta imputada durante el período investigado. Por el contrario, en las declaraciones que rindieron en la etapa probatoria de esta actuación administrativa reconocieron las relaciones de “*cooperación y coordinación*”³⁰⁶ que existían entre las empresas investigadas con el fin de vender las comidas listas y panadería larga vida que requería la **ALFM**.

Sobre la manera como las empresas investigadas se comunicaban entre ellas con el fin de distribuirse la elaboración de los productos alimenticios referidos, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), en la declaración que rindió durante la etapa probatoria, indicó que entre aquellas empresas determinaban cuántos productos podía producir cada una³⁰⁷ con el fin de venderlos a la **ALFM**. En ese sentido, afirmó que “*(...) simplemente con las otras empresas se ponían de acuerdo y decían ‘mire, yo no más puedo sacar tanto número de unidades, tantos productos o no puedo sacar este producto porque no tengo la línea’ (...)*”³⁰⁸.

Así, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) no desconoció los cuadros de distribución contenidos en los correos electrónicos que la Delegatura expuso en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos. Por el contrario, destacó que esos cuadros de distribución de los productos por los cuales ofertarían tenían como propósito concertar su participación y la dinámica que adoptarían en las ruedas de negociación. En efecto, explicó:

“(...) Ahí hay unos correos electrónicos también, esos correos (...) es lo más transparente que hay, ahí nosotros no nos estamos inventando ni que alias, ni muñequitos, ni cuadrito, ni nombre, porque simplemente fue de cara al sol. Y lo que hacía cualquier empresa en su momento, tenía la información de lo que iba a salir en bolsa y hacía de pronto el ejercicio y decía ‘mire, ustedes pueden con estos productos o pueden producir estos o los otros’ y ya las empresas coordinaban y lo que hacían era producir lo que necesitaban (...)”³⁰⁹.

A su vez, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) afirmó que los cuadros de distribución que se encontraron en los correos electrónicos que se remitieron los investigados correspondían a la forma como planeaban su coordinación en los procesos de selección objeto de análisis, a fin de venderle a la **ALFM** los productos alimenticios que esta requería. Sobre este punto, señaló:

*“(...) cada una de las empresas empezaba a hacer esas simulaciones, a aterrizar las ideas en un papel, en un cuaderno, en un Excel, de qué podíamos hacer para que las cuatro, y únicas empresas, pudiéramos nosotros suplir esa necesidad de cantidades y tiempo que requería la Agencia Logística. Pues era a través de esos cuadros, que venían de la intención de cualquiera de las cuatro empresas. Esos cuadros son simplemente aterrizar, formalizar la idea que cada uno teníamos por nuestra parte de mirar **cómo podíamos nosotros, bajo la cooperación y coordinación poder atender esa necesidad que tanto la Agencia Logística nos manifestaba. Cooperación ¿por qué? perdón, ¿coordinación por qué? porque teníamos que coordinar bajo una simulación cómo era que agotando los reducidos tiempos que nos daba la Agencia Logística para la entrega podíamos ya cada uno al interior de su empresa mirar qué carajo hacía para poder cumplir una parte (...)**”*³¹⁰.

³⁰⁵ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 00:55:41).

³⁰⁶ Cfr. Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 44:12).

³⁰⁷ Cfr. Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 34:45).

³⁰⁸ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 44:18).

³⁰⁹ Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 35:11).

³¹⁰ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Minuto 38:33).

En lo relacionado con la cooperación y coordinación entre las empresas investigadas, el declarante precisó que *“aquí lo que se presentó fue un tema de cooperación entre las compañías que de manera coordinada lo que hacíamos era satisfacer esa alta necesidad de manera urgente y riesgosa que tenía la Agencia Logística de poder ensamblar”*³¹¹.

Por otra parte, **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), pese a los argumentos de defensa que presentó en su escrito de descargos —los cuales serán analizados más adelante—, de manera coincidente con lo relatado por **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) reconoció que, luego de asistir a las reuniones que convocaba la **ALFM**, se reunía con los demás investigados con el fin de manifestar cuáles productos alimenticios podía producir **PROLAC**, con el pretexto de poder *“suplirle”* las necesidades a la **ALFM**. El declarante sostuvo:

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: *“Sí, hacíamos reuniones [se refiere a las empresas investigadas], pero era para ver cómo podíamos nosotros suplirle la necesidad a la Agencia Logística”*³¹².

Pregunta: *Y eso, ¿cómo era? ¿En qué consistía?*

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: *Casi, por ejemplo, en el caso mío yo veía de acuerdo a la capacidad de producción, entonces uno miraba para ver cómo podíamos suplirle la necesidad a la Agencia Logística”*³¹³.

A su vez, respecto a su participación en las reuniones citadas, el investigado señaló que:

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: *“[E]so sucedió como alrededor de unas tres veces, por ahí más o menos. Pero ya uno, por ejemplo (...) así como vi en el correo los productos que yo podía poderle suplirle la necesidad y así cada uno no sé cómo harían los demás, pero yo planteaba mis productos que, de acuerdo a la capacidad de producción”*³¹⁴.

Pregunta: *¿Y cuando usted planteaba esos productos de acuerdo a la capacidad de producción, ellos qué le decían, los demás que estaban ahí?*

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: *No, no, no me objetaban nada”*³¹⁵.

Pregunta: *Pero, ¿ellos decían algo o simplemente usted decía eso y ellos guardaban silencio?*

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: *Sí, correcto, estos son mis, los productos que yo tengo, que puedo participar y poderle cumplir a la Agencia Logística”*³¹⁶.

Por último, frente a la posibilidad de que con posterioridad a la elección de los productos asignados a **PROLAC** se presentara algún cambio el investigado indicó que *“si alguien se atravesaba en algún producto, alguna cosa, eso enseguida hacía o me reemplazaba ese producto por otro, porque en el mandato iban todas esas normas de los productos en que íbamos a participar”*³¹⁷.

De lo anterior se desprende que **PROLAC**, y en general todos los participantes del acuerdo, compartían información con sus competidores relativa a los productos por los cuales iban a presentar oferta, con el propósito de concertar con ellos el esquema de distribución de estos, que luego serían adjudicados en las operaciones realizadas en las ruedas de negociación en la **BMC**. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que, según lo declaró **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), los participantes del acuerdo diseñaron y ejecutaron ese esquema con el propósito de resultar adjudicatarios sin tener que competir o *“atravesarse”* entre ellos.

³¹¹ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Minuto 1:05:18).

³¹² Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 37:16).

³¹³ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 37:31).

³¹⁴ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 37:59).

³¹⁵ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 38:27).

³¹⁶ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 38:36).

³¹⁷ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 39:08).

Por otra parte, la Delegatura destaca que en la etapa probatoria se tuvo por acreditado otro aspecto importante respecto de la dinámica que adquirió el acuerdo en las etapas de manifestación de interés y habilitación, el cual es coherente con el esquema de distribución de adjudicación de productos que diseñaron las empresas investigadas. Este se refiere a que, en concepto de la Delegatura, no resultaba coherente ni razonable con un esquema de competencia que los competidores agotaran todas las gestiones administrativas que conlleva la manifestación de interés por parte de la **SCB** de la punta vendedora y la consecuente habilitación para la rueda de negociación, si luego en el escenario de las operaciones esos potenciales vendedores, a través de su operador, no presentaban posturas con el propósito de lograr la adjudicación, como ha quedado acreditado en este informe motivado.

En ese sentido, durante la etapa probatoria de esta actuación administrativa se acreditó que tal circunstancia tenía lugar porque los participantes del acuerdo querían aparentar que existía pluralidad de oferentes interesados en ofertar por cada producto y así generar expectativa respecto de que la operación iba a ser adjudicada precedida por puja entre los habilitados, con el propósito final de evitar que se tuviera que dar aplicación a las reglas previstas por el artículo 3.1.2.5.6.5. de la circular única de la **BMC**, en los supuestos en que se presenta un único oferente.

Así lo declaró **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) al señalar que, en atención a la exigencia de pluralidad de “mercado” de la **BMC**, las empresas investigadas, a través de sus **SCB**, manifestaban interés y, en consecuencia, se habilitaban de manera coincidente por todos o varios productos. A continuación, su declaración:

“Sucedía algunas veces, doctora, que, y eso se daba uno cuenta en la subasta, que solamente había una propuesta de una empresa, para un producto. Un ejemplo, salen a comprar 20 productos y en la etapa de la evaluación de las propuestas cuando salía el informe estaba habilitada una empresa para un producto de esos 20. Les pongo un ejemplo: el tamal-el envuelto que acaban de ver. Entonces, ¿qué pasaba al interior de la Bolsa Mercantil con esa situación? El día de la puja como solo una de las 4 empresas estaba habilitada para ese producto, para esa referencia ¿sí?, para esa única compra de producto, había una situación que se presentaba en la Bolsa y era una situación que no, digamos que no se presentaba una pluralidad que exige el mercado de la Bolsa. No podía haber una subasta conmigo mismo, ¿sí? Esa subasta que busca la, la Bolsa, en el ambiente de Bolsa pues no se presentaba. Entonces, cuando comenzaba a suceder eso, cuando la Agencia Logística se percató de que pasaba eso y la con, la observación de la Bolsa Mercantil, pues tenían dos soluciones a tomar: una era extender la rueda si era que había otro oferente habilitado, que no lo había, y extender la rueda ese mismo día otra rueda extraordinaria o dos, extenderla el día siguiente para tomar la decisión que lo podían hacer y lo hicieron todo el tiempo, de, por parte de la, de la Agencia Logística le daba la, el aval al comisionista comprador para que lo comprara aquí”³¹⁸.

Lo anterior revela, en consecuencia, que la manifestación de interés por parte de las empresas investigadas, a través de sus **SCB**, así como su consecuente habilitación, era apenas aparente, porque, como se encontró acreditado, los demás habilitados participantes en el esquema de distribución no tenían intención y mucho menos el interés de pujar por los productos, ni dar el “conforme”, salvo que fuera el producto asignado en el acuerdo. Esta estrategia, entonces, tenía como propósito que no se diera aplicación a la norma prevista por el reglamento interno de la **BMC** y, con ello, se afectó la libre formación de los precios en el mercado, habida cuenta que las presiones competitivas propias de la puja que se esperaba se produjeran, por estar varios habilitados por operación, fueron suprimidas en virtud del acuerdo celebrado por los investigados.

Por último, la Delegatura destaca que era tal la certeza que tenían los participantes del acuerdo respecto del cumplimiento de la repartición de productos pactada entre ellos y, en consecuencia, de que serían adjudicatarios de los productos que les habían sido asignados, que incluso, en algunas oportunidades, iniciaron la adquisición de la materia prima para la producción de las comidas listas y la panadería larga vida antes de la rueda de negociación en la que se celebrarían tales operaciones.

³¹⁸ Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Segunda parte. Minuto 41:17 y ss).

Lo anterior cobra mayor relevancia si, como terminó funcionando este mercado, estos productos solían prepararse contra demanda. La anterior afirmación tiene como sustento la declaración de **ORFA YAZMÍN SUÁREZ CASALLAS** (directora administrativa de LHO), quien con el propósito de explicar las medidas implementadas por LHO para cumplir con la elaboración y entrega de los productos en los términos requeridos por los boletines informativos, relató que en algunas oportunidades iniciaron el proceso de producción incluso antes de “cerrar operación”, esto es, antes de la adjudicación del producto.

A continuación, el aparte pertinente de su declaración:

“Pregunta: Pero entonces de manera general, ¿qué estrategias implementa La Huerta de Oriente para poder entregar en los tiempos que le pide la Agencia? Yo le pido que las identifique³¹⁹.”

Orfa Yazmín Suárez Casallas: Pues digamos, doctora, que hubo eventos específicos, que yo recuerde en algún momento, donde teníamos que comprar o se nos solicitó comprar materias primas, incluso antes de cerrar operación hubo algunos eventos que se presentaron cuando eran las fechas así críticas³²⁰”

Pregunta: Antes de cerrar operaciones, ¿es qué? De la llamada adjudicación³²¹”

Orfa Yazmín Suárez Casallas: Recuerdo un evento en compras, se generó alguna vez una, no me acuerdo bien porque es que han sido muchos años, pero se generaron algunos eventos³²².”

En definitiva, los elementos probatorios hasta este punto revelan que **CATALINSA, PROLAC, LHO, IBEASER, BAALBEK** —liquidada judicialmente— y **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— participaron en un acuerdo destinado a distribuirse la adjudicación de los productos de comidas listas y panadería larga vida que integran las raciones de campaña, durante por lo menos el período comprendido entre los años 2011 y marzo de 2018. Ese comportamiento continuado y coordinado suprimió las presiones competitivas propias de las pujas que debían presentarse entre los proveedores habilitados por cada producto, lo que conllevó a que, libres de toda presión competitiva, resultaran adjudicatarios sin ofrecer ahorros en el precio a la **ALFM**.

4.3.4. El acuerdo investigado se extendió al suministro de los productos adjudicados

Además de los elementos mencionados en numerales anteriores, que corroboran la existencia de un acuerdo con objeto anticompetitivo en el período comprendido entre los años 2011 a marzo de 2018, en los procesos de selección para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida se observan dos aspectos adicionales que también se relacionan con el comportamiento coordinado objeto de investigación y que son coherentes con el acuerdo que ha sido descrito. Estos son: (i) la intención de celebrar contratos de cuentas en participación con el propósito de ejecutar mancomunadamente el suministro de los productos alimenticios adjudicados y; (ii) el préstamo, entre algunos de los investigados, de las bolsas de empaque de la totalidad de productos alimenticios mencionados y capturadores de oxígeno utilizados específicamente para productos de panadería larga vida, con el fin de asegurar la participación de aquellos proveedores que no contaban con estos elementos.

Dichos aspectos se desarrollan a continuación.

4.3.4.1. La intención de celebrar contratos de cuentas en participación para ejecutar mancomunadamente el suministro de los productos alimenticios adjudicados

Tal como se mencionó en el numeral **2.3.3.** del presente informe motivado, la Delegatura pudo determinar que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**)

³¹⁹ Folio 6344 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ORFA YAZMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 01:08:57).

³²⁰ Folio 6344 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ORFA YAZMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 01:09:06).

³²¹ Folio 6344 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ORFA YAZMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 01:09:28).

³²² Folio 6344 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ORFA YAZMÍN SUÁREZ CASALLAS**. Minuto 01:09:34).

conservaba en su equipo de cómputo un borrador de contrato de cuentas en participación a celebrar entre dos de las empresas investigadas, esto es, **CATALINSA** y **LHO**, cuyo formato le fue suministrado por parte de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**)³²³. El propósito de este contrato sería el de crear una relación contractual que les permitiera asumir de manera mancomunada la ejecución del suministro de los productos de comidas listas y panadería larga vida que le fueran adjudicados a **CATALINSA** en el marco de las ruedas de negociación en la **BMC**. En ese sentido, según el proyecto de contrato, las utilidades derivadas de tales adjudicaciones serían repartidas en partes iguales entre **CATALINSA** y **LHO**.

Al respecto, se reitera que, en efecto, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) aceptó la existencia de dicho documento, tras dar a conocer que el propósito de ese contrato era “(...) *suministrarse elementos para el ensamble de raciones, básicamente de comidas listas, que es lo que nosotros, CATALINSA, realiza (...)*”³²⁴. Pero, a su vez, afirmó que “(...) *no conozco de primera mano cuál era... las condiciones pues de la negociación que se estaban llevando a cabo, más allá de lo que plasmé tal cual en el contrato, porque lo que sí conozco fueron las indicaciones que a mí me dieron*”³²⁵.

Por otra parte, y a pesar del reconocimiento respecto de la existencia del referido documento, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) afirmó que este contrato de cuentas en participación “(...) *nunca se firmó y nunca se perfeccionó (...)*”³²⁶.

En relación con lo anterior, es importante aclarar que la existencia de dicho proyecto de contrato, independientemente de su perfeccionamiento, denota la intención de originar una relación contractual, en este caso, entre **CATALINSA** —en calidad de “*partícipe gestor*”— y **LHO** —en calidad de “*partícipe inactivo*”—. De este modo, en un contexto como el que se ha descrito, aunado a la forma en que debía operar la competencia en el marco de la **BMC**, las negociaciones encaminadas a suscribir un contrato con las características indicadas entre las empresas en mención, dejan en evidencia una vez más que estas empresas no han actuado como competidoras.

Con todo, el contenido del borrador de contrato de cuentas en participación y la intención de suscribirlo contribuyó a desdibujar todavía más el comportamiento que se esperaba de los competidores del mercado de comidas listas y panadería larga vida para el ensamblaje de raciones de campaña que requería la **ALFM**.

4.3.4.2. El préstamo, entre algunos de los investigados, de bolsas de empaque de la totalidad de productos alimenticios mencionados y capturadores de oxígeno utilizados específicamente para productos de panadería larga vida

Frente a este aspecto, **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) y **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) coincidieron en afirmar que entre **CATALINSA**, **PROLAC** y **LHO** existieron relaciones colaborativas para suministrarse entre sí las bolsas de empaque de los productos alimenticios requeridos por la **ALFM**, así como los capturadores de oxígeno utilizados específicamente para productos de panadería larga vida.

Sobre el particular, **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) reconoció que, en alguna ocasión, **PROLAC** le vendió a **CATALINSA** las bolsas de empaque de los productos mencionados.

³²³ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 43:33).

³²⁴ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 45:39).

³²⁵ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 46:10).

³²⁶ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 44:00).

Pregunta: ¿Prolac alguna vez ha realizado algún negocio con Catalinsa?

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: Negocios, este...una vez le vendí, pero sobres vacíos.

Pregunta: ¿Sobre de qué?

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: Sobres de-de-de productos alimenticios pero vacíos.

Pregunta: ¿Se refiere a las bolsas especiales?... ¿Cuándo fue eso, recuerda?

Alfredo Rafael Roa Sarmiento: 4 años³²⁷.

Dado el carácter coordinado de su conducta y el esquema colaborativo que diseñaron entre los competidores, **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) indicó que **LHO** e **IBEASER** en algunas oportunidades se "apoyaban" y que, en consecuencia, aquellas empresas le prestaron a **CATALINSA** bolsas y capturadores de oxígeno cuando "había la necesidad". En relación con lo anterior, afirmó:

Pregunta: Dado que usted está en el desarrollo de productos entonces yo quisiera... le consta que La Huerta de Oriente ha prestado, y si ha prestado en qué calidad, empaques a CATALINSA.

Luis Hernando Villalobos Sabogal: Sí, claro, La Huerta nos ha prestado empaques³²⁸. (...)

Pregunta: ¿Cómo es el procedimiento de un préstamo de empaques?

Luis Hernando Villalobos Sabogal: A ver, unas veces se... mientras llega el empaque nuestro, de la empresa, y al llegar a nosotros lo devolvemos. De pronto habrá una oportunidad... no sé cómo lo están manejando, eh, seguramente se lo cancelan, pero yo lo que he visto es que llega el empaque y se devuelve lo que nos han prestado. Lo mismo sucede con los eh los capturadores de oxígeno que nos toca importar³²⁹.

Pregunta: Sírvase indicarle... indicarle al despacho...volviendo al tema de la relación, si por ejemplo en el caso de empresas como IBEASER o como La Huerta de Oriente, si a veces para cumplirle...para cumplir con los pedidos era necesario que ustedes se intercambiaran productos, bolsas, empaques, cualquiera de estos³³⁰ (...).

Luis Hernando Villalobos Sabogal: Sí, nosotros... habían unos elementos que eran los capturadores de oxígeno y las bolsas que nos apoyábamos cuando había la necesidad³³¹.

Por su parte, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) manifestó que **LHO** le vendía o le prestaba a **CATALINSA** las bolsas de empaque y los capturadores de oxígeno, ya fuera mediante un contrato o de manera informal, a fin de atender cualquier imprevisto que se le pudiera presentar a **CATALINSA** al momento de entregar los productos en mención a la **ALFM**. Al respecto, aseguró:

Pregunta: "Diana ¿sabes tú si alguna vez CATALINSA celebró un contrato con La Huerta de Oriente para venderle las bolsas especiales en las que son empacadas las comidas listas y panadería? ¿Tienes algún conocimiento sobre eso?³³²

³²⁷ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración de **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 34:48 a 35:15).

³²⁸ Folio 6261 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**. Minuto 35:55 a 36:09).

³²⁹ Folio 6261 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**. Minuto 36:19 a 36:21).

³³⁰ Folio 6261 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**. Minuto 54:59).

³³¹ Folio 6261 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**. Minuto 55:50).

³³² Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 40:58).

Diana Lucero Gualteros Jiménez: ... supe que a la Huerta o le compraban o se prestaban con las empresas pues bolsas cuando había esa necesidad, pero pues nunca participé en eso y pues tampoco formulé ningún tipo de contrato sobre eso³³³.

En el mismo sentido, indicó:

Pregunta: “Durante el período investigado usted sabe de algún otro negocio en conjunto que hayan realizado CATALINSA y La Huerta de Oriente?”

Diana Lucero Gualteros Jiménez: ... de manera informal cuando eh salían las coyunturas de las operaciones de Bolsa eh sé que eventualmente se prestaban o se vendían o negociaban con La Huerta bolsa de empaque... bolsa... pues la que tiene las varias capas para la entrega de productos a Agencia Logística, capturadores de oxígeno, pero eso nunca se llevó a cabo a través de un contrato que yo formalizara³³⁴.

En línea con lo anterior, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO) reconoció que las empresas investigadas se colaboraban entre sí en caso de presentarse alguna dificultad relacionada con la producción y entrega de las comidas listas y la panadería larga vida a la **ALFM**, tal como se observa a continuación:

Pregunta: “Cuéntenos, doña Adriana. Usted nos puede indicar, en el caso, por ejemplo, de otras empresas de las empresas productoras, si en alguna ocasión había necesidad de que se, de que tuvieran que hacer venta de bolsas por las dificultades que usted nos cuenta que tenían, que tenían para adquirir dicho elemento.”

Luz Adriana Almansa Latorre: Mm... Sí, sí, señor. En algunas ocasiones, o yo no tenía la totalidad de las bolsas o...o ellos no tenían eh...bolsas de comida y de panadería, y...nos pedíamos colaboración para...que uno le suministrara al otro³³⁵.

Así, los comportamientos descritos en los numerales **4.3.4.1.** y **4.3.4.2.** demuestran que entre las empresas investigadas, que en apariencia ostentaban la calidad de competidores, en concordancia y en el contexto del esquema de repartición de productos que diseñaron e implementaron durante en el período comprendido entre 2011 hasta marzo de 2018, existían relaciones de mutua colaboración con el fin de atender las exigencias y condiciones de entrega de las comidas listas y panadería de larga duración que imponía la **ALFM**. De manera que tales relaciones tenían como propósito facilitarles a las empresas investigadas el cumplimiento de las obligaciones que asumían frente a la **ALFM** para la entrega de tales productos y, con ello, suprimir, una vez más, cualquier tipo de presión a la que pudiesen enfrentarse los investigados, ya fuera durante el desarrollo del proceso de selección correspondiente o en la ejecución de las obligaciones derivadas del mismo.

En conclusión, los elementos de prueba presentados en este acápite demuestran que desde el año 2011 hasta el año 2018, de manera ininterrumpida y bajo una misma dinámica, **CATALINSA**, **PROLAC**, **LHO**, **IBEASER**, **BAALBEK** —liquidada judicialmente— y **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente— (las últimas dos hasta el momento de su liquidación), como potenciales proveedores de comidas listas y panadería larga vida para la **ALFM** por medio del **MCP** de la **BMC**, celebraron y ejecutaron un acuerdo encaminado a distribuirse la adjudicación de los referidos productos, lo que conllevó a que resultaran adjudicatarios sin estar sometidos a las presiones competitivas propias de las subasta en ese escenario de negociación.

Con ese propósito, como quedó demostrado en este capítulo, los agentes del mercado en cuestión, inclusive antes de la publicación de los boletines informativos, procedieron a repartirse entre ellos los productos de comidas listas y panadería larga vida materia de negociación. Acordados estos aspectos, los agentes del mercado dieron instrucciones a los operadores que

³³³ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 41:45).

³³⁴ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. 1:04:52).

³³⁵ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 02:53:23 a 02:53:48).

los representarían en cada operación, con el propósito de que materializaran el acuerdo en cada una de las operaciones realizadas en las ruedas de negociación en que tuvo lugar. Tal esquema, necesariamente, tuvo como consecuencia que no existieran pujas en las ruedas de negociación, razón por la cual no hubo ahorros en el precio a favor de la **ALFM**.

Además, se corroboró que, precisamente amparados por el esquema de repartición, entre los investigados existían relaciones de mutua colaboración durante la ejecución del suministro de los productos que les fueron adjudicados, con el fin de atender las exigencias y condiciones de entrega de las comidas listas y panadería de larga duración que imponía la **ALFM**, aspectos opuestos a las relaciones que deben mediar entre quienes tienen la calidad de competidores.

4.3.5. Las defensas de CATALINSA, PROLAC y ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO (representante legal suplente de PROLAC) sobre la existencia de la conducta coordinada durante el período comprendido entre el año 2011 hasta marzo de 2018

Como se acreditó incluso con las declaraciones y descargos de algunos investigados, por lo menos desde el año 2011 y hasta marzo del año 2018, los agentes del mercado investigados diseñaron e implementaron un acuerdo o esquema de repartición de comidas listas y panadería larga vida que eran requeridos a través del **MCP** por la **ALFM**.

No obstante lo anterior, **CATALINSA, PROLAC y ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) desconocieron la existencia del acuerdo imputado.

Por un lado, **CATALINSA** expuso que la presentación de sus ofertas en las ruedas de negociación obedeció a una decisión independiente fundada en la capacidad de producción de la empresa. Explicó que la razón por la cual se habilitó para participar en diversas operaciones por varios productos, pero luego se abstuvo de proponer pujas, consistió en que se presentó porque para ese momento la empresa podría no tener una capacidad real de producción. En este sentido indicó que, si no tenían este “*esquema de repartición*”, ninguno de los competidores, de manera independiente, hubiera podido “*satisfacer la totalidad de la demanda*”.

Para la Delegatura el argumento de defensa es contrario a lo que quedó demostrado en la etapa probatoria de esta actuación administrativa. Como se expuso con suficiencia, **CATALINSA, PROLAC, LHO, IBEASER, BAALBEK** —liquidada judicialmente— y **MAUROS FOOD** —liquidada judicialmente—, estas últimas hasta el momento de su liquidación, implementaron y ejecutaron de manera interrumpida un “*esquema de repartición*”, que conllevó a que las empresas resultaran adjudicatarias sin las presiones propias de la subasta, razón suficiente para afirmar que sus decisiones respecto a qué productos presentarse y por cuáles ofertar en la operación no obedecieron a una decisión independiente. Por el contrario, el comportamiento adoptado por **CATALINSA** y los demás participantes del acuerdo, fue coherente con el esquema colaborativo diseñado e implementado por ellos.

Ahora bien, aun si se aceptara que su decisión de ofertar tenía en cuenta su capacidad de producción, ello no lograría desvirtuar las relaciones de coordinación entre los competidores antes, durante y después de la celebración de las ruedas de negociación. Tal circunstancia indicaría, a lo sumo, que para determinar el esquema de repartición de los productos de cada boletín informativo, los participantes del acuerdo tenían en consideración ese aspecto puntual para decidir los productos que le correspondería a cada uno de ellos en la adjudicación de las operaciones.

Por último, en lo que atañe a la explicación respecto de la habilitación para participar por productos por los cuales durante la operación respectiva no pujó, se advierte que también es una explicación contraria a lo demostrado en la etapa probatoria de este acto administrativo. Como se acreditó, por un lado, el propósito de habilitarse por todos los productos obedecía a la necesidad de aparentar pluralidad de oferentes con la finalidad de evitar los efectos previstos en el reglamento interno de la **BMC** cuando solo había un oferente por operación. Por el otro, el propósito era prever la posibilidad de algún cambio de asignación de productos en el “*esquema de repartición*” diseñado entre los investigados, tal como lo indicó **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**). De esta forma se mejoraba la capacidad de respuesta de los investigados en el evento en que así se requiriera.

De otra parte, el argumento referido a que el esquema de repartición era el único que permitía que se satisficiera la demanda porque cada competidor individualmente no lo habría logrado, además de no haber sido demostrado, es a todas luces contrario a lo que se espera de un mercado en competencia. En efecto, en un mercado competitivo la preocupación de un competidor por la suerte de sus demás competidores es completamente ajena a la búsqueda individual de cada competidor de maximizar sus propios beneficios.

Por su parte, **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), afirmaron que no participaron en las conductas anticompetitivas descritas en la resolución de apertura, toda vez que **PROLAC** decidía de manera independiente cómo participar en las ruedas de negociación, los productos y el precio a ofertar.

A fin de sustentar la anterior afirmación, presentaron las siguientes razones:

(i) las decisiones de **PROLAC** se fundaban “*en su capacidad máxima instalada*”, la cual era limitada frente a las exigencias de producción de las comidas listas y panadería larga vida requeridas por la **ALFM**;

(ii) la circunstancia consistente en que **PROLAC** se habilitaba por productos para los cuales no presentaba postura en la rueda de negociación tenía como fundamento prever la posibilidad de que requiriera más opciones para ofertar. Esto, en el supuesto en que perdiera la adjudicación de los productos que preferentemente quería vender por cuenta de otro competidor con mejor oferta;

(iii) una revisión de los márgenes de utilidad, los ingresos percibidos, los productos ofertados y las otras características de la conducta de **PROLAC** en las operaciones a las que correspondían los correos presentados en la apertura de investigación, frente a las operaciones de las que no obra prueba alguna de coordinación, evidenciaría que el comportamiento de la investigada fue exactamente igual en ambos escenarios, lo que revelaría ausencia de la conducta objeto de investigación; y

(iv) el simple hecho de que **PROLAC** aparezca mencionado en los correos electrónicos que obran en el expediente no prueba la comisión de la conducta imputada, por cuanto la Delegatura ignoró que, en atención a la naturaleza del mercado, es posible que un competidor pueda “*predecir*” el comportamiento de otro, lo cual no puede considerarse una prueba de colusión en el mercado.

En ese sentido, la defensa argumentó que **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) sólo aparece en uno de los correos que se presentan en la resolución de apertura, razón por la que no puede sostenerse que la conducta imputada haya sido continuada. Sobre este aspecto agregó que si el supuesto acuerdo que la Delegatura imputó consistió en que en cada ocasión se pactaron los productos que le correspondía a cada actor, “*sería indispensable que hubiera tantos correos como acuerdos*”³³⁶ lo cual, a pesar de las rigurosas revisiones por parte de la Superintendencia, no ocurrió.

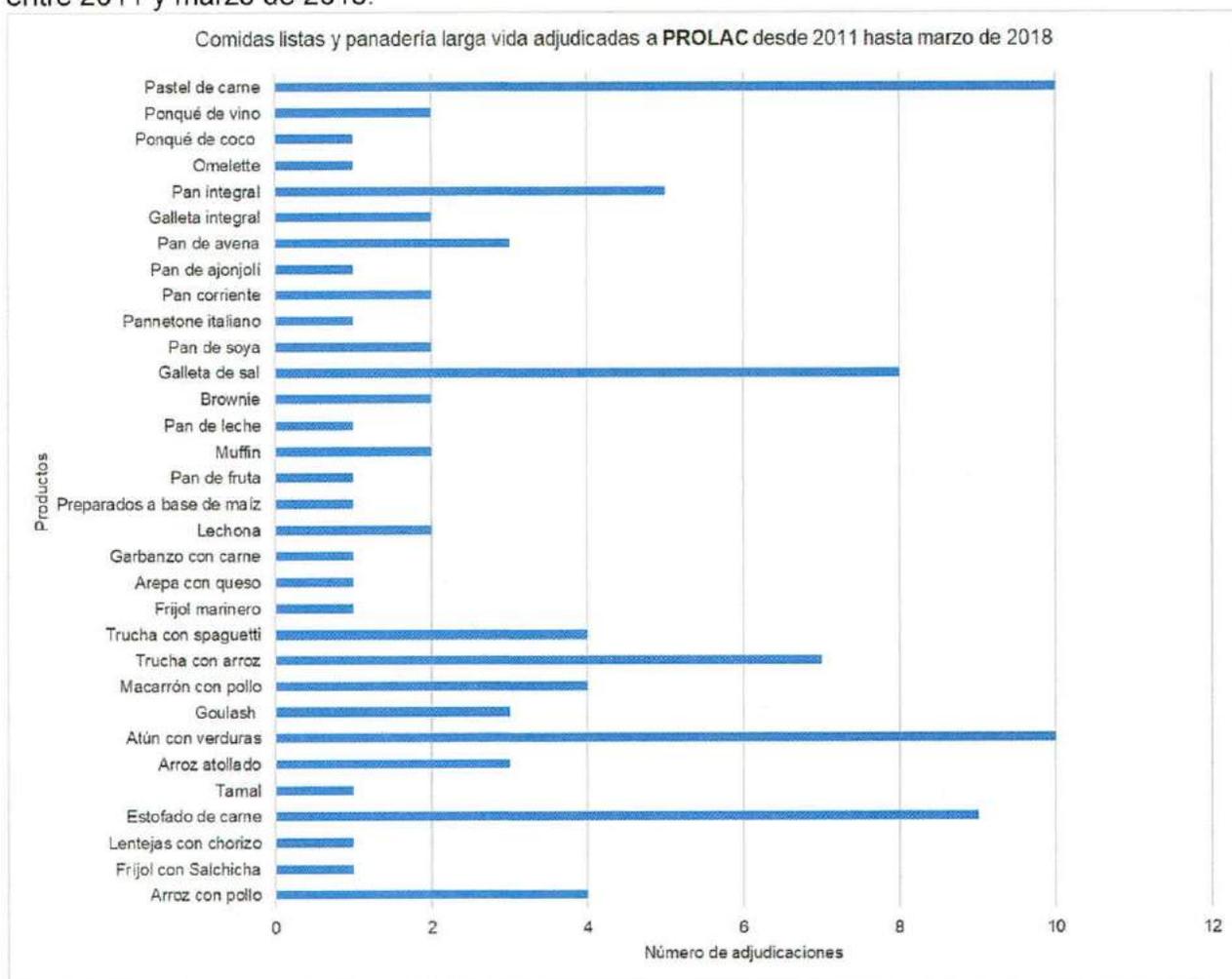
La Delegatura referirá a las razones por las cuales los argumentos de defensa formulados por **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) no desvirtúan la existencia del acuerdo imputado.

Respecto al punto (i), relacionado con la especialización de **PROLAC** en la producción de determinadas comidas listas y panadería larga vida por cuenta de las supuestas limitaciones en su capacidad de producción, es pertinente tener en cuenta que, contrario a la explicación presentada por esta compañía, durante el período investigado **PROLAC** produjo otros productos en al menos una ocasión. En ese sentido, es claro que esta empresa sí contaba con la capacidad técnica para producir una amplia variedad de productos, además de los 8 productos específicos que mencionó en su escrito de defensa, esto es, atún con verdura, trucha con arroz,

³³⁶ Folio 4175 del cuaderno público No. 22.

trucha con espagueti, macarrones con pollo y estofado de carne, pastel de carne, galleta salada y brownie.

Lo anterior se comprueba en la siguiente gráfica, en la cual se muestra el número de veces en las que 24 productos alimenticios, entre comidas listas y panadería larga vida, distintos a los 8 anteriormente mencionados, han sido adjudicados a **PROLAC** según los resultados de las ruedas de negociación³³⁷, de conformidad con los boletines informativos publicados por la **BMC** entre 2011 y marzo de 2018.



Fuente: Resolución No. 34188 de 2018 y folio No. 6968, cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1. Elaborado por la **SIC**, a partir de la información brindada por la **BMC**, como respuesta al requerimiento formulado mediante Resolución No. 6769 de 2019.

De la gráfica expuesta se desprende, por un lado, que si bien **PROLAC** produjo un número mayor de veces algunas comidas listas como la trucha con arroz, el atún con verduras y el estofado de carne, lo cierto es que también, en un número significativo de veces, produjo otros productos como el arroz con pollo, que no fue incluido dentro de su supuesta especialización. Esas otras comidas listas le fueron adjudicadas entre 1 y 3 veces.

Por otro lado, respecto a los productos de panadería larga vida se evidencia que, **PROLAC** efectivamente, produjo el pastel de carne y la galleta salada en un importante número de veces. Sin embargo, el brownie que menciona como uno de los productos en los que se especializó, le fue adjudicado en sólo 2 ocasiones, es decir, en el mismo número de veces que produjo muffin, pan de soya, pan corriente, galleta integral y pan de vino, sin que haya destacado su especialidad frente a estos productos.

³³⁷Boletines Nos. 019 y 035 de 2011, 253 de 2011, 732 de 2011, 889 de 2011, 1110 de 2012, 868 y 909 de 2013, 276 y 304 de 2013, 35, 37 y 46 de 2014, 1076 y 1155 de 2014, 497 y 519 de 2015, 230 y 259 de 2016, 297 y 328 de 2016, 923 y 977 de 2016, 1072 y 1113 de 2016, 030 y 057 de 2017, 594 y 601 de 2017, 635 y 658 de 2017 y 120 y 143 de 2018.

En esa medida, pese a que **PROLAC** le vendió a la **ALFM** un número mayor de veces algunos de los 8 productos frente a los cuales sostuvo que se especializó, lo cierto es que de manera regular también le vendió a la entidad otros productos alimenticios. Así pues, dicha empresa estaba en la capacidad técnica de producir una amplia variedad de productos y, por tanto, de ofertarlos en las ruedas de negociación, como efectivamente lo hizo.

Así mismo, tal como se manifestó respecto del argumento de **CATALINSA**, la afirmación relativa a que sus decisiones las tomaba de conformidad con su capacidad instalada no logra desvirtuar la coordinación existente entre las empresas investigadas. En este punto la Delegatura resalta que no luce coherente con un escenario de competencia el que los competidores compartan información respecto de los criterios que utilizan para tomar sus decisiones.

Pasa ahora la Delegatura a analizar el argumento de defensa referido en el punto (ii), que consistía en que **PROLAC** se habilitaba por productos para los cuales no presentaría postura simplemente para tener sus opciones abiertas en caso de que, en aquellos productos que realmente quería ganar, no presentara la mejor oferta. Ese argumento parte de una premisa equivocada, en la medida en que **PROLAC** no estaba sometida a ningún tipo de incertidumbre respecto de los productos que preferentemente quería venderle a la **ALFM**. Como se explicó en el numeral **4.3.** del presente informe, los investigados implementaron un esquema de coordinación encaminado a distribuirse la producción y venta de las comidas listas y panadería larga vida requeridas por la entidad contratante y, en esa medida, aseguraron la adjudicación de tales productos en el desarrollo de las ruedas de negociación correspondientes.

En efecto, fue el mismo investigado **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) quien indicó que luego de las reuniones que convocaba la **ALFM**, él le informaba a los demás investigados cuáles eran los productos alimenticios que **PROLAC** produciría y posteriormente le vendería a **ALFM** en las ruedas de negociación respectivas, al punto de reconocer que en caso de que a otro investigado se le asignara algún producto que, en principio **PROLAC** produciría, de inmediato se le reemplazaba con otro.

De este modo, al momento de habilitarse para participar en varias operaciones, **PROLAC** ya tenía la certeza de cuáles productos le serían adjudicados, desde luego, en cumplimiento del acuerdo previamente celebrado entre las investigadas. A lo anterior debe sumarse lo ya expuesto respecto de que la habilitación por todos los productos pretendía simular pluralidad de oferentes para evitar la aplicación del artículo 3.1.2.5.6.5. del reglamento interno de la **BMC**.

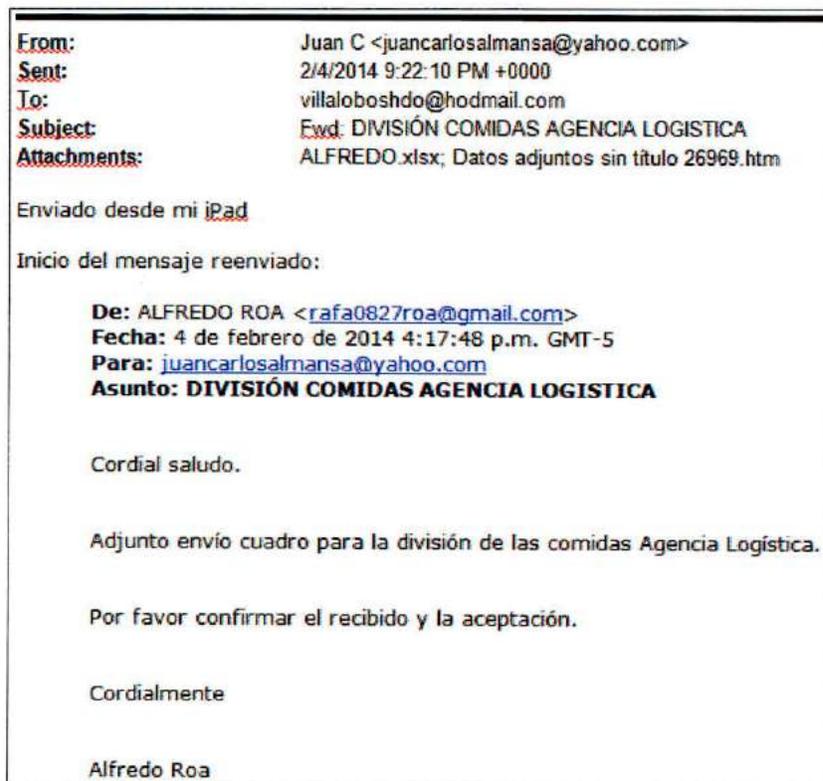
Así, la justificación presentada por **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) respecto de la habilitación de esta empresa para participar en varias operaciones sin presentar ninguna postura de venta, además de carecer de todo sustento, está completamente desvirtuada por el material probatorio recadado. Ello, toda vez que dicha circunstancia no es más que una de las estrategias implementadas por los investigados con el fin de materializar su esquema de coordinación, en la medida que, para llevar a cabo el mismo, necesitaban que las operaciones se realizaran sin ningún contratiempo, esto es, que participaran las distintas empresas investigadas, a fin de simular la pluralidad de oferentes que exigen las operaciones que se realizan en el **MCP** de la **BMC**.

Así las cosas, es claro que la habilitación de los investigados para participar en las operaciones y, luego, no presentar postura de venta de alguna, no se trataba de una medida preventiva en caso de que se perdiera la adjudicación de los productos que preferentemente querían vender a la **ALFM**, tal como sostuvo **PROLAC**.

Sobre los puntos (iii) y (iv) la Delegatura encontró que el comportamiento invariable de **PROLAC** durante el período investigado y su participación expresa en al menos uno de los correos electrónicos que se relacionaron en la resolución de apertura de investigación, son elementos que confirman su participación en el esquema de coordinación referido de manera continuada. En esa medida, los argumentos expuestos por **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) sobre estos puntos carecen de sustento por las siguientes razones.

Como se demostró en el numeral 2.3. de este informe, **LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de LHO), **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) reconocieron la existencia del esquema de coordinación entre las empresas investigadas, así como su carácter continuado desde, por lo menos, el año 2011 hasta marzo de 2018. De esta forma, fueron los mismos investigados quienes reconocieron la existencia del esquema de coordinación de manera continuada e ininterrumpida, sin que aclararan o demostraran que dicho esquema de coordinación solamente ocurrió en algunos procesos de selección bajo análisis y en otros no.

Aunado a lo anterior, **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) no supo explicar en su declaración el origen del correo del 4 de febrero de 2014, mediante el cual **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) reenvió a **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) un correo que **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) le había remitido con el asunto "Fwd: DIVISIÓN COMIDAS AGENCIA LOGISTICA"³³⁸. A ese mensaje se adjuntó un archivo denominado "ALFREDO.xlsx".



Fuente: Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Fwd_DIVISIÓN COMIDAS AGENCIA LOGISTICA [5995413]).

Sin embargo, respecto del correo señalado, **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) reconoció que es el titular de la cuenta de correo electrónico rafa0827roa@gmail.com y que ese correo le interesó porque estaban relacionados los productos que **PROLAC** "iba a producir"³³⁹.

Lo anterior implica un reconocimiento evidente de su participación directa y activa en el esquema de coordinación referido, especialmente si se tiene en cuenta que **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) no explicó de ninguna manera por qué tenía en su poder no solo la información relacionada con los productos que elaboraría **PROLAC**, sino de todas las demás empresas investigadas que, en apariencia, eran sus directos oponentes en los procesos de selección objeto de análisis a quienes, además, reconoció como empresas proveedoras de productos alimenticios destinados al ensamble de raciones de campaña, con las

³³⁸ Folio 651 del cuaderno público No. 4 (Carpeta: 2017-048794-PAE-2. Subcarpeta: Archivos. Archivo: Fwd_DIVISIÓN COMIDAS AGENCIA LOGISTICA [5995413]).

³³⁹ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 33:29).

que se comunicaba y celebraba negocios relacionados con la entrega de dichos productos a la entidad contratante³⁴⁰.

De ahí que la Delegatura pueda afirmar respecto a los argumentos señalados por **PROLAC** en los puntos (iii) y (iv) lo siguiente:

En primer lugar, los correos electrónicos que contenían los cuadros de distribución de la producción de comidas listas y panadería larga vida que se relacionaron en la resolución de apertura, evidentemente no se tratan de una “predicción” que de manera aislada realizaba una empresa investigada, en la cual incluía a **PROLAC**. En efecto, tal y como lo reconocieron los investigados, incluido **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), se trataba de la forma como los investigados se distribuían entre sí los productos que le venderían a la **ALFM** en las ruedas de negociación correspondientes, como efectivamente ocurrió desde el año 2011 a marzo de 2018, pues después que cada uno de los investigados manifestaba qué productos podría elaborar para vendérselo a la entidad en la rueda correspondiente, realizaban los referidos cuadros de distribución que después se intercambiaban entre sí mediante constantes comunicaciones.

En esa medida, no es cierto que **PROLAC** haya participado exclusivamente en la distribución relacionada con los boletines informativos No. 35, 37 y 46 de 2014, publicados el 31 de enero, 3 y 5 de febrero del mismo año a que hacía referencia el correo electrónico. Tal y como se expuso en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos, y se corroboró en la etapa probatoria de esta actuación administrativa incluso mediante las declaraciones de los investigados, esta empresa participó en los demás esquemas de distribución de productos expuestos por la Delegatura, en las ruedas de negociación desarrolladas conforme a los boletines informativos allí analizados, así como en las que se adelantaron de acuerdo a los boletines informativos que no fueron relacionados en la resolución de apertura, cuya información obra en el expediente.

Ahora bien, no debe olvidarse que el reproche de la Delegatura no se refiere solo a lo que sucedió en las ruedas de negociación en las que se transaron los productos requeridos por la **ALFM**, en las cuales se materializó el acuerdo, como quedó acreditado. En este punto, es pertinente destacar enfáticamente que incluso sin que se hubiere dado cumplimiento o materializado el acuerdo anticompetitivo, consistente en repartirse el mercado de comidas listas y panadería larga vida para el ensamble de raciones de campaña que requería la **ALFM**, lo cierto es que tratándose de una conducta cuyo objeto es anticompetitivo, la suerte del acuerdo pasa a un segundo plano, a menos que los investigados logren demostrar que el acuerdo era pro competitivo y que los beneficios para el mercado fueron muy superiores, circunstancia esta de difícil ocurrencia y realmente excepcional en una economía de mercado.

En segundo lugar, la Delegatura indicó en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos que los correos allí expuestos demostraban la conducta coordinada que adoptaron los cartelistas con el propósito de distribuirse entre ellos las comidas listas y la panadería larga vida requeridos por la **ALFM**. De manera que la imputación formulada mediante dicha resolución abarcó, además del objeto propiamente anticompetitivo del acuerdo y del esquema de coordinación, todo el comportamiento desplegado por los investigados que se hubiera materializado en las diferentes operaciones realizadas conforme a los boletines informativos expedidos por la **BMC**.

Lo expuesto en el párrafo inmediatamente anterior refuerza el hecho de que la conducta imputada tenga el carácter de continuada y, en esa medida, se analice dicho comportamiento frente a los boletines informativos adicionales a los mencionados en ese acto administrativo, desde 2011 y hasta marzo de 2018, así como todas las demás pruebas que obran en el expediente. Con todo, durante la etapa probatoria la Delegatura acreditó que la materialización del acuerdo en las ruedas de negociación en las que se transaron los productos requeridos por la **ALFM** no fue el único hecho que mantuvo vigente el acuerdo. En tal sentido, como lo reconocieron varios investigados, de manera reiterada ocurrían reuniones e intercambio de información entre los investigados con el propósito de repartirse las comidas listas y panadería

³⁴⁰ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 35:10).

larga vida que proveerían a la **ALFM**, incluso antes de que se publicaran los boletines informativos en la **BMC**, tal y como quedó acreditado en los numerales numeral 4.2.3.2.1.1., 4.2.3.2.1.2. y 4.3.3., incluso con la declaración del representante legal de **PROLAC**.

Por todo lo anterior, el argumento formulado por **PROLAC** respecto a que el comportamiento imputado no puede considerarse continuado en razón a que la Superintendencia no encontró “*tantos correos como acuerdos*” que demostraran que durante los años 2011 al 2018 participó de manera ininterrumpida en el esquema de coordinación objeto de análisis, para la Delegatura resulta inadmisibles. Además, el estándar probatorio que exige **PROLAC** sería inútil porque la Delegatura en ningún momento imputó la existencia de varios acuerdos anticompetitivos como pretende hacerlo creer la defensa, pues se trató de un solo acuerdo, de un solo esquema de coordinación y cooperación, compuesto de diversos elementos, cuya prueba se soporta no solo en correos electrónicos, sino en otros elementos probatorios, uno de ellos consistente en lo que en la imputación se llamó como la *materialización del acuerdo* y que se refirió a que los productos requeridos por la **ALFM** e incluidos en el acuerdo se transaban en las ruedas de negociación de la **BMC** con impresionante grado de coincidencia y precisión con lo pactado. Así mismo, en este punto de la investigación el carácter continuado del acuerdo anticompetitivo se encuentra acreditado, incluso con las declaraciones y los descargos de dos de las empresas que participaron en este.

Como se ha comprobado, esta conducta materializada en pluralidad de acciones u omisiones, con unidad de intención y con identidad de elementos configurativos³⁴¹, se ha mantenido durante el período investigado y, por ende, no se puede desconocer su carácter de continuado, especialmente si se tiene en cuenta que los investigados, en particular **PROLAC**, “*en ningún momento demostraron la terminación de su acuerdo en un momento anterior al que fuera analizado y definido por esta autoridad*”³⁴². Por el contrario, han enfocado su tesis de defensa en reconocer la existencia de un acuerdo que, en su criterio, no tiene el carácter de anticompetitivo.

Así las cosas, las defensas de **PROLAC** y **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) no lograron desvirtuar la imputación formulada en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos.

Una vez expuestos los elementos probatorios que evidencian la existencia del esquema de distribución para la adjudicación de los productos de panadería larga vida y comidas listas requeridos por la **ALFM**, a través de su **SCB**, en el **MCP** de la **BMC**, de manera ininterrumpida desde por lo menos, el año 2011 hasta marzo de 2018, corresponde ahora presentar las razones por las cuales este esquema resultó idóneo para limitar la libre competencia económica y los propósitos perseguidos por el régimen de protección del derecho referido.

En consecuencia, se estudiarán los argumentos de defensa que sobre este punto propusieron los investigados y se evidenciarán las razones por las cuales no puede considerarse que la conducta adoptada por quienes participaron en ese esquema tuvo “*efectos benéficos*” en el mercado o fue “*pro competitiva*”. En definitiva, se presentarán los argumentos por los cuales la Delegatura estima que el comportamiento tiene un carácter restrictivo de la libre competencia económica y, en esa medida, merece reproche por parte de esta autoridad de competencia.

4.4. El carácter restrictivo del comportamiento analizado

³⁴¹ Sobre los elementos del carácter continuado de un acuerdo anticompetitivo descrito en el numeral 9 del artículo 47 de Decreto 2153 de 1992, se puede consultar la Resolución No. 58961 de 16 de agosto de 2018 dictada por la Superintendencia de Industria y Comercio, en la cual se cita jurisprudencia del Consejo de Estado. En efecto, en el acto administrativo referido la Superintendencia explicó: “(...) Ahora bien, en cuanto al carácter continuado de una conducta el Consejo de Estado ha señalado que esta supone ‘(...) pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configuran la conducta descrita en la ley como sancionable’; la definición que contiene los tres elementos que la constituyen. En ese sentido y sobre lo ya analizado se puede concluir que la colusión en procesos de selecciones descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 constituye una conducta de carácter continuado que contiene dichos elementos”.

³⁴² Sobre el particular ver sentencia de 9 de agosto de 2018, proferida por el Consejo de Estado, Sección Quinta en Descongestión de la Sección Primera, Consejera Ponente: Rocío Araújo Oñate; expediente No. 25000-23-24-000-2010-00334-01.

4.4.1. El acuerdo acreditado tuvo un objeto anticompetitivo y además lesionó la eficiencia económica y el bienestar del Estado Consumidor

Para la Delegatura la dinámica descrita en el numeral 4.3. de este informe motivado tiene el carácter de restrictivo de la libre competencia económica. Como se ha explicado, esta conducta consistió en que desde el año 2011 hasta marzo de 2018, de manera continuada, los aquí investigados y potenciales proveedores de comidas listas y panadería larga vida, productos que serían adquiridos por la **ALFM** por medio del **MCP** de la **BMC**, celebraron y ejecutaron un acuerdo encaminado a suprimir las presiones competitivas que debían generarse en las operaciones que se cerrarían en las ruedas de negociación. Esta conducta es restrictiva de la libre competencia económica, en atención a que:

(i) por un lado, su objeto en sí mismo fue anticompetitivo, pues tuvo como fin desdibujar la selección objetiva, en tanto que los investigados que participaron en el acuerdo acordaron repartirse las comidas listas y panadería larga vida que adquiriría la **ALFM** en las ruedas de negociación de la **BMC**. Además, este principio se vio afectado porque, precisamente cuando los miembros de un acuerdo anticompetitivo se reparten la forma en que atenderán la demanda, anulan la dinámica competitiva y privan al Estado, en este caso a la **ALFM**, de obtener los mejores precios posibles en condiciones de verdadera competencia; y,

(ii) por el otro, se afectaron dos de los bienes jurídicos protegidos por el régimen de protección de libre competencia económica, esto es, la eficiencia económica y el bienestar del Estado consumidor de bienes y servicios destinados a las Fuerza Militares.

En efecto, si bien la **ALFM** adquirió los productos en las cantidades y los tiempos requeridos, lo cierto es que no los obtuvo al menor precio posible, habida cuenta de que los potenciales proveedores lograron artificialmente la adjudicación al precio máximo postulado por la **ALFM**, sin estar sometidos a las presiones propias de la rueda de negociación que, de haberse presentado, habrían generado ahorros en el precio final de adquisición para la entidad contratante.

En concordancia con lo anterior, la Delegatura advierte que el comportamiento descrito también lesionó la eficiencia económica porque, como consecuencia de este esquema de distribución de productos, los participantes del acuerdo terminaron obteniendo ganancias que no están justificadas desde un comportamiento de libre oferta y demanda. En efecto, el precio que les fue pagado por las comidas listas y la panadería larga vida —el cual corresponde a un valor que no estuvo precedido por pujas a la baja— fue producto de un comportamiento que restringió la competencia entre ellas. En síntesis, para la Delegatura es evidente que aquello que no ahorró el Estado al comprar estos productos en el **MCP** de la **BMC** correspondió a un excedente obtenido ilegalmente por los participantes del acuerdo en detrimento del mercado, toda vez que ello ocurrió mediante un comportamiento que es reprochado por el régimen de protección de la libre competencia económica.

En esa dinámica, en consecuencia, también resultó lesionado el Estado como consumidor de bienes y servicios, el cual, debido a las ineficiencias que supone el acuerdo acreditado en el marco de las ruedas de negociación en las que se transaron las comidas listas y la panadería larga vida, durante por lo menos 2011 hasta marzo de 2018, compró estos productos sin obtener ahorros que se obtendrían en un mercado en competencia.

A continuación, las razones que sustentan la tesis de la Delegatura.

En primer lugar, el mecanismo descrito corresponde con las características que la literatura especializada atribuye a un comportamiento colusorio en el marco de procesos de contratación pública que se desarrollan mediante procedimientos de adjudicación por el sistema de menor precio³⁴³. Este comportamiento, calificado como colusorio, consiste en que previo a la adjudicación, los participantes acuerdan quién será adjudicatario. Así, los demás proponentes se

³⁴³ Cfr. Informe motivado proferido por la Delegatura para la Protección de la Competencia en la investigación radicada con el número 16-434574 (Suministros Fiscalía). En este informe se cita a: Marshall, R.C. & Marx, L. M. (2012) *The economics of collusion: cartels and bidding rings*. MIT Press.

abstienen de presentar posturas durante el escenario dispuesto para la puja, logrando la adjudicación al mayor precio posible³⁴⁴.

En segundo lugar, la Delegatura destaca que, según los lineamientos de la OCDE, un comportamiento como el acreditado en esta investigación genera una pérdida irrecuperable de eficiencia para el mercado³⁴⁵. Esto debido a que el excedente que no obtuvo el Estado como consumidor en la adjudicación de esos productos, se tradujo en aumento injustificado de utilidades para los participantes en el acuerdo. Tal circunstancia conllevó a que las empresas que celebraron y ejecutaron el acuerdo referido se apropiaran de manera ilegítima de los recursos destinados por el Estado comprador para el abastecimiento público y, en consecuencia, acabarían con los beneficios de un mercado competitivo. Sobre el particular la OCDE afirma que: “[l]a colusión entre oferentes puede causar mucho daño cuando ella se produce en licitaciones para el abastecimiento público. **En estos casos, los acuerdos colusorios extraen recursos de manera ilegítima de los compradores –y, en último término, de los contribuyentes**”³⁴⁶ (resaltado fuera del texto original).

En tercer lugar, esta autoridad de competencia ha reconocido el carácter restrictivo y la afectación de la eficiencia económica y el bienestar del Estado como consumidor de bienes y servicios, en los supuestos en los que la competencia se ve artificialmente alterada por acuerdos que realizan los competidores con el propósito de resultar adjudicatarios sin tener que estar sometidos a las presiones competitivas propias de los mecanismos en los que la adjudicación está precedida de puja.

En un caso de similares contornos al que es objeto de esta investigación, en el cual los proponentes, de manera previa a la subasta inversa³⁴⁷, definían el competidor que iba a resultar adjudicatario y, coherente con ese acuerdo, los demás proponentes habilitados para participar se abstenían de presentar posturas, la Superintendencia señaló que:

*“En el presente caso, la mayoría de los procesos afectados por las conductas que se reprochan hacen referencia a procesos de contratación de selección abreviada mediante el mecanismo de subasta inversa, mecanismo que fue incorporado por el legislador en 2007, con la expedición de la Ley 1150 del respectivo año, como uno de los procedimientos para la adquisición por parte del Estado de bienes con características técnicas uniformes y de común utilización. Pese a que existen diferentes ventajas de las subastas inversas, tales como oportunidad y eficiencia de tiempo, la principal motivación por la cual resultó incluyéndose esta modalidad de subasta en la contratación pública colombiana, y en línea con lo que la teoría económica resalta como ventaja de este tipo de subastas, era **lograr el mayor ahorro posible para las entidades contratantes**. Esto es, este tipo de subastas se constituyen, en el marco de la racionalidad de los individuos, como mejor mecanismo de determinación del precio de las obras, bienes y servicios que se contratan por el Estado, por razones entre las que se encuentran: (i) eficiencia en materia de tiempo y oportunidad; (ii) mejores precios producto de la revelación de información de los oferentes en el marco de la subasta, argumento que a su vez permite reducir los costos de búsqueda de oferentes con menores precios.*

*Teniendo en cuenta lo anterior, conductas que, como las aquí **reprochadas tengan como objeto seleccionar de manera artificial el adjudicatario de los contratos, haciendo uso de estrategias para que los demás competidores no presenten***

³⁴⁴ Cfr. Ramírez Rusinque, Iván Alirio (2014), ob. cit. Los sistemas de adjudicación por el menor valor pueden acarrear consigo “fenómenos propios de la práctica restrictiva de la competencia, pues permiten a los proponentes realizar negociaciones antes de la audiencia de subasta inversa, de tal forma que los habilitados no realicen lance alguno u ocurra una verdadera puja por el valor del contrato. Resulta entonces dudoso que (...) los proponentes habilitados jurídica, técnica y financieramente no hubieren realizado lance alguno, como tratándose de una negociación privada ex ante. **Lo cual en nada alude a una selección objetiva ni mucho menos eficiencia en la contratación, pues lo requerido por el legislador no se satisface, al no ahorrar dinero la administración pública y proliferar la corrupción en la contratación estatal**” (resaltado fuera del texto original).

³⁴⁵ Resolución número 91235 de 2015, expedida por Superintendencia de Industria y Comercio.

³⁴⁶ Recuperado de Guía OCDE para combatir la colusión entre oferentes en licitaciones de abastecimiento público, https://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2011/08/guia_oecd_bidrigging_final.pdf, en fecha 10 de septiembre de 2019.

³⁴⁷ Procedimiento de adjudicación por el sistema de menor precio, tal como ocurre en las bolsas de productos (ver artículo 3.2.2.4.9. del Reglamento Interno de la BMC, vigente al 04 de febrero de 2019).

*lances o presenten lances inválidos, con el fin de que tal adjudicatario obtenga el contrato a un valor lo más cercano posible al presupuesto oficial, estarían desdibujando las ventajas de este tipo de modalidades de contratación. (...) Sin duda, esto impidió que las entidades afectadas se beneficiaran de un escenario de libre competencia económica que hubiese tenido como resultado una asignación eficiente y transparente de los recursos públicos*³⁴⁸ (resaltado fuera del texto original).

Así las cosas, un mecanismo de repartición de los productos en la forma en la que ha quedado descrita y reconocida por los investigados, inhibió los incentivos que tienen los sistemas de adjudicación por el menor valor, como lo es el implementado en el **MCP** de la **BMC** para la negociación de las comidas listas y la panadería larga vida. Estos incentivos de los mecanismos de adjudicación por menor precio son esperables aún en los supuestos en los que, como ocurre en este caso, hay un número reducido de oferentes, por cuanto —inclusive en este escenario— se espera que la entidad contratante adquiera los productos a un valor inferior al máximo proyectado que estaba dispuesta a pagar, con lo que, así sea poco, obtendría una ganancia³⁴⁹. Lo anterior conlleva a afirmar, entonces, que está destinada al fracaso una defensa dirigida a sostener que la expectativa de ahorro de la entidad contratante es “aleatoria”³⁵⁰. Como quedó visto, los mecanismos previstos para la adquisición de **BCTU** están diseñados para que la entidad pública contratante asegure, en un escenario de competencia, un ahorro en el precio que paga por la adquisición de bienes y servicios.

En cuarto lugar, la Delegatura advierte que las anteriores consideraciones cobran mayor relevancia en el caso objeto de estudio si se tiene en cuenta que la conducta investigada ocurrió de manera ininterrumpida por un período de alrededor 8 años, período en el cual el ahorro que obtuvo la **ALFM** al adquirir las comidas listas y la panadería larga vida fue casi inexistente, lo que implicó que adquirió los productos al precio máximo que estaba dispuesta a pagar por ellos, sin obtener un excedente como consumidor, producto de la puja.

Para sustentar esta afirmación, la Delegatura destaca que, tal como se evidenció en los numerales **4.3.1.** y **4.3.2.** de este informe motivado, las pujas en las operaciones de comidas listas y panadería larga vida fueron algo excepcional, que únicamente se presentaron en los supuestos en los que los investigados disputaron la adjudicación de los productos con competidores ajenos al acuerdo.

Lo anterior revela que las empresas que celebraron el acuerdo prefirieron los beneficios de la coordinación —y así asegurar para todos los participantes del acuerdo una parte de la adjudicación de las comidas listas y la panadería larga vida al precio máximo posible, más allá de aquel que se les hubiera pagado si hubieran estado en un escenario de competencia—, que trabar entre ellos una rivalidad competitiva que se hubiera traducido en ofertas más favorables para la entidad contratante y, en definitiva, en la eficiencia del gasto público. Así las cosas, los investigados extrajeron de manera ilegítima recursos del Estado y, en últimas, de todos los contribuyentes, conducta que resulta censurable.

Para ejemplificar el argumento planteado, la Delegatura realizó un ejercicio de contraste con base en lo sucedido en las operaciones No. 25795656 y 27636078 —pan de leche—, correspondientes a los boletines informativos 230 y 250 y 1072 y 1113 de 2016, respectivamente. El análisis partió de la comparación de lo sucedido en relación con el mismo producto adjudicado en dos ruedas de negociación celebradas el mismo año. En la primera operación se observó una competencia efectiva por el producto a través de pujas a la baja entre

³⁴⁸ Resolución No. 12992 de 2019, expedida por el Superintendente de Industria y Comercio en la investigación radicada con el No. 16-434574 (Suministros Fiscalía).

³⁴⁹ Safar, M. (2016). Ob. cit. “[l]a subasta también es un mecanismo eficiente cuando se cuenta con pocos oferentes dentro del proceso de selección. (...) Lo lógico, cuando hay pocos oferentes, es que el comportamiento de la puja estará cerca del precio de arranque —que, se insiste, es el máximo que el Estado está dispuesto a pagar, esto es, su precio de reserva— y que cada jugador ofrecerá un valor ligeramente inferior al presentado por su competidor anterior, con lo cual, si bien no hay una gran reducción del precio, sí se obtiene un valor inferior al proyectado por la entidad contratante, y como el mismo se encuentra dentro de sus previsiones al estar por debajo de su valoración del objeto a contratar, en todo caso obtendrá una ganancia, determinada por la diferencia entre la valoración inicial y el precio a pagar por el objeto contractual”.

³⁵⁰ Cfr. folio 6973 del cuaderno público 34 (declaración **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Minuto 2:15:31) en la que **IBEASER** indagó por la aleatoriedad del ahorro de la entidad contratante.

COMA S.A.S. y LHO. En la segunda no hubo pujas a la baja —comportamiento atribuido al acuerdo demostrado— entre los dos habilitados: **PROLAC** y **LHO**. Los escenarios son comparables debido a que se trata del mismo producto y las dos ruedas fueron celebradas con una diferencia corta de tiempo.

Se observa que en la segunda rueda de negociación, en la que no hubo un escenario de libre competencia entre los habilitados por ese producto, el precio para dicho bien cerró a \$950. Mientras que en un escenario de competencia —como el que efectivamente se presentó, por estar habilitado un tercero ajeno al acuerdo— la **ALFM** cerró la operación a un precio de \$898.

Así, en el escenario en el cual los habilitados no compitieron, el valor por el cual se cerró el negocio fue un 5,79% más alto. De esta manera, en el escenario en que no se presentaron pujas a la baja debido a que los habilitados pusieron en marcha un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica, dichos participantes se apropiaron ilegítimamente del excedente que hubiese ahorrado la entidad.

| En un escenario en el que los investigados se enfrentaron a presiones competitivas | En un escenario sin presiones competitivas por cuenta del acuerdo demostrado |
|------------------------------------------------------------------------------------|------------------------------------------------------------------------------|
| Boletín 230 y 250 de 2016, 11 de mayo de 2016 | Boletín 1072 y 1113, 23 de diciembre de 2016 |
| Precio al que se dio el conforme: \$1000 | Precio al que se dio el conforme: \$950 |
| Precio unitario de cierre: \$898 | Precio unitario hipotético de cierre: \$950 |
| Unidades: 46.529 | Unidades: 10.920 |
| Valor negocio ³⁵¹ : \$41'783.042 | Valor negocio: \$10'374.000 |
| Ahorro ³⁵² : 10.2% | Ahorro: 0% |
| Excedente del consumidor apropiado por los agentes coludidos³⁵³: | |
| \$52 por unidad (5.79% más en relación con el escenario de competencia) | |
| \$567.840 en total ³⁵⁴ | |

Fuente: elaboración SIC a partir de la información contenida en el folio 102 de cuaderno público No. 1, folio No. 6968 de cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1.

En definitiva, el comportamiento acreditado tiene el carácter de restrictivo y merece reproche por parte de la autoridad nacional de competencia³⁵⁵ principalmente por su objeto y, además, por el efecto que generó, habida cuenta que (i) la adjudicación no atendió al menor valor, principal factor de competencia en esta clase de mecanismo de selección y, a su vez, (ii) afectó la eficiencia en el gasto público y permitió que los participantes del acuerdo extrajeran de manera

³⁵¹ Entiéndase el valor de negocio como el valor total de la transacción, esto es, precio unitario por unidades multiplicado por el número de unidades.

³⁵² Se define el ahorro como la diferencia porcentual entre el precio del “conforme” y el precio de cierre de la operación.

³⁵³ Definido como la diferencia entre lo que la **ALFM** pago por un producto de las mismas características en un escenario de competencia y en un escenario sin competencia, diferencia atribuida al acuerdo —que eliminó las presiones competitivas— y no a otros factores.

³⁵⁴ Valor obtenido de multiplicar el excedente por unidad por la cantidad adjudicada en los boletines informativos Nos. 1072 y 1113.

³⁵⁵ Para la Superintendencia en un escenario de contratación pública el carácter restrictivo de los acuerdos descritos en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2152 de 1993, está justificado porque limita o elimina elementos configurativos del derecho a la libre competencia económica, entre los que se encuentran la participación de oferentes dentro del mercado correspondiente, la igualdad de oportunidades entre ellos y la **materialización del principio de selección objetiva**. Sobre la base de lo anterior, es claro que un comportamiento que pueda poner en riesgo esos factores que determinan la existencia de una libre competencia económica **tendría que ser considerado como restrictivo**. Sobre el particular, en numerosos pronunciamientos la Superintendencia ha dejado precisado lo siguiente: ‘(...) 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’. Sobre este aspecto, se pueden consultar entre otros, informe motivado del caso radicado con No. 15-81775 de 2017 (VIGILANCIA SIC ‘COSEQUÍN Y SAN MARTÍN’); Resolución No. 91235 del 24 de noviembre de 2015 “por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de competencia”, expediente 12-236429 (MELQUIADES); informe motivado del caso radicado con No. 17-292981 de 2018 (PAE Frutas).

ilegítima recursos del Estado y, en últimas, de todos los contribuyentes. Esto fue así porque el valor que les fue pagado por los productos adjudicados no fue producto de un escenario de competencia, sino del acuerdo anticompetitivo, además materializado por los investigados precisamente para obtener la adjudicación al máximo precio posible, sin estar precedidos de ofrecimientos que le hubieran reportado ahorros a la entidad. Adicionalmente, el comportamiento investigado afectó (iii) el bienestar del Estado como consumidor de bienes y servicios, quien como resultado de ese acuerdo, que generó ineficiencias, no pudo optimizar sus recursos.

A continuación, se estudiarán los argumentos de defensa que sobre este punto propusieron los investigados y se evidenciarán las razones por las cuales no puede considerarse que la conducta adoptada por quienes participaron en ese esquema tuvo “efectos benéficos”, produjo eficiencias en el mercado y fue “pro competitiva”.

4.4.2. Sobre las defensas de los investigados respecto del carácter restrictivo de la conducta analizada

La Delegatura presentará los argumentos de defensa que sobre ese punto y de manera coincidente presentaron los investigados y, a su vez, explicará las razones por las cuales esos argumentos no desvirtúan el carácter restrictivo de la libre competencia económica de la conducta investigada.

4.4.2.1. El acuerdo demostrado es ilegal pese a que la ALFM lo haya promovido

Con el fin de justificar el acuerdo imputado, los investigados alegaron que la **ALFM** conocía su comportamiento y sabía quiénes eran, pero nunca manifestó que le parecía irregular o incorrecta la conducta porque lo que realmente había “*era una necesidad de compra de unos productos (...)*”³⁵⁶ y, en respuesta a esa necesidad, “*las empresas o se organizaban o el ejército se quedaba sin la variedad de comidas*”³⁵⁷.

Para la Delegatura es claro que, si bien este fundamento fáctico de defensa presentado por los investigados fue evidenciado en el acápite **4.2.3.** de este informe motivado, lo cierto es que la tesis de defensa consistente en que el acuerdo demostrado debe ser considerado legal porque habría sido promovido por la entidad contratante, no puede prosperar.

Como se explicó, fue la conducta de la **ALFM** que promovió el acuerdo demostrado, por cuanto no adoptó ninguna medida que protegiera y mucho menos que fomentara la competencia en el mercado de compra y venta de comidas listas y panadería larga vida destinadas al ensamble de raciones de campaña, durante el período investigado.

Sin embargo, tal y como se anunció en el acápite mencionado, la conducta de la entidad contratante no eximía a los investigados de cumplir con su deber de participar en el **MCP** de la **BMC** de manera independiente, sin recurrir a conductas tendientes a eliminar o reducir la competencia entre ellos. Esta tesis se fundamenta en los siguientes aspectos.

El primer aspecto consiste en que la dinámica coordinada analizada en este informe motivado desincentivó la entrada de nuevos competidores. En efecto, la conducta de los investigados y el comportamiento de la **ALFM** conllevó a que las empresas que no hacían parte del acuerdo perdieran todo el interés de participar en un mercado en el que la misma entidad contratante no tomó las medidas necesarias para fomentar la sana competencia entre las empresas investigadas y otros proveedores. Esa circunstancia impidió la entrada de competidores y los beneficios que esto hubiera acarreado para el mercado.

No obstante a lo anterior, como ya se ha explicado en este informe motivado, en las pocas operaciones en las que participaron empresas ajenas al acuerdo los investigados se comportaron de tal manera que se pudiera, incluso en estas condiciones, cumplir con la asignación de productos pactada en el acuerdo y, en consecuencia, actuaron como reales competidores con el propósito de que el tercero no resultara adjudicatario. Para la Delegatura

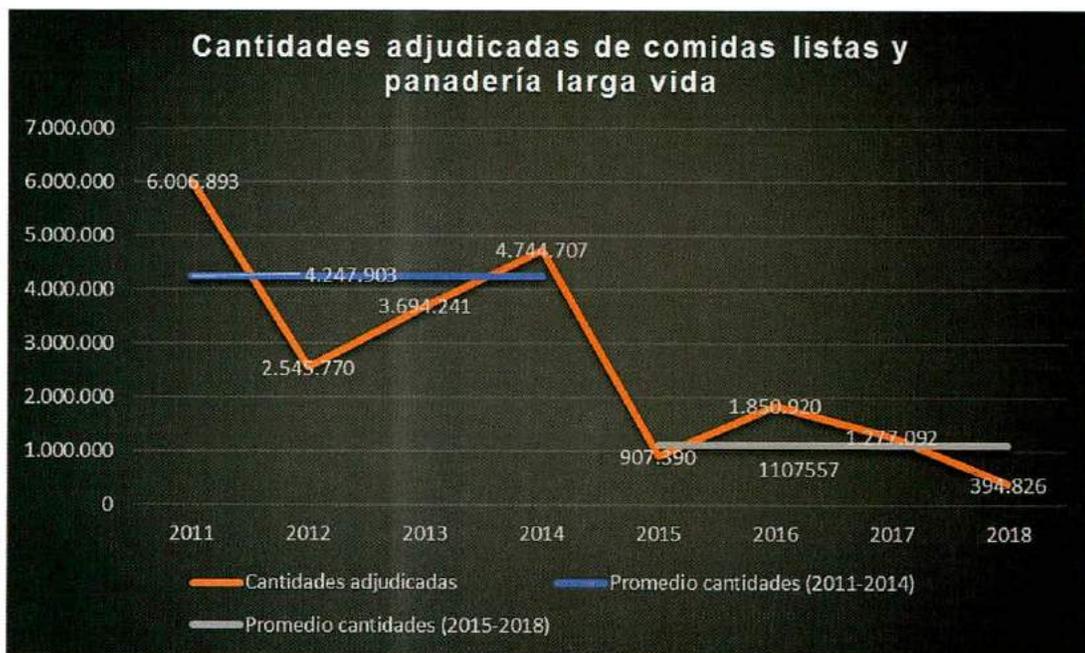
³⁵⁶ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 23:17.

³⁵⁷ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 24:08.

esta estrategia perseguiría, como lo ha manifestado la literatura especializada, excluir a los potenciales competidores no coludidos con la finalidad última de preservar el acuerdo anticompetitivo que aseguraba a cada uno de sus participantes una porción de los productos a transarse en las ruedas de negociación. En definitiva, al margen de si esta estrategia se materializó o no, es razonable inferir que este comportamiento estaría encaminado a disuadir la “amenaza de nuevos participantes”³⁵⁸.

El segundo aspecto que revela que el comportamiento de la ALFM no justifica el acuerdo demostrado consiste en que, si bien la entidad continuó promoviendo dicho acuerdo en las condiciones iniciales basada en lo que denominaron “urgencia” para adquirir los productos, lo cierto es que la tesis de defensa encaminada a justificar el acuerdo debido a la alta demanda también es inadmisibles. Esto es así porque incluso en un segmento del período investigado en el que disminuyeron las cantidades de comidas listas y panadería larga vida requeridas, el acuerdo se mantuvo intacto. En tal sentido, la alta demanda de productos de comidas listas y panadería larga vida para el ensamble de raciones de campaña no puede ser considerado como un elemento justificante de la conducta ilegal, así como tampoco puede serlo ningún acuerdo que tenga por objeto controlar de manera coordinada los elementos de competencia de un mercado.

En sustento de tal afirmación se tiene que en el año 2015 las cantidades adjudicadas de productos de comidas listas y panadería larga vida descendieron un 80,88% respecto del año 2014³⁵⁹. Del 2015 en adelante se mantuvo una demanda baja de cantidades de productos en relación con los años anteriores. Dicha baja coincide con la disminución del número de militares activos y del número de combates³⁶⁰. A continuación, una gráfica que ilustra lo anterior:



Fuente: Folio 102 del cuaderno público No. 1, folio No. 6968 del cuaderno público No. 34 y cuaderno reservado No. 1

En esta medida, si bien durante los años 2011 a 2014 las cantidades de productos de comidas listas y panadería larga vida se mantuvieron constantes, de manera que el promedio de tales cantidades en dicho período fue de 4'247.903 unidades, lo cierto es que después del año 2015 los niveles de los productos adjudicados disminuyeron significativamente y se mantuvieron así hasta marzo de 2018, por lo cual el promedio de las cantidades de los productos mencionados en este período fue de 1'850.920 unidades, promedio sustancialmente menor al registrado antes

³⁵⁸ Tomado de The Economics of Collusion: Cartels and Bidding Rings (2014) Robert C. Marshall, Leslie M. Marx. Pág. 150.

³⁵⁹ Según la información reportada por la BMC en el año 2014 la entidad demandó 4'744.707; en el 2015 la ALFM demandó 1'836.695, un 80% menos en relación con el año anterior.

³⁶⁰ Recuperado de <https://www.contraloria.gov.co/documents/463406/1185469/Bolet%C3%ADn+Macrosectorial+No.+015+%28pdf%29/16bf91f6-5966-4194-b7de-1b03e21f8d83?version=1.1>, en fecha 3 de octubre de 2019.

del 2015. Pese a ello, se insiste, ni siquiera el cambio en las circunstancias iniciales que según la defensa habrían motivado el acuerdo, llevaron a los investigados a modificar su comportamiento anticompetitivo.

Por último, la Delegatura reitera que la imputación consistió en un acuerdo anticompetitivo por su objeto, con independencia de si el acuerdo se materializó o no o si produjo efectos nocivos en el mercado. Por lo tanto, el carácter ilegal del comportamiento puede tenerse por establecido de manera clara sobre la base de sus condiciones internas que claramente resultan anticompetitivas. Esa circunstancia implica, entonces, que la defensa orientada a demostrar un carácter justificado de esa conducta por cuenta de que genera eficiencias o beneficios para el mercado, tiene la carga de demostrar la efectiva existencia de esas eficiencias o beneficios, una carga que los investigados en este caso no cumplieron en tanto que no lograron establecer esos factores y, en cambio, quedó demostrado que su comportamiento impidió la materialización de los beneficios que en el contexto del **MCP** de la **BMC** se esperaba de una dinámica de competencia,

Nótese, sobre este particular, que –como se verá más adelante– en este caso, los investigados concentraron su defensa en señalar que los beneficios que su conducta habían producido en el mercado se traducían en que la **ALFM** obtuvo los productos en la cantidades, variedades y tiempos requeridos. Estos argumentos no demuestran la eficiencia o beneficio para el Estado ni la existencia de eficiencia alguna, pues se trata simplemente del mínimo que debía lograrse sobre la base del proceso de selección. En adición, como quedó visto, en un contexto en el que el principal factor de competencia era el mejor precio, la entidad no lo obtuvo. En definitiva, la tesis propuesta por los investigados no logró demostrar beneficios competitivos derivados de su conducta.

Un último comentario es procedente en relación con la defensa analizada. Para plantearlo es útil recordar que, en últimas, lo que los investigados argumentaron es que un comportamiento categóricamente prohibido por el ordenamiento jurídico –en particular la colusión en procesos de selección de carácter público– debe considerarse legítimo porque, aunque impidió la finalidad del sistema de compras públicas porque la entidad no obtuvo el mejor valor por dinero, permitió que la entidad contratante obtuviera los productos que pretendía adquirir. La premisa tácita de esa defensa es que la solución de un problema derivado de las complejidades de las funciones a cargo del Estado puede encontrarse en la realización de un comportamiento claramente ilegal. Es decir, que una evidente violación de la ley es una de las opciones con las que cuentan el Estado o los particulares para lograr la satisfacción de las necesidades públicas. Esa premisa, por supuesto, es inaceptable. La solución de un problema de diseño de un proceso de selección de carácter público no puede construirse sobre la base de realizar un acto ilegal que impide la obtención del principal objetivo de la contratación pública. Por lo tanto, aunque hubiera sido cierto que la entidad contratante invitó a los investigados a participar en una conducta claramente ilegal para lograr obtener los productos que requería, esa circunstancia no legitima el que los investigados hubieran accedido a realizar ese comportamiento ni, mucho menos, los exime de la responsabilidad derivada de la ejecución voluntaria de esa conducta sancionable.

4.4.2.2. Las supuestas falencias en las condiciones fijadas en los boletines informativos no justifican el acuerdo implementado por los investigados

Los investigados alegaron que las condiciones fijadas en los boletines informativos, esto es, los reducidos tiempos de entrega de los productos y la variedad de productos requeridos, les imponían realizar el acuerdo acreditado. Así las cosas, con el propósito de superar las falencias en las condiciones establecidas por la **ALFM** en los boletines informativos, según los investigados se requería el diseño y ejecución del acuerdo demostrado.

En ese sentido, señalaron que las “*coordinaciones específicas*” entre ellos, en el marco de los procesos de selección que la **ALFM** adelantó en el **MCP** de la **BMC** desde, al menos, el año 2011 y hasta marzo del año 2018, no lesionaron el derecho a la libre competencia económica, debido a que generaron eficiencias en este mercado y beneficios para la entidad contratante. Lo anterior, por cuanto permitieron superar las falencias en las condiciones establecidas por la **ALFM** en los boletines informativos, esto es: (i) la entrega de la totalidad de los productos alimenticios requeridos por la entidad, según las especificaciones establecidas en la ficha

técnica de cada uno de ellos; y (ii) la entrega a tiempo de esos productos, sujeta a términos muy reducidos.

Para la Delegatura, la tesis propuesta por los investigados parte de una premisa equivocada. La corrección de las llamadas “fallas” del mercado de comidas listas y panadería larga vida, en ningún caso, debe provenir de la celebración y ejecución de un acuerdo ilegal encaminado a suprimir las presiones competitivas que surgen en el marco de un proceso de selección de contratistas adelantado por el Estado. Claramente un acuerdo de este tipo, lejos de producir algún tipo de beneficio para el mercado, disminuye la eficiencia en este, como quedó visto.

En efecto, en el caso materia de análisis, la libre competencia económica se vio gravemente afectada con el hecho de que la **ALFM** hubiera adquirido los productos que requería a precios más altos respecto de los precios que se hubieran presentado en un mercado competitivo. Esto generó que el excedente de los proveedores investigados se incrementara en detrimento del excedente —y por tanto del bienestar— del consumidor, esto es, del Estado³⁶¹, de modo que dichos proveedores terminaron apropiándose ilegítimamente del excedente que le correspondía al consumidor.

Ahora bien, la Delegatura no procederá a determinar si las condiciones que fijaba la **ALFM** en los boletines informativos tenían falencias o desconocían la Norma Técnica Militar, al determinar los tiempos de entrega de la totalidad de las comidas listas y panadería larga vida demandadas. Tampoco se pronunciará sobre si la categorización de esos productos como **BCTU** en el **MCP** de la **BMC** correspondía a las características de los mismos, puesto que tal análisis excedería el objeto de la presente actuación administrativa. Sin embargo, sí analizará el comportamiento de los investigados respecto a estas supuestas falencias, pues, además de que ninguna de ellas justifica la conducta imputada, es claro que los investigados contaban con mecanismos dentro del **MCP** para poner en conocimiento de la **ALFM** tales “fallas”.

Para la Delegatura no cabe duda de que, si a juicio de los investigados, las condiciones impuestas por la **ALFM** en los boletines informativos presentaban falencias porque desconocían los tiempos propios del proceso de producción de las comidas listas y la panadería larga vida, han debido utilizar los mecanismos legales previstos por el escenario del **MCP** de la **BMC** y exponer sus inconformidades. Al respecto, los investigados contaron con la posibilidad de formular observaciones independientes, a través de las **SCB** que ejercían su representación, respecto de las fichas técnicas provisionales de negociación y de producto que publicaba la **BMC**, con el fin de evidenciar las falencias que, en su concepto, la **ALFM** cometía al establecer tales exigencias.

Recuérdese que el Consejo de Estado ha señalado que la ley ha previsto “oportunidades de discusión” para que los interesados puedan observar los documentos precontractuales expedidos por la entidad contratante, lo cual “optimiza” el contenido de dichos documentos y “permite que los proponentes tengan claras desde el inicio las condiciones del proceso de selección y del futuro contrato”. Así, a la entidad contratante “le corresponde analizar [...] si las observaciones que se presentan en tiempo por los interesados son razonables, objetivas, acertadas y verificables, etc., para evitar que las exigencias del pliego sean requisitos imposibles, se conviertan en barreras para la participación o constituyan criterios de exclusión o discriminación dentro del proceso contractual”³⁶². Estas consideraciones son predicables del sistema de adquisición en bolsa de productos, en el cual están previstos mecanismos para presentar observaciones a las condiciones impuestas en los boletines informativos.

Con todo, en caso de que la **ALFM**, a través de la **SCB**, se negara a acoger dichas observaciones, los investigados bien podían, de manera autónoma e independiente, tomar la decisión de no habilitarse para participar en las negociaciones de los productos alimenticios cuyas exigencias de preparación y entrega no estaban en condiciones de cumplir, en un

³⁶¹ Desde el punto de vista de la economía del bienestar aplicada se “utiliza la noción de excedente del consumidor para medir el bienestar del mismo”. Recuperado de <http://revistas.fuac.edu.co/index.php/criteriojuridicogarantista/article/view/719/647>, en fecha 10 de septiembre de 2019.

³⁶² Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Consejero Ponente: William Zambrano Cetina, Sentencia de 6 de noviembre de 2008, radicación No. 11001-03-06-000-2008-00079-00 (1927).

escenario de competencia. Dicho de otra forma, en el contexto de una economía de mercado, los empresarios gozan de la libertad de empresa y no están obligados a producir bienes o prestar servicios para el Estado a menos que voluntariamente suscriban un contrato con este. Tampoco están obligados los proveedores de bienes o servicios a suscribir contratos con el Estado, pues precisamente uno de los principios que inspiran una economía de mercado son las libertades económicas, esto es, la libre competencia y la libertad de empresa. Para mayor claridad, la Corte Constitucional ha definido la libertad de empresa así:

*“El artículo 333 Superior dispone que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común; que igualmente, la libre competencia económica es un derecho de todos, que supone responsabilidades. La libertad de empresa comporta entonces el derecho a instalarse para efectos de ejercer cualquier una actividad económica, adoptado para ello una determinada forma empresarial. De allí que, como lo precisa el mismo artículo 333 Superior, para el ejercicio de una actividad empresarial no se podrán exigir permisos previos ni requisitos distintos a los señalados expresamente en la ley. En este orden de ideas, el ejercicio de la libertad de empresa conlleva asumir un comportamiento negativo por parte de las autoridades públicas, en el sentido de abstenerse de entorpecer la realización de actividades empresariales lícitas. De tal suerte **que el empresario cuenta con la libertad de decisión, lo cual implica establecer sus propios fines u objetivos económicos y, en función de ellos, organizar la empresa y orientar su actividad**”³⁶³ (destacado fuera de texto)*

Sin perjuicio de lo anterior, en la etapa probatoria de esta investigación se corroboró que los investigados, mediante la presentación de observaciones³⁶⁴, manifestaron su inconformidad en relación con los reducidos tiempos de entrega impuestos por la **ALFM**. Sin embargo, también quedó acreditado que los investigados no fueron coherentes con la posición que adoptaron en sus observaciones y que convenientemente se sometieron a las reglas establecidas para continuar con su participación el mercado de comidas listas y panadería larga vida bajo la dinámica del acuerdo anticompetitivo.

La anterior afirmación encuentra sustento en que, desde al menos 2011 y hasta marzo de 2018, los investigados siguieron habilitándose para participar en las ruedas de negociación convocadas por la **ALFM** pese a su supuesta inconformidad frente a los insuficientes términos de entrega establecidos en los boletines informativos. En esa medida, es claro que el comportamiento que adoptaron los investigados durante el período que interesa en este caso no fue coherente con su supuesta inconformidad frente a las inflexibles exigencias de compra de la **ALFM**, especialmente si se tiene en cuenta que, en un escenario de sana competencia, si las condiciones impuestas por la entidad contratante resultan muy “*tirantes, pues los vendedores optan por no vender*”³⁶⁵.

Así las cosas, con independencia de si las condiciones de los boletines informativos tenían falencias o no, para la Delegatura es evidente que, en el caso objeto de investigación, la conducta que adoptaron los participantes del acuerdo en relación con las observaciones demuestra que las condiciones “*no eran tan tirantes*”, por cuanto los investigados de manera voluntaria decidieron seguir participando en los procesos adelantados por la **ALFM**, pero bajo el esquema de coordinación que celebraron y ejecutaron con el fin de distribuirse la adjudicación de los referidos productos. Esto conllevó a que resultaran adjudicatarios sin estar sometidos a las presiones competitivas propias de las subastas desarrolladas en el escenario de negociación del **MCP** de la **BMC**.

En este orden de ideas, es además razonable concluir que preservar condiciones de cumplimiento tan difíciles convenía a los propósitos de mantener el mercado cerrado a otros

³⁶³ Corte Constitucional, sentencia C-432, jun. 2/2010. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

³⁶⁴ Cfr. Folio 6540 del cuaderno público No. 33 (declaración de **GINA ANDREA CASAS ROJAS**. Minuto 15:33 a 16:38), Folio 6277 del cuaderno público No. 32 (declaración de **CARLOS ELIÁN LIGARRETO AVENDAÑO**. Minuto 42:00 a 42:49 y 43:20 a 43:56), Folio 6217 del cuaderno público No. 32 (declaración de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Minuto 1:03:27 a 1:04:18), Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Minuto 52:52 a 53:17), Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 02:07:03 a 02:08:01).

³⁶⁵ Folio 6973 del cuaderno público 34 (declaración Ever Leonel Ariza Marín. Minuto 1:11:11).

competidores que estuvieran por fuera del acuerdo. Estas circunstancias habrían servido para alejar a otros competidores que observaban que esas condiciones eran complejas para muchos proveedores. Así, el acuerdo materia de esta investigación les permitía a todos los participantes del mismo manejar el mercado de comidas listas y panadería larga vida de manera centralizada, para así poder atender la demanda en circunstancias aparentemente difíciles, pero que, en definitiva, serían y fueron recompensadas por los precios supra competitivos que pagaba la **ALFM**.

Las defensas de los investigados que pretenden desviar la responsabilidad derivada de su conducta por cuenta de las falencias de las condiciones impuestas en los boletines informativos, resultan entonces inaceptables. El proceder que correspondía según la ley de competencia era que los empresarios no ingresaran a ningún acuerdo anticompetitivo y se negaran a proveer las comidas listas y panadería larga vida bajo ese esquema, pues de esta forma habrían enviado la señal correcta al mercado.

Así las cosas, los investigados tenían incentivos para permanecer y cumplir el acuerdo de distribución celebrado entre ellos, en la medida en que este les aseguraba un porcentaje de participación en el mercado analizado y la obtención ilegal de utilidades. Ello en la medida en que la eliminación de presiones competitivas resultó favorable para las empresas —pero no para el mercado— puesto que de esta manera *“pueden encontrar más beneficioso mantener una cooperación estable en el tiempo que competir agresivamente año tras año”*³⁶⁶.

4.4.2.3. No se demostró que sin el acuerdo anticompetitivo entre los investigados la ALFM no hubiera obtenido la variedad de productos requeridos en los boletines informativos

Los investigados también sostuvieron que si el mercado de comidas listas y panadería larga vida se *“hubiera desenvuelto bajo parámetro ausente de la coordinación, que dieron las empresas”*, la **ALFM** solo habría adquirido los productos que *“cada productor consideró más fáciles de preparar, o (...) cuyos procesos de elaboración eran menos complicados, o con ingredientes más baratos, todo con el objetivo de obtener mayor utilidad”*³⁶⁷, lo cual significaba tener *“múltiples agentes luchando por un reducido número de comidas listas, pero las recetas más complicadas (...) no hubieran sido preparadas (...) y ese no era el interés de la Agencia”*³⁶⁸.

Para la Delegatura esta tesis resulta errada. No es jurídicamente admisible justificar una conducta anticompetitiva con fundamento en suposiciones de cómo hubiera operado el mercado si los investigados hubieran competido entre ellos con el fin de resultar adjudicatarios de la variedad de comidas listas y panadería larga vida demandados por la **ALFM** en los boletines informativos. A continuación las razones que fundamentan esta afirmación.

En primer lugar, como se ha demostrado a lo largo de este informe, desde al menos 2011 y hasta marzo de 2018 los investigados siempre han participado en el **MCP** de la **BMC** bajo el esquema de distribución colusoria de productos. De manera que carece de sustento afirmar que en un escenario de competencia entre **IBEASER**, **BAALBEK** —liquidada judicialmente—, **PROLAC**, **LHO** y **CATALINSA** los agentes del mercado hubieran competido únicamente *“por un reducido número de comidas listas”*, precisamente porque este escenario nunca se presentó en el período investigado.

En segundo lugar, la falta de certeza sobre este punto se demuestra con lo afirmado por los propios investigados. Durante la etapa probatoria de esta investigación, entre los mismos investigados surgieron versiones diferentes sobre lo que hubiera ocurrido en el mercado de comidas lista y panadería larga vida ante la *“ausencia”* del esquema de coordinación implementado y ejecutado por ellos. Mientras que **IBEASER**, **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) sostuvieron que la **ALFM** no hubiera podido

³⁶⁶ Recuperado de http://acco.gencat.cat/web/.content/80_acco/documents/arxiu/estudi_ascensors_final_esp.pdf, en fecha 04 de septiembre de 2019. “Condiciones de mercado que facilitan la colusión entre empresas: el sector de la instalación y el mantenimiento de ascensores en Catalunya”. Autoridad Catalana de la Competencia, 2010.

³⁶⁷ Folio 3731 del cuaderno público No. 20

³⁶⁸ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 30:45.

adquirir los productos más complejos de elaborar, **LHO**, **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) y **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) señalaron, mediante un concepto aportado, que los productos alimenticios requeridos por la **ALFM** se habrían tenido que importar³⁶⁹.

En ese sentido, resulta impertinente para los fines de la presente actuación administrativa el interrogante contrafactual respecto de “¿qué productos hubieran ofertado los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, si los mismos se hubieran presentado a los procesos de selección adelantados por la **ALFM** de forma independiente?”, por cuanto no se puede asegurar qué productos hubiera podido adquirir la entidad bajo un escenario de competencia. Además, las resultas de un escenario competitivo no pueden ser una preocupación de los competidores, pues la ley lo que ordena es que no se distorsione la libre competencia, independientemente de lo que ocurra como consecuencia de ello. Esto es así porque, en caso de que las condiciones establecidas por la **ALFM** no hubieran sido idóneas para satisfacer su necesidad, el mercado, actuando en condiciones de libertad de competencia económica, habría encontrado los correctivos legítimos que permitieran que el mecanismo de selección cumpliera su objetivo. Entre todos los resultados que el comportamiento de los investigados generó, se suma entonces que impidió que el mercado enviara las señales correctas para que el libre juego de oferta y demanda generara los correctivos apropiados que sí favorecieran al Estado consumidor y generaran verdaderas eficiencias.

En tercer lugar, lo que sí está demostrado en esta actuación administrativa es el resultado de las operaciones cuando los investigados estuvieron en un escenario de competencia en contraposición con lo que sucedió cuando solo los participantes del acuerdo se habilitaron. En el primer supuesto se produjo una intensa puja entre los habilitados que conllevó a que las operaciones se cerraran con un valor menor en relación con la postura inicial de compra de la **SCB** de la **ALFM**, con lo cual la entidad contratante obtuvo ahorros en la adquisición de los productos. En los escenarios de no competencia no existió tal puja a la baja, de manera que los productos fueron adjudicados al máximo precio que la **ALFM** estaba dispuesta a pagar por ellos.

Así las cosas, la Delegatura advierte que es más plausible que, si los proveedores se hubieran presentado de manera independiente en las ruedas de negociación, hubieran competido entre sí y ofertado por el mínimo precio al que eran capaces de vender los productos que podían ofrecer de acuerdo con su capacidad productiva. Por lo tanto, la afirmación según la cual una participación no coordinada hubiera derivado en un desabastecimiento de lo requerido por la **ALFM**, además de carecer de todo sustento probatorio, aparece desvirtuada con fundamento en todo lo que se ha expuesto en este documento.

4.4.2.4. El acuerdo sí afectó la eficiencia en el gasto público

Los investigados sostuvieron que no se vio afectada la eficiencia en el gasto público de la **ALFM**, por cuanto esta entidad compró de conformidad con el precio definido en su presupuesto oficial, fundamentado en el estudio de mercado que el Ministerio de Defensa Nacional y la **ALFM** elaboraban antes de publicar en el **MCP** de la **BMC** el boletín informativo. En lo que se refiere a las eficiencias en el precio, según estos investigados tampoco se habría generado alguna afectación, por cuanto la entidad adquirió los productos de panadería larga vida y comidas listas dentro de los límites establecidos en su presupuesto y no necesitó realizar apropiaciones presupuestales superiores para su adquisición.

Este argumento es equivocado porque —como ya ha tenido la Delegatura oportunidad de destacar en este informe motivado— los mecanismos previstos para la adquisición de **BCTU** están diseñados para que la entidad pública contratante asegure, en un escenario de competencia, un ahorro en el precio que paga por la adquisición de bienes y servicios respecto de su precio de reserva.

³⁶⁹ Prueba pericial practicada por el señor Ever Leonel Ariza Marín. Cuaderno público No. 29.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que, como lo reconocieron los propios investigados, la ganancia que obtuvo la **ALFM** pudo “*ser mejor*”³⁷⁰, lo que significa, en consecuencia, que el Estado como consumidor no obtuvo eficiencias al comprar estos productos durante el período en el que se extendió el acuerdo.

La conclusión anotada se evidencia por cuanto el precio final de compra de las comidas listas y la panadería larga vida fue superior al que se hubiera presentado en un escenario de sana competencia. De manera que ese precio pagado por la **ALFM** generó utilidades adicionales para los investigados, las cuales no les correspondían porque no se derivaron de un comportamiento competitivo bajo las leyes de la libre oferta y demanda. En definitiva, mientras que el Estado redujo su excedente como consumidor por la ausencia de pujas debido al acuerdo demostrado, los investigados incrementaron su excedente como productores y, en esa medida, se apropiaron de manera ilegítima de los recursos públicos, esto es, de los recursos de los contribuyentes³⁷¹.

De ahí que la Delegatura afirme que no se garantizó la selección objetiva, en la cual el adjudicatario fuera el proveedor que ofreciera el mejor precio.

4.4.2.5. El precio sí era un factor determinante en este mercado

Los investigados sostuvieron que en este mercado el precio no era un factor determinante para la selección objetiva. Señalaron que en este caso no se afectó la eficiencia económica ni el bienestar del consumidor (en el caso concreto, el Estado adquirente). Según los investigados, en estos procesos de selección era más relevante garantizar el abastecimiento de los productos requeridos por la **ALFM** en los tiempos establecidos, que la obtención del mejor precio.

Sobre esta tesis de defensa, la Delegatura debe reiterar que tales argumentos resultan equivocados, tal como se explicó en los numerales **4.4.1.** y **4.4.2.** del presente informe motivado. Entre los puntos que deben ser destacados para controvertir la tesis referida, resulta indispensable recordar que si bien la **ALFM** pudo obtener los productos de comidas listas y panadería larga vida destinadas al ensamble de raciones de campaña en los tiempos requeridos, con las características solicitadas y con la totalidad de la variedad pretendida, lo cierto es que no adquirió estos productos al mejor precio posible. En consecuencia, se desconoció abiertamente uno de los objetivos primordiales perseguidos por esta entidad al acudir al escenario del **MCP** de la **BMC** y, además, no se satisfizo el deber de selección objetiva, que en materia de adquisición de **BCTU** consiste en adjudicar al agente que está en capacidad de ofrecer el menor valor posible, de acuerdo a las condiciones del mercado.

Así, si bien la entidad pudo alcanzar los demás objetivos mencionados, la obtención del menor precio posible fue prácticamente nula en los procesos analizados, con lo cual no se obtuvieron beneficios por parte del Estado en su calidad de consumidor. Es preciso recordar, de igual manera, que dichos objetivos son concomitantes y, por ende, ajenos a la preponderancia de uno o más sobre los otros, como lo pretenden ver los investigados.

Adicionalmente, deben tenerse en cuenta los argumentos expuestos por esta Delegatura en el numeral **4.4.2.2.** del presente capítulo, en tanto que los investigados que participaron en el acuerdo no estaban autorizados y mucho menos obligados, a satisfacer la demanda del mercado objeto de estudio, incumpliendo las normas de protección de la competencia.

Finalmente, la Delegatura reafirma que el Estado, actuando en su rol como consumidor, tiene derecho y, además, está en la obligación no solo de adquirir todos los bienes y servicios que requiere, sino de obtenerlos con la mejor calidad y a un precio adecuado, con lo cual se generan

³⁷⁰ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 29:54 “¿Qué pudo haber sido mejor...? ¡Sí!”. Alegatos de **IBEASER-JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**).

³⁷¹ “La colusión entre diferentes proponentes en un proceso licitatorio, puede causar daño en los procesos en donde se busca el abastecimiento público, lo que no es otra cosa que la realización de maniobras fraudulentas para apropiarse del presupuesto público que tienen los procesos de licitación pública, que no es más que adueñarse de los recursos de los contribuyentes”. Recuperado de <http://repository.urosario.edu.co/bitstream/handle/10336/3591/53166440-2012.pdf?sequence=1>, en fecha 10 de septiembre de 2019.

eficiencias en el gasto público. En el mismo sentido, se mantiene incólume la consideración respecto a que el único criterio para la selección objetiva de contratistas en los supuestos en los que las entidades públicas adquieren **BCTU** —para el caso concreto, comidas listas y panadería larga vida— es el de menor valor.

4.4.2.6. La supuesta falta de capacidad instalada de las empresas no puede justificar el acuerdo ejecutado

Los investigados —en especial **PROLAC** e **IBEASER**— manifestaron que no contaban con la capacidad instalada para producir, en los tiempos estipulados por los boletines informativos, más productos de aquellos que les fueron asignados en el esquema de distribución. En consecuencia, dada esa ausencia de capacidad instalada los investigados consideraron que las “*coordinaciones específicas*” entre ellos permitieron superar ese aspecto y producir, entre todos, los alimentos requeridos en los términos de entrega fijados por la **ALFM**. Una vez más, la Delegatura advierte que este argumento no tiene fundamento, por las siguientes dos razones.

La primera de ellas consiste en que la limitada capacidad instalada de las empresas investigadas no justifica, en ninguna circunstancia, la existencia del acuerdo anticompetitivo demostrado.

En efecto, en un escenario de sana competencia, lo normal es que las empresas tengan en cuenta su capacidad instalada real de producción para decidir qué productos ofertar en las ruedas de negociación y así maximizar sus ganancias, sin que en esta decisión influya la capacidad instalada de terceros. De manera que las empresas ofertan los productos que de acuerdo con su real capacidad instalada estén en capacidad de producir.

En ese sentido, la ausencia de capacidad instalada de las empresas investigadas para producir individualmente la totalidad de los productos demandados en los boletines informativos no era, ni puede ser, un aspecto que debía ser superado mediante la celebración del acuerdo anticompetitivo demostrado, pues aquellas bien podían ofertar únicamente los productos que de acuerdo con su capacidad instalada real eran capaces de producir, ya que en dichos boletines la **ALFM** no exigía que un solo proveedor elaborara todos los productos demandados.

Así las cosas, es claro que si en las ruedas de negociación las empresas investigadas se hubieran presentado de forma independiente a ofertar los productos que podían producir, teniendo en cuenta su verdadera capacidad instalada, esto no sería objeto de reproche por parte de esta autoridad.

La segunda razón consiste en que alegar la insuficiencia de capacidad instalada revela que el acuerdo inhibió los estímulos para competir, al punto que los investigados no encontraron incentivos para innovar en sus procesos de producción o aumentar su capacidad instalada. A juicio de la Delegatura, si los investigados hubieran estado en un escenario de competencia hubieran tenido incentivos para implementar alguna estrategia con el fin de aumentar su capacidad instalada y competir por la adjudicación de los productos³⁷². Sin embargo, amparados por la comodidad que les brindaba el acuerdo anticompetitivo, se conformaron con la repartición de las comidas listas y la panadería larga vida, pues ello les aseguraba la obtención ilegal de utilidades pese a sus propias ineficiencias, en desmedro de la eficiencia de los mercados, del gasto público y del bienestar del Estado consumidor. Nótese, adicionalmente, que desde otra perspectiva el comportamiento coordinado impidió que la falta de capacidad entre los proponentes fuera suplida mediante la entrada de nuevos competidores que dinamizaran el mercado materia de análisis. La coordinación, como ya quedó expuesto, generó infranqueables barreras a la entrada que impidieron la aparición de nuevos proponentes.

Para sustentar las conclusiones anotadas la Delegatura llama la atención sobre un aspecto insólito. **PROLAC** e **IBEASER** procuraron justificar el acuerdo fundados en sus propias ineficiencias. A continuación, las razones que sustentan esta afirmación.

³⁷² Recuperado de https://www.frdelpino.es/wp-content/uploads/2014/10/es_02-Ca%C3%B1izares.pdf, en fecha 30 de julio de 2019.

En primer lugar, se advierte que **PROLAC** alegó (i) que tiene un sistema de producción semi-automático que ocasiona que sus tiempos de producción sean mayores con relación a sus competidores; (ii) que la maquinaria con la que cuenta la planta de producción no tiene la capacidad suficiente para atender el suministro de la **ALFM**; y, además (iii) que su planta de producción es la misma hace 10 años³⁷³. Para la Delegatura resulta claro que estas razones no son admisibles, por cuanto ello implicaría que las ineficiencias de este agente del mercado se trasladen al Estado como consumidor y que la cartelización es una solución legítima para los empresarios que no hacen las inversiones y los esfuerzos necesarios para mantenerse en el mercado.

Ello demuestra que los investigados no tenían ningún incentivo para competir entre ellos, lo que evitó que se generaran *“beneficios relacionados con menores precios, ganancias de eficiencia e innovación”*³⁷⁴ en ese mercado. En este sentido, el acuerdo adquiere el carácter restrictivo de la libre competencia económica, toda vez que frenó la eficiencia productiva de **PROLAC**, que de haber estado en un escenario de sana confrontación con sus competidores hubiera tenido mayores incentivos para innovar³⁷⁵ —so pena, quizás, de tener que salir del mercado—, circunstancias que no se dieron en esta empresa. Tal como **PROLAC** lo reconoció, mantuvo su capacidad productiva prácticamente igual desde su incursión en la producción de comidas listas y panadería larga vida.

En definitiva, ningún efecto benéfico puede ser atribuido al acuerdo celebrado entre los investigados. Como quedó visto, no generó eficiencias en el mercado y, por el contrario, procuró que empresas ineficientes en su aparato de producción, amparadas por un acuerdo con sus competidores, resultaran vendiendo a la **ALFM** a un precio que, en consecuencia, tampoco generó eficiencias en el gasto público y que los hizo beneficiarios de utilidades que no encuentran justificación en un escenario de libre competencia.

En segundo lugar, **IBEASER** presentó un dictamen pericial con el propósito *“de realizar la descripción del proceso productivo aplicado por Ibeaser para la elaboración y entrega de las comidas listas y panadería larga vida, los controles de calidad e inocuidad aplicados en dichos procesos y los tiempos requeridos para la producción y liberación de los productos”*³⁷⁶. En relación con la falta de incentivos para competir, que redundaba en la falta de estímulos para mejorar la eficiencia en los procesos productivos, la Delegatura destaca un aspecto del dictamen.

Este aspecto consiste en que la perito encontró acreditado que en **IBEASER** existen limitantes tecnológicas que afectan los tiempos de producción de las comidas listas y que, en consecuencia, fueron identificados por como *“los mayores cuellos de botella”*. Entre ellos, se destaca la *“capacidad de suministro de vapor de las autoclaves”*. En efecto, el dictamen señaló que **IBEASER** cuenta con tres autoclaves³⁷⁷ *“habilitadas para el proceso”* de tratamiento térmico de esterilización³⁷⁸ a que deben ser sometidas las comidas listas³⁷⁹. No obstante, solo dos de ellas pueden funcionar de manera simultánea, habida cuenta que *“el suministro de vapor es una línea compartida que no tiene la capacidad para mantener las tres autoclaves a la presión requerida al mismo tiempo. De forma simultánea se pueden utilizar solo dos calderas, alternando el inicio entre la primera y la segunda”*.

³⁷³ Folio 6240 del cuaderno público No. 32 (declaración **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO**. Minuto 14:40 a 15:20).

³⁷⁴ Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>, en fecha 2 de agosto de 2019, pág. 81.

³⁷⁵ **OCDE**: *“Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia”* recuperado el 31 de agosto de 2019.

³⁷⁶ Prueba pericial practicada por la ingeniera química Jenny Alexandra Molina Albarracín. Folios 5321 a 5366 del cuaderno público No. 28.

³⁷⁷ Según el dictamen pericial, el cual se funda en la Resolución 5109 de 2005, del Ministerio de Protección Social, las autoclaves son un *“equipo destinado al tratamiento térmico de un alimento envasado en recipientes herméticamente cerrados que trabaja con parámetros de presión y temperatura”*.

³⁷⁸ Según el dictamen pericial, las bolsas con las comidas listas *“se organizan en canastillas y se ingresan a una máquina denominada autoclave, en la que son sometidas a temperatura y presión para garantizar la cocción e inocuidad en el producto terminado, permitiendo un periodo de vida útil prolongado. Dependiendo del tipo de producto, esta etapa del proceso tiene un tiempo de duración entre 90-120 minutos por autoclave”*.

³⁷⁹ Se destaca que la panadería larga vida no está sometida al proceso de esterilización, por cuanto la cocción de estos alimentos es a altas temperaturas que superan los 120°.

De lo anterior la Delegatura concluye que **IBEASER** no puede realizar el tratamiento de esterilización a más productos. En efecto, desde 2013 —fecha de adquisición de la última autoclave—³⁸⁰ esta empresa pierde la posibilidad de “*incrementar la capacidad máxima de comidas listas*” que se esterilizan en las autoclaves. Sobre este aspecto, la experta declaró:

Jenny Alexandra Molina Albarracín: “*lo que eso sucede porque como veíamos hace un rato ellos arrancaron con dos autoclaves, entonces ellos en el diseño inicial que hicieron de su caldera, pues su caldera se diseñó para que pudiera funcionar con dos autoclaves, cuando se adquirió la tercera no se hizo digamos la reconfiguración de, ni se compró otra caldera adicional, entonces ellos tienen esa restricción, entonces ahí es importante tener en cuenta que no podemos contar con la capacidad de las tres autoclaves al mismo tiempo, solo dos de ellas*”³⁸¹.

Téngase en cuenta que, según lo descrito en el dictamen, **IBEASER** cuenta con 3 autoclaves con capacidad para esterilizar baches³⁸² de 1.900, 1.100 y 1.500 unidades respectivamente, de manera que la experta concluyó que esta es la etapa que genera “*el mayor cuello de botella*”. Sin embargo, como no pueden funcionar simultáneamente, esta empresa pierde la oportunidad de esterilizar 1.100 productos cada vez que realice esta etapa del proceso de producción³⁸³.

Para ejemplificar el argumento recién expuesto, la Delegatura hizo el contraste entre el número de alimentos que podrían ser esterilizados en seis horas si las tres máquinas funcionaran y el número de alimentos que podrían ser esterilizados con dos máquinas funcionando. Para este ejercicio se tomó como tiempo para la esterilidad el más largo, esto es, 120 minutos, según el dictamen pericial. El ejercicio realizado demuestra que en 7 horas en la fase de esterilización utilizando tres máquinas, se hubieran podido esterilizar 9.000 comidas listas, mientras que con solo dos máquinas tan solo se esterilizan 6.800 comidas listas, esto es, un 24% menos de unidades.

En consecuencia, el comportamiento de **IBEASER**, materializado en que desde el 2013 no ha implementado medidas para superar “*cuellos de botella*” en su proceso de producción, no encuentra explicación en un escenario de competencia, en el cual las empresas procuran identificar y adoptar las gestiones necesarias para mejorar sus procesos con el ánimo de maximizar sus beneficios, ampliar sus mercados o simplemente para poder mantenerse en ellos.

En efecto, si se tratara de un escenario en el que existieran los incentivos propios de un mercado competitivo, resultaría razonable considerar que **IBEASER**, como agente conocedor del mercado, hubiera implementado alguna estrategia para superar la falta de una caldera, con el fin de aumentar su capacidad de producción y poder competir por una mayor cantidad de productos, en cuyo caso se hubieran generado “*beneficios relacionados con menores precios, ganancias de eficiencia e innovación*”³⁸⁴ en el mercado de compra de comidas listas y panadería larga vida. Con ello, además, se habrían generado los demás beneficios económicos y sociales que se le atribuyen a la libre competencia económica³⁸⁵.

³⁸⁰ Folio 5340 del cuaderno público No. 28.

³⁸¹ Folio 6971 del cuaderno público No. 34 (Declaración de Jenny Alexandra Molina Albarracín). Segunda parte, minuto 50:18.

³⁸² Se entiende por bache cada grupo de unidades que salen de la autoclave luego de finalizar la esterilización.

³⁸³ El dictamen señala que es indiferente la elección de las dos autoclaves que funcionaran simultáneamente. Se parte de la base de que procurarán utilizar de manera simultánea las dos que tienen mayor capacidad para esterilizar.

³⁸⁴ Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/98765433.pdf>, en fecha 2 de agosto de 2019, pág. 81.

³⁸⁵ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), “*Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia*”. Disponible en: <https://www.oecd.org/daf/competition/2014-competition-factsheet-iv-es.pdf>. Consultado el 26 de septiembre de 2019. “*Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad). // Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo. // Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto,*

Por el contrario, como se advierte en este caso, los agentes del mercado no encontraron incentivos para diseñar, identificar y ejecutar estrategias que aumentarían su eficiencia económica debido a que prefirieron los beneficios producto de la coordinación con sus competidores, pues les garantizaba una porción del mercado sin tener que incurrir en costos relacionados con la innovación y ampliación de los procesos productivos necesarios para conquistarlo.

En definitiva, no puede considerarse que el acuerdo produjo resultados benéficos, si lo que ha quedado demostrado es que, entre otros, (i) el esquema de distribución de productos trasladó las ineficiencias de los procesos de producción de los proveedores de comidas listas y panadería larga vida al Estado consumidor, quien en consecuencia fue privado de obtener ahorros en los precios de compra de las comidas listas y la panadería larga vida; (ii) permitió que estas empresas extrajeran de manera ilegal los recursos del Estado, mediante la obtención de utilidades que tienen como fuente un acuerdo anticompetitivo; y (iii) evitó que durante más de siete años los agentes proveedores del mercado de comidas listas desarrollaran nuevas estrategias para mejorar su producción, con lo cual este mercado permaneció estancado en sus propias ineficiencias y cerrado a los demás potenciales competidores que estaban por fuera del acuerdo.

4.4.2.7. La interpretación según la cual el acuerdo de los investigados está permitido por el artículo 5.2.1.14 del reglamento interno de la BMC, toda vez que el mercado de comidas listas es un monopsonio con poca liquidez de productos, resulta inadmisibles

LHO, LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de LHO) y **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de LHO) allegaron un “*dictamen pericial*” que sostuvo que la conducta descrita en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos, consistente en que los escasos productores de comidas listas y panadería larga vida realizaron acuerdos para la distribución de los productos que serían adquiridos por la **ALFM** en el escenario del **MPC** de la **BMC**, es una conducta permitida en el artículo 5.1.1.14 del reglamento interno de la **BMC**, cuyo propósito final es el de superar la “*iliquidez*” de comidas listas y panadería larga vida en el **MCP**.

En ese sentido, el experto señaló que la posibilidad de compartir información antes de las operaciones y llegar a “*acuerdos*” previos permitió superar las fallas del mercado de comidas listas y panadería larga vida, esto es, la existencia de un monopsonio y la falta de liquidez de dichos productos, con lo que se habría logrado la satisfacción de las necesidades tanto de la **ALFM**, al adquirir la totalidad de los productos demandados en los tiempos fijados en los boletines informativos, como de los investigados, al lograr vender los productos que se les facilitaba producir en dichos tiempos.

Previo a que la Delegatura se pronuncie sobre las conclusiones recién expuestas, se advierte que, aunque haya sido decretado y practicado como un dictamen pericial, lo cierto es que este documento trata sobre la interpretación de una norma del reglamento interno de la **BMC** y respecto al “*carácter no ilegal*” del acuerdo. Así las cosas, de conformidad con el artículo 226 del

una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general. // (...) // Existen otros muchos estudios económicos que ofrecen datos al respecto, en muchos casos a partir del trabajo de Nickell, profundizando en ello. Por ejemplo, Disney, Haskell y Heden (2003) barajan datos de 140.000 empresas y concluyen: «La competencia en el mercado incrementa de forma significativa el nivel y el crecimiento de la productividad». Blundell, Griffith y Van Reenen (1999), al examinar un conjunto de datos de empresas manufactureras del Reino Unido, constatan también un efecto positivo de la competencia en los mercados de producto sobre el crecimiento de la productividad. En un estudio con 500 empresas alemanas, Januszewski (2002) identifica también un vínculo positivo entre crecimiento de la productividad y competencia. Aghion et al. (2004, 2009) trabajan a partir de datos de crecimiento de la productividad a nivel micro en empresas y de patentes en el Reino Unido, y considerando la oleada de reformas que en los años ochenta introdujeron más competencia en la economía, encuentran que la entrada de empresas extranjeras condujo a una mayor innovación y un crecimiento más rápido de la productividad total de los factores de los operadores nacionales y, por ende, a mayores crecimientos de la productividad agregada”.

CGP, este documento y su sustentación serán tenidos en cuenta en esta investigación “*como alegaciones de las partes*”. La anterior tesis tiene como fundamento dos aspectos.

El primero de ellos se refiere a que quien presentó el dictamen, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**, es abogado, quien reconoció que adquirió sus conocimientos en economía “*por el trajinar profesional, eh va uno teniendo afinidad con el tema [económico] (...) y por el ejercicio profesional pues va uno necesariamente teniendo que involucrarse en las variables económicas que explican o le dan fundamento al mercado de valores en general*”³⁸⁶. Por lo tanto, es claro que el abogado no cuenta con los conocimientos especializados y acreditados que se requieren para verificar los hechos objeto de análisis en la presente actuación administrativa.

El segundo aspecto consiste en que sus conclusiones se dirigen a proponer una interpretación del artículo 5.1.1.14 del reglamento interno de la **BMC**, el cual, según el abogado referido, faculta a los “*vendedores*” a “*compartir información relativa a los elementos*” de la operación de forma previa a su celebración, por lo que en su concepto el acuerdo objeto de investigación no tiene el carácter de “*ilegal*”. La interpretación de las normas jurídicas no es un aspecto que corresponda al objeto de un dictamen pericial. En todo caso, la Delegatura anticipa que esa interpretación es inadmisibile.

Así las cosas, bajo la consideración de que el documento analizado contiene un alegato de los investigados, la Delegatura analizará las afirmaciones de ese documento que no hayan sido abordadas con anterioridad al contestar las defensas de los investigados. En ese sentido, procederá a examinar algunas de las inconsistencias presentadas en dicho concepto, en particular las atinentes a tres aspectos fundamentales: (i) la estructura monopsónica del mercado de productos alimenticios destinados al ensamble de raciones de campaña; (ii) la iliquidez de los productos referidos; y (iii) la posibilidad de los potenciales proveedores de comidas listas y panadería larga vida de compartir información y efectuar acuerdos para facilitar o viabilizar la futura celebración de las operaciones en las ruedas de negociación de la **BMC**, aspecto no solo necesario sino permitido con las normas de la **BMC**, según el artículo 5.1.2.14. de su reglamento.

4.4.2.7.1. En relación con la supuesta estructura monopsónica del mercado de productos alimenticios para raciones de campaña

EVER LEONEL ARIZA MARÍN señaló que el mercado de raciones de campaña para las Fuerzas Militares tiene una estructura de monopsonio. En sustento de su afirmación únicamente manifestó que “*el único comprador durante los últimos 7 años ha sido la ALFM*”³⁸⁷.

La afirmación referida es errada por la siguiente razón: la sola circunstancia de que la **ALFM** sea el único comprador no es determinante para que se predique la existencia de un monopsonio. Así, en relación con las características de un mercado monopsónico la Delegatura advierte que, si bien existe un solo comprador y varios vendedores, lo cierto es que dicho comprador debe tener poder de mercado, el cual se presenta cuando éste puede reducir el precio de compra a niveles más bajos en relación con el precio de competencia³⁸⁸. El aspecto citado en líneas anteriores, aunque no es el único que caracteriza este tipo de mercados, es el principal aspecto determinante, pues “*el precio que se fijaría en el mercado monopsónico es significativamente más bajo que aquel que sería fijado en un mercado competitivo*”³⁸⁹.

Al respecto, es importante anotar que en el mercado de compra de comidas listas y panadería larga vida, la formación de precios no se realizó de forma arbitraria y que los vendedores de estos productos podían participar activamente en este proceso, como se explicará a continuación.

³⁸⁶ Folio 6973 del cuaderno público No. 34 (declaración **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Minuto 9:24).

³⁸⁷ *Ibidem*, pág. 93.

³⁸⁸ OECD. (2008). *Monopsony and Buyer Power, Policy Roundtables*, pág. 21. Recuperado de <https://www.oecd.org/daf/competition/44445750.pdf>, en fecha 13 de agosto de 2019.

³⁸⁹ Juan Pablo Herrera Saavedra, 2009. “*Una breve aproximación teórica a modelos de monopsonio y oligopsonio*”. Documentos de Economía 007751, Universidad Javeriana, Bogotá.

EVER LEONEL ARIZA MARÍN advirtió que la **ALFM** tiene la obligación de establecer en las fichas técnicas de negociación preliminares el precio máximo que está dispuesto a pagar por los productos de comidas listas y panadería larga vida. Respecto de este precio máximo es importante realizar las siguientes precisiones³⁹⁰: (i) es informado a todo el mercado y puede ser discutido mediante la formulación de observaciones —que pueden o no ser atendidas por la **ALFM**—³⁹¹; (ii) para la fijación del precio de referencia se tienen en cuenta negociaciones anteriores realizadas en la **BMC** y los estudios de costos que la **ALFM** haya realizado internamente³⁹²; y (iii) la **SCB** que actúa por cuenta de la **ALFM** realiza un acompañamiento a dicha entidad, para proceder a fijar el precio máximo³⁹³.

Los vendedores, por su parte, fijan el precio de venta con base en un estudio de costos de producción. Este precio debe ser capaz de cubrir esos costos y dejarles un margen de ganancias. Así, entre las herramientas con las que cuentan los vendedores para participar en la determinación del precio de compra por parte de la **ALFM** se encuentran:

(i) Formular observaciones al precio máximo fijado por la **ALFM**, así como a las demás condiciones que formule la entidad. Esto, en caso de que dicho precio no se ajuste a sus expectativas, tal como se evidenció en el numeral **4.1.2.** de este informe motivado.

(ii) Presentar posturas el día de la rueda de negociación. Respecto de este escenario es pertinente exponer la dinámica³⁹⁴ que brinda a los vendedores herramientas adicionales para participar activamente en la formación de precios: **a)** en caso de que se presente una postura fuera de la banda de precios se genera una suspensión, la cual tiene una duración de 15 minutos conforme lo establece el Reglamento de la **BMC**; **b)** se reanuda la negociación con un nuevo precio de referencia que será el máximo o el mínimo que generó la suspensión; **c)** procede una segunda suspensión por 15 minutos y si se presenta un nuevo rompimiento de precios, se suspenderá la negociación por el resto del día; y **d)** en la siguiente rueda se fijará una banda de precios más amplia, denominada banda de liberación de precio, en la cual se permitirá una variación de hasta el 100% del precio que generó la suspensión de la rueda inmediatamente anterior.

Los vendedores podían igualmente presentar observaciones frente a los precios establecidos en las fichas técnicas de negociación. Sin embargo, la Delegatura destaca que en la etapa probatoria de esta actuación administrativa no se encontró acreditado que los investigados hubieran propuesto observaciones en este preciso aspecto, lo que hubiera evidenciado su inconformidad respecto de estos precios.

En línea con lo anterior, es importante resaltar que **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** afirmó que la ausencia de observaciones a la ficha técnica de negociación supone una aceptación implícita del precio. Así, de haber sido este inferior al precio formado en un mercado competitivo —como se daría ante la existencia de un monopsonio—, los vendedores, tal como se anotó previamente, contaban con múltiples herramientas para participar en la formación del precio de compra de los productos de comidas listas y panadería larga vida.

Aunado a lo anterior, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** reconoció en su concepto que “*sería poco probable, entonces, que el precio máximo establecido en la FTN definitiva no corresponda a las condiciones de mercado*”³⁹⁵. Esto, por supuesto, va en contra de su afirmación relacionada con la existencia de un monopsonio en el mercado bajo análisis, ya que implicaría que el precio se forma bajo las condiciones de un mercado competitivo pese a que, ante la existencia de un monopsonio, dicho precio debería ser inferior.

³⁹⁰ Concepto emitido por **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Cuaderno público No. 29, folio 5474.

³⁹¹ Artículo 3.1.2.5.4.2 de Circular única BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 30 de enero de 2019.

³⁹² Artículo 3.1.3.1.1. Circular única BMC. Bolsa Mercantil de Colombia S.A. Vigente al 11 de mayo de 2018.

³⁹³ Artículo 3.1.2.5.3.1. Circular única BMC. Bolsa Mercantil de Colombia S.A. Vigente al 11 de mayo de 2018.

³⁹⁴ Artículos 3.2.1.3.3 a 3.2.1.3.5 de normas reglamentarias de la BMC Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigentes al 24 de enero de 2017. Artículos 3.1.3.1.3 y 3.1.3.1.4 Circular única BMC. Bolsa Mercantil de Colombia S.A. vigente al 11 de mayo de 2018.

³⁹⁵ Concepto emitido por **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Cuaderno público No. 29, folio 5468.

Así, en ninguna circunstancia la **ALFM** tenía poder de mercado para fijar precios inferiores a los que se hubieran dado en un mercado competitivo. Por lo anterior, se concluye que el mercado de compra de comidas listas y panadería larga vida, destinada al ensamble de raciones de campaña, no es un monopsonio para los efectos relevantes para la defensa bajo análisis. El sustento de esta conclusión se encuentra en que: (i) los vendedores tenían múltiples herramientas para participar en la formación del precio de compra y (ii) este precio efectivamente reflejaba las condiciones del mercado.

Finalmente, es importante anotar que en caso de que existiera una estructura de monopsonio al interior del mercado de comidas listas y panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña, esta circunstancia no justificaría el acuerdo anticompetitivo establecido entre los investigados, puesto que, si la **ALFM** hubiera fijado precios muy bajos para la adquisición de los productos mencionados, las empresas podrían haber presentado observaciones frente a dichos precios o bien, en ejercicio de la libertad de empresa, habrían podido abstenerse de participar en este mercado como vendedores.

4.4.2.7.2. En relación con la iliquidez de los productos en mención

Una de las premisas principales del dictamen pericial consiste en afirmar que la iliquidez de los productos para raciones de campaña —especialmente el de comidas listas y de panadería larga vida— constituye una falla de mercado. En relación con ello, es preciso señalar que una falla del mercado ocurre “cuando la acción de los individuos persiguiendo su propio interés produce resultados negativos para la sociedad en su conjunto”³⁹⁶.

Señalado lo anterior, a continuación se expondrán los conceptos mencionados en el documento aportado, referidos a la supuesta iliquidez de estos productos, las consecuencias que en criterio de **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** tendría aquella en el mercado y el análisis de la Delegatura en relación con dichas afirmaciones.

En primer lugar, la liquidez de un activo es definida, en los alegatos aportados, como la facilidad con la cual un activo se puede convertir en dinero³⁹⁷. Dicha liquidez estaría demarcada por “el sistema de intercambio (transparente, seguro y no discriminatorio), la pluralidad de agentes (muchos compradores y vendedores), el bajo esfuerzo en transar el bien y los bajos costos de transacción”³⁹⁸. Así, con base en estas características, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** consideró que los productos de comidas listas y panadería larga vida deben ser catalogados como productos ilíquidos, principalmente debido a “la cantidad baja de vendedores y un solo comprador y la dificultad de comprar y vender estos bienes tan específicos a más agentes distintos de los que ya participan en el mercado”³⁹⁹. Otra circunstancia identificada en el concepto aportado que disminuiría la liquidez de los productos, se refiere a las calidades particulares de que tratan las fichas técnicas de negociación que, al individualizar a tal nivel un producto, puede hacer que este pierda liquidez.

Así, para **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** es claro que, debido a que los interesados en vender comidas listas y panadería larga vida en el **MCP** de la **BMC** dependerán de las necesidades de la **ALFM**, los productos referidos serían ilíquidos. Esto significa que, en concepto del referido experto, si la **ALFM** no tiene la necesidad de adquirir dichos productos, los proveedores no podrán venderlos a ningún otro comprador interesado. Adicionalmente, si con la emisión de las fichas técnicas se establecieran características específicas de los productos, y si las posturas de compra fueran esporádicas, el activo no tendría mercado y por tanto carecería de liquidez. Lo anterior generaría un problema como lo es la inexistencia de inventario del producto.

La iliquidez mencionada acarrearía, según **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**, otra grave consecuencia en el mercado de comidas listas y panadería larga vida: si, llegado el caso, alguien quiere o necesita negociar un activo ilíquido, se vería en la necesidad de realizar gestiones fuera de la bolsa “para contactar a potenciales compradores o vendedores, a fin de ir

³⁹⁶ Krugman, P., Wells, R., & Graddy, K. (2012). Fundamentos de Economía (segunda edición).

³⁹⁷ Concepto emitido por **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Cuaderno público No. 29, folio 5442.

³⁹⁸ Concepto emitido por **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Cuaderno público No. 29, folio 5445.

³⁹⁹ Concepto emitido por **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Cuaderno público No. 29, folio 5445.

generando mercado. De esta forma podrá establecer si existen interesados, por qué cantidad y a qué posibles precios, a partir de lo cual se genera la motivación para que esas personas acudan posteriormente a la bolsa para celebrar los negocios en la rueda de negociación⁴⁰⁰. En el concepto se indica que esta gestión previa se denomina “premercadeo” y que su realización es permitida.

A continuación la Delegatura analizará las anteriores afirmaciones, relacionadas con la supuesta iliquidez de los productos de comidas listas y panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña.

Durante la audiencia de contradicción del documento analizado, el señor **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** confirmó que “*las raciones de campaña ni los productos preparados para estas raciones son bienes líquidos, son ilíquidos (...) no hay oferta y demanda continua de eso, ni hay multiplicidad de compradores ni vendedores de eso todo el tiempo no lo hay*”⁴⁰¹. Para la Delegatura, tal afirmación es errada por varias razones.

La primera de ellas consiste en que, como se estableció en la sección **4.2.3.1.** del presente informe motivado, la demanda de productos de comidas listas y panadería larga vida era constante y predecible y, pese a no existir multiplicidad de compradores ni de vendedores, sí hay un mercado para estos productos.

La segunda razón consiste en que la etapa de habilitación de las **SCB** de la punta vendedora demuestra que para el momento de la rueda de negociación existirían proveedores dispuestos a ofertar sus productos, tal como el referido abogado lo reconoció:

Pregunta: “¿Es decir que en el momento de la rueda de negociación está claro quién tiene capacidad de atender, como lo acaba de decir usted los requerimientos de la ficha técnica?”⁴⁰²

Ever Leonel Ariza Marín: Sí, por supuesto.⁴⁰³

Pregunta: ¿Es decir que en el momento de iniciar la rueda de negociación hay compradores y hay vendedores que están interesados en llegar a un negocio?⁴⁰⁴

Ever Leonel Ariza Marín: Pues hay un comprador y los habilitados vendedores, sí⁴⁰⁵.

De este modo, es claro que antes de iniciar la rueda de negociación ya está claramente definido (i) quién es el comprador, esto es, la **ALFM**, entidad que manifiesta con anterioridad su interés de adquirir productos y emite los correspondientes boletines informativos acompañados de las fichas técnicas de negociación, y (ii) quiénes serán los vendedores, que a través del proceso de habilitación manifiestan su intención de ofertar por determinados productos —ver sección **4.1.** del presente informe motivado para más detalle—.

Sobre la liquidez de los productos, al tomar en cuenta la definición inicial que se expone en el documento aportado, es importante anotar que esta iliquidez no es aplicable por cuanto los productos eran elaborados por demanda, es decir, los proveedores debían producir dichos productos solamente después de que estos fueran adjudicados en las ruedas de negociación. Esto implica que todos los productos ya estaban vendidos cuando iniciaba el proceso de producción y los vendedores no debían salir al mercado a venderlos, por cuanto estos ya tenían comprador. Así, la ausencia de inventarios no se puede considerar como una falla de mercado, sino simplemente como una característica no sólo de este mercado, sino de otros en los que solamente se producen los productos cuando se realiza una demanda efectiva por estos.

Sobre la necesidad de realizar gestiones previas a la negociación por parte de un agente que estaría interesado en estos productos —tema que será analizado con más detalle en la siguiente

⁴⁰⁰ Concepto emitido por **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Cuaderno público No. 29, folio 5472.

⁴⁰¹ Folio 6973 del cuaderno público No. 34 (declaración **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Minuto 1:17:30).

⁴⁰² Folio 6973 del cuaderno público No. 34 (declaración **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Minuto 2:15:18).

⁴⁰³ Folio 6973 del cuaderno público No. 34 (declaración **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Minuto 2:15:31).

⁴⁰⁴ Folio 6973 del cuaderno público No. 34 (declaración **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Minuto 2:15:33).

⁴⁰⁵ Folio 6973 del cuaderno público No. 34 (declaración **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Minuto 2:15:44).

sección—, es pertinente indicar que en ninguna circunstancia era necesario ese tipo de gestión por parte de vendedores o compradores. Para la **ALFM** no era necesario por cuanto al emitir las fichas técnicas de negociación y presentarse compañías que se habilitan, se da por entendido que estas están dispuestas a ofertar dichos productos bajo las características establecidas. Respecto a los vendedores tampoco es necesario realizar dichas gestiones, pues al emitir la **ALFM** los boletines informativos, es claro que está interesada en adquirir los productos de comidas listas y panadería larga vida. Así, estas gestiones previas realizadas con el fin de “*contactar a potenciales compradores o vendedores*” no serían en absoluto necesarias porque el **MCP** de la **BMC** garantiza que en las ruedas de negociación participen los compradores y vendedores interesados en realizar la venta y compra de los productos mencionados, bajo las especificaciones de las fichas técnicas de negociación.

Por último, no es cierto que la expedición de dichas fichas técnicas, acompañadas de sus respectivos boletines informativos, sea un factor que disminuya la liquidez de los productos de comidas listas y panadería larga vida negociados en el **MCP**. Ese es el procedimiento dispuesto para todos los productos que se adquieren en el **MCP** y, en general, en todos los procesos de selección contractual, en los cuales las entidades estatales interesadas en contratar la adquisición de bienes y servicios solicitan los productos a adquirir con las especificaciones que consideren necesarias.

Respecto de los múltiples requisitos técnicos y sanitarios “*cuyo cumplimiento demanda una gran capacidad técnica, logística y operativa*”, es claro que al momento de participar en el mercado los productores tenían claros dichos requisitos y sabían que su incumplimiento acarrearía sanciones. Como lo menciona igualmente **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**, las empresas multi-producto son las que suelen vender en este mercado, puesto que el mismo “*no ofrece oportunidades para que existan empresas dedicadas exclusivamente a la oferta de dichos bienes*”. Por lo anterior, como ya se ha mencionado, es claro que las empresas investigadas no estaban obligadas a participar en el mercado si consideraban las condiciones de compra “*demasiado tirantes*” o no podían satisfacer las especificaciones técnicas y sanitarias establecidas en las fichas técnicas de negociación.

4.4.2.7.3. Análisis del argumento consistente en que el artículo 5.1.2.14. del reglamento de la BMC facultaba a los proveedores de comidas listas y panadería larga vida para compartir información y efectuar acuerdos encaminados a facilitar o viabilizar la futura celebración de las operaciones en las ruedas de negociación

EVER LEONEL ARIZA MARÍN propuso una imprecisa equivalencia entre (i) gestiones de “*premercadeo*” libremente aceptadas en el mercado de valores y (ii) las normas establecidas en el reglamento de la **BMC**. El fundamento de esa equivalencia lo fijó en el concepto de “*operaciones preacordadas y premercadeo*” del Autorregulador del Mercado de Valores de Colombia (AMV)⁴⁰⁶. Sobre esa base, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** consideró que en dicho reglamento existe un precepto que permite las gestiones mencionadas entre los proveedores participantes en los procesos de selección que se adelantan en el **MCP** de la **BMC**. La norma sería el artículo 5.1.2.14⁴⁰⁷, que literalmente indica lo siguiente:

⁴⁰⁶ Para justificar esta situación **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** afirma que, en un mercado bursátil líquido, por tratarse de un mercado ideal, no tiene sentido que los interesados en operaciones en bolsa tengan conversaciones previas sobre las operaciones. Sin embargo, en su concepto, cuando el activo inscrito en bolsa es ilíquido, las negociaciones en bolsa ya no son adecuadas para satisfacer posturas de compra y venta, cuestión que genera ineficiencias. Así, esta condición de iliquidez otorga la facultad para que quien quiere o necesite negociar un activo ilíquido tenga que realizar gestiones por fuera de bolsa para contactar a potenciales compradores o vendedores a fin de generar mercado y, de esta manera, establecer si existen interesados, por qué cantidad y a qué posibles precios. A partir de lo cual, a su juicio, se genera la motivación para que estos actores acudan posteriormente a la bolsa para participar en las ruedas de negociación. En consecuencia, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** sostiene que el mercado de valores colombiano está gestión previa se ha denominado “*premercadeo*” y su realización es aceptada por las autoridades del mercado por no resultar contraria a la libre competencia ni a la adecuada formación de precios, según el concepto de la AMV de marzo 16 de 2007, <https://www.amvcolombia.org.co/attachments/data/20090812154236.pdf>.

⁴⁰⁷ El cual hace parte integrante del “*Capítulo Primero. Deberes y obligaciones comunes*”, del Título Segundo. *Deberes y obligaciones generales de las sociedades comisionistas miembros de la bolsa y de las personas naturales vinculadas a éstas.*

Artículo 5.2.1.14. Libre concurrencia e interferencia en operaciones. *Aprobado por Resolución No. 1377 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia. No se considera que se afecte la libre concurrencia y la interferencia de otros, cuando las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa, de forma previa a la celebración de una operación sobre bienes o productos agropecuarios, agroindustriales o de otros commodities, así como de servicios, documentos de tradición o representativos de mercancías, títulos, valores, derechos, derivados o contratos que puedan transarse en la Bolsa, compartan información relativa a los elementos de la misma*⁴⁰⁸ (destacado fuera del texto original).

De este modo, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** afirmó que el reglamento de la **BMC** permite que los comisionistas puedan tener contacto y compartir información relacionada “con los elementos de una futura operación”, específicamente respecto del producto, cantidad y posible precio al que se desarrollaría la negociación. En el mismo sentido, manifestó que la posibilidad de contacto y de intercambio de información entre los comisionistas tiene un propósito: hacer viable la futura negociación, dadas las limitaciones de oferta y demanda del producto en las ruedas de negociación.

De igual manera, señala que en el contexto del **MCP** de la **BMC**, la norma citada permite que antes de ejecutarse la rueda de negociación puedan tener contacto y compartir información los comisionistas que actuarán en representación del comprador y de los vendedores, sin que ello se considere contrario a las reglas del mercado. En su concepto, este contacto previo se nutre de información e instrucciones impartidas por los respectivos comitentes, decantando así las condiciones para culminar satisfactoriamente la negociación en la **BMC**. Añadió al respecto que, como consecuencia de este contacto preliminar, puede quedar claro que no existe un único vendedor que tenga la capacidad de producir la totalidad de comidas listas y panadería larga vida demandadas por la **ALFM**, o que algunos vendedores estarían interesados en presentar ofertas solamente por algunos productos, o que entre todos al asumir cada uno la producción de determinados alimentos podría, en conjunto, satisfacer la totalidad de la demanda de la **ALFM**.

Así, dadas las condiciones de este mercado —en su criterio, la existencia de un monopsonio y falta de liquidez de los productos—, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** afirmó que “(...) resulta no solo natural, sino además permitido por la regulación aplicable (...), que se produzcan contactos previos, se comparta información y se hagan acuerdos tendientes a lograr materializar las futuras operaciones de bolsa. Únicamente por esta vía se pueden también superar las fallas de mercado y satisfacer las necesidades de todos los interesados (comprador y vendedores)”⁴⁰⁹.

Aclarado lo anterior, la Delegatura se pronunciará acerca de la interpretación que propuso **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**, según la cual la conducta descrita en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos, consistente en que los escasos productores de comidas listas y panadería larga vida desarrollaron y materializaron acuerdos de naturaleza anticompetitiva, es una conducta permitida según el artículo 5.1.2.14 del Reglamento Interno de la **BMC**. Lo anterior, teniendo en cuenta que el propósito principal de dicho acuerdo sería superar las barreras propias de este tipo de mercado, las cuales son la estructura de monopsonio que este detenta y la consabida iliquidez de los productos alimenticios mencionados.

En primer lugar, la Delegatura aclara que la definición de “premercadeo” en la que **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** se basó para rendir su concepto se trata de una noción propia del mercado de valores, la cual no resulta aplicable al caso bajo análisis, que corresponde al **MCP** de **BCTU** y/o productos de origen o destinación agropecuaria. En efecto, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** se refirió al “premercadeo” con fundamento en un concepto rendido por el AMV, que no regula ni guarda relación con el **MCP** de la **BMC**.

Las operaciones en el mercado de valores se concentran en transar derechos de naturaleza negociable, con las características y prerrogativas propias de los títulos valores, las cuales son

⁴⁰⁸ Folio 219 del Reglamento de la **BMC**. Recuperado de <https://www.bolsamerantil.com.co/Portals/0/xPlugin/uploads/2019/2/5/Reglamento%20BMC%20-%20v20190204.pdf>, en fecha 01 de septiembre de 2019.

⁴⁰⁹ Concepto emitido por **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**. Cuaderno público No. 29, folio 5474.

ostensiblemente distintas a las operaciones adelantadas en el MCP⁴¹⁰. En esa medida, para la Delegatura es claro que de manera errada **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** pretendió equiparar un concepto propio del mercado de valores al mercado de compras públicas, sin advertir ni siquiera que, si bien en estos dos escenarios se adelantan negociaciones, lo cierto es que no recaen sobre los mismos bienes, por lo cual la reglamentación de cada uno de estos permite dinámicas de negociación distintas.

Lo anterior, además, sin que pueda considerarse que en alguno de estos escenarios se permiten los acuerdos tendientes a infringir el régimen legal de la libre competencia económica, máxime si se tiene en cuenta que en el mismo concepto de la AMV citado por **EVER LEONEL ARIZA MARÍN**, con el ánimo de justificar la supuesta actividad de “premercadeo” adelantada por los investigados, se reprocha la participación de los sujetos del mercado de valores en una “operación preacordada”. Pues, en criterio de esa entidad, tal actividad no puede generar entre las partes un compromiso de actuar de determinada forma en las respectivas operaciones⁴¹¹.

Aclarado lo anterior, la Delegatura señala que al referirse al contacto que puede existir entre los comisionistas y a que estos pueden compartir información relacionada con elementos de una futura operación, tales como el producto, la cantidad y el posible precio al que se desarrollaría la negociación, **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** desconoce abiertamente la dinámica del acuerdo anticompetitivo objeto de reproche, que no es tolerada por el Reglamento de la **BMC** ni por las normas atinentes a la libre competencia económica.

Sumado a ello, la dinámica objeto de investigación no versó sobre el intercambio de información relacionado con aspectos que bien podrían compartirse entre las **SCB** porque es la información que esos actores del **MCP** de la **BMC** requieren para participar en las ruedas de negociación. Esto es, la información de público conocimiento bien puede ser intercambiada entre ellos.

Por el contrario, la información compartida entre los proveedores de comidas listas y panadería larga vida versó sobre aspectos que determinarían el comportamiento competitivo de los proveedores de la punta vendedora en el marco de los procesos de selección adelantados por la **ALFM** en el **MCP** de la **BMC**, esto es, los productos que podrían ofertar, los productos por los cuales presentarían el “conforme” y por los cuales no, así como el diseño de una estrategia que les permitiera aparentar competencia en las operaciones que se desarrollarían en las ruedas de negociación. Así, los investigados intercambiaban información para distribuirse la elaboración de las comidas listas y panadería larga vida y, por lo tanto, designar entre ellos el adjudicatario del producto.

En segundo lugar, es imprescindible mencionar que las conclusiones a las cuales arribó el experto tras analizar el artículo 5.1.2.14 del Reglamento de la **BMC**, corresponden en realidad a

⁴¹⁰ Sobre el particular consultar la Ley 964 de 2005, en cuyo artículo 2o. dispone, entre otras, “(...) **ARTÍCULO 2o. CONCEPTO DE VALOR.** Para efectos de la presente ley será valor todo derecho de naturaleza negociable que haga parte de una emisión, cuando tenga por objeto o efecto la captación de recursos del público, incluyendo los siguientes: a) Las acciones; b) Los bonos; c) Los papeles comerciales; d) Los certificados de depósito de mercancías; e) Cualquier título o derecho resultante de un proceso de titularización; f) Cualquier título representativo de capital de riesgo; g) Los certificados de depósito a término; h) Las aceptaciones bancarias; i) Las cédulas hipotecarias; j) Cualquier título de deuda pública. (...) **PARÁGRAFO 5o.** Los valores tendrán las características y prerrogativas de los títulos valores, excepto la acción cambiaria de regreso (...)”.

⁴¹¹ Sobre el particular, la AMV señala en su concepto del 16 de marzo de 2007, entre otras, lo siguiente: “(...) vamos a considerar que el premercadeo se debe concebir como toda actividad que permita evaluar o conocer la receptividad o el interés potencial que tienen terceros de participar en **una operación de compraventa de valores**. En relación con este concepto, resulta de fundamental importancia que se tenga claridad acerca de que lo que se determina en las actividades de premercadeo es el interés potencial sobre la participación en una operación de compraventa, **sin que en ningún momento se acuerde o se entienda adquirido un compromiso entre los sujetos intervinientes para proceder en determinada manera, pues en este último supuesto ya pasaríamos de hablar de un interés potencial a un acuerdo sobre términos y condiciones de la operación.** De esta manera, la actividad de premercadeo debe servirle al sujeto que la realiza para poder hacerse una idea sobre las entidades que eventualmente estarían en condiciones de participar (interés potencial) y recibir información sobre los posibles valores y rangos en que se podría estructurar la operación, por ejemplo, todo con el objeto de poder exponer en un momento posterior su oferta al mercado. Resulta claro entonces, que en este caso estamos frente a un proceso de intercambio de información, el cual facilita la determinación de lo que podrían ser las condiciones del mercado para unas operaciones de compra o venta de unos determinados valores en un momento posterior, **pero sin que se haya generado entre las partes un compromiso de actuar de determinada forma**” (negrilla fuera del texto original).

un conjunto de interpretaciones erróneas, que derivan en afirmaciones que son, desde todo punto de vista, contrarias a los postulados de la libre competencia. Esta conclusión se fortalece si se tiene en cuenta que el mismo reglamento de la **BMC** dispone que (i) las **SCB** y las personas vinculadas a estas deben abstenerse de realizar, colaborar, cohonestar, autorizar o participar en operaciones o cualquier otro acto relacionado que tenga por objeto o efecto afectar la libre formación de los precios en el mercado, disminuir, aumentar, estabilizar o mantener artificialmente el precio, la oferta o la demanda, y (ii) guardar estricta confidencialidad sobre toda aquella información que con carácter reservado le haya sido confiada a las **SCB** por parte de sus clientes para ejecutar su mandato. Por supuesto que la información relativa al comportamiento competitivo debe ser reservada, so pena de desnaturalizar el ejercicio de formación objetiva del precio en este escenario de negociación.

Así, al tomar en cuenta, entre otras, la afirmación de **EVER LEONEL ARIZA MARÍN** según la cual "(...) resulta no solo natural, sino además permitido por la regulación aplicable (...), que se produzcan contactos previos, se comparta información y se hagan acuerdos tendientes a lograr materializar las futuras operaciones de bolsa", es claro que, de darse el intercambio de información tal como lo presupone el concepto, dicho escenario sería prácticamente idóneo para la libre promoción y ejecución de prácticas colusorias que afectan la libre formación de los precios.

Se concluye así, frente a la tesis de defensa presentada por los investigados sobre este punto, que no están demostrados los efectos "*procompetitivos*" que los investigados quisieron atribuirle a su comportamiento. Por el contrario:

(i) Los investigados desarrollaron un esquema de distribución que les permitió obtener artificialmente la adjudicación al máximo precio posible. En consecuencia, como el Estado no obtuvo los ahorros que hubiera obtenido en un escenario de competencia, los participantes del acuerdo terminaron obteniendo ganancias que no están justificadas desde un comportamiento de libre oferta y demanda.

En contraste, dichas utilidades las obtuvieron acudiendo a un mecanismo prohibido por la Ley, como son los acuerdos entre competidores. Así las cosas, en total oposición a lo señalado por los investigados, el acuerdo fue "*maligno*", al punto que impidió que se optimizara el gasto público en las compras de comidas listas y panadería larga vida por un término de alrededor de 7 años.

(ii) Obtener los productos en la variedad, las cantidades y en los tiempos requeridos no resulta suficiente para acreditar los efectos "*procompetitivos*" que los investigados quisieron atribuirle a su comportamiento, máxime si a la par los participantes del acuerdo terminaron apropiándose, de manera ilegítima, de los recursos destinados por el Estado para la adquisición de estos productos.

(iii) Las fallas en los boletines informativos o las "*tirantes*" condiciones del mercado de compras de comidas listas y panadería larga vida no justifican el acuerdo celebrado entre los investigados y, en cualquier caso, estos tenían, en ejercicio de la libertad de empresa, la posibilidad de acceder a esas condiciones y no ofrecer los productos demandados por la **ALFM**. Además, las fallas en el mercado aludidas en las defensas no pueden, en modo alguno, superarse mediante la celebración de un acuerdo anticompetitivo, pues eso equivale a aceptar que las fallas del mercado deben ser reemplazadas por las ineficiencias que genera el acuerdo entre los competidores. Es más, la falla de mercado más grave de la que adolecía este mercado era justamente el acuerdo anticompetitivo que aquí se reprocha, pues además, a través de este, se truncaron los mecanismos naturales de autocorrección que suelen darse con la libre interacción de la oferta y la demanda o, de ser necesario, y no de cualquier forma, con la intervención prudente y justificada del Estado en la economía.

(iv) La conducta adoptada por la **ALFM** en relación con los participantes del acuerdo no puede justificarlo, ni mucho menos las rentas ilegales que los participantes en ese comportamiento restrictivo obtuvieron, en desmedro del bienestar del Estado como consumidor, quien, en consecuencia, nunca obtuvo ahorros.

(v) La alegada ausencia de capacidad instalada, luego de un acuerdo que se diseñó y ejecutó de manera ininterrumpida por el término de 7 años, demuestra que los agentes del mercado no tenían incentivos para aumentar su eficiencia económica, porque mediante el acuerdo demostrado tenían garantizada una porción del mercado y de las utilidades sin someterse a las presiones competitivas del mismo.

(vi) El reglamento de la **BMC**, en especial el artículo 5.1.2.14. del reglamento de la **BMC** no faculta a las empresas a intercambiar información respecto de los elementos determinantes para la competencia, pues ello desnaturalizaría el escenario previsto por esta bolsa para la negociación de **BCTU**, como las comidas listas y la panadería larga vida, en el cual la adjudicación se otorga a quien ofrece precios eficientes.

4.5. De los otros argumentos presentados por los investigados

4.5.1. De la caducidad de la facultad sancionatoria alegada por AR TRIPLEA

AR TRIPLEA señaló que ocurrió la caducidad de la facultad sancionatoria de la Superintendencia respecto de la conducta imputada a esta **SCB**, consistente en haber facilitado la ejecución del acuerdo anticompetitivo que celebraron las empresas proveedoras de comidas listas y panadería larga vida, con fundamento en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Tal conducta, según la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, tuvo lugar porque **AR TRIPLEA** omitió realizar controles respecto del comportamiento adoptado por su operador, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), en la medida en que permitió que este representara de manera simultánea a varios de los participantes del acuerdo por los mismos productos a negociar en las ruedas de negociación. Tal como se acreditó en los numerales **4.2.2.** y **4.3.** de este informe motivado, esta circunstancia conllevó a que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) fuera el instrumento utilizado por los colusores para ejecutar el esquema de distribución de productos en las ruedas de negociación.

Para la Delegatura, de conformidad con el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009, ocurrió la caducidad de la facultad para sancionar a **AR TRIPLEA** por haber facilitado conductas violatorias del régimen de protección de la libre competencia económica. En consecuencia, se recomendará el archivo de la investigación en favor de **AR TRIPLEA**. A continuación las razones que sustentan esta afirmación.

En la etapa probatoria de esta investigación se acreditó que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), como operador de **AR TRIPLEA**, cerró operaciones de comidas listas y panadería larga vida entre el 19 de enero y el 27 de abril de 2011, en representación de **LHO** e **IBEASER**, tal como se evidencia en la información remitida por la **BMC**⁴¹² y el certificado de operaciones de **AR TRIPLEA**⁴¹³ para el referido período.

Lo anterior, habida cuenta que el 30 de junio de 2011 **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) se desvinculó como operador de **AR TRIPLEA**, según consta en el acta de terminación del contrato por mutuo acuerdo suscrito entre los referidos investigados⁴¹⁴. Concatenado con lo anterior, con fundamento en el boletín informativo No. 480⁴¹⁵ proferido por la Vicepresidencia Jurídica de la Secretaría General de la **BMC**, la Delegatura advirtió que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) fue admitido por la bolsa de productos referida como operador de **COMFINAGRO** desde el 15 de julio de 2011. En efecto, como se advirtió en el numeral **4.3.1.** de este informe

⁴¹² Cfr. Cuadros elaborados por la SIC y presentados en los numerales **4.3.1.1.** y **4.3.1.2.** de este informe motivado.

⁴¹³ Folio 3569 del cuaderno público No. 17.

⁴¹⁴ Folio 3607 a 3610 del cuaderno público No. 17. En el acta de terminación de contrato se estableció que se daba por terminado el 02 de junio de 2011. Así mismo, se señaló que a la fecha de terminación del contrato existían "negocios vigentes y cuya ejecución se encuentra en curso (...) respecto de los cuales se hace necesario que el contratista [JAVIER CAPARROSO HOYOS] apoye al contratante en la labor de seguimiento de los negocios hasta su culminación, (...) ante el cliente y la Bolsa Mercantil de Colombia", razón por la cual el "paz y salvo por todas las obligaciones y responsabilidades derivadas del contrato" se otorgó el 30 de junio de 2011.

⁴¹⁵ Folio 3558 del cuaderno reservado No. 12 **COMFINAGRO**. CD descargos de **COMFINAGRO**, anexo 1.5.

motivado, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), después de abril de 2011, siguió representando a varios de los participantes del acuerdo, a través de la **SCB COMFINAGRO**.

Así las cosas, la omisión por parte de **AR TRIPLEA** en el control que debió ejercer respecto de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) como operador de esta **SCB**, tuvo lugar hasta el 30 de junio de 2011. Esto es, la conducta omisiva de **AR TRIPLEA**, que habría facilitado la materialización y ejecución del acuerdo en el escenario de la **BMC**, se concretó entre los boletines informativos expedidos durante el período de enero a abril de 2011⁴¹⁶, sus respectivas ruedas de negociación⁴¹⁷ y el seguimiento a la ejecución de las operaciones adjudicadas en esas ruedas. Por lo tanto, dicha conducta cesó el 30 de junio de 2011, según en el acta de terminación del contrato de prestación de servicios referido.

De ese modo, se advierte que, desde el 30 de junio de 2011, fecha extrema del último hecho constitutivo de la conducta consistente en facilitar, a su vez, la conducta violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica, ha transcurrido el término de 5 años exigidos por la Ley 1340 de 2009, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado.

En definitiva, se recomendará archivar la presente actuación administrativa en favor de **AR TRIPLEA**.

4.5.2. De la alegada indeterminación de la imputación alegada por **LUIS HERNANDO VILLALOBOS**

LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), durante la audiencia de que trata el inciso cuarto del artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, señaló que su imputación resultó ser indeterminada y contradictoria. El fundamento de su consideración consistió en que, según el referido investigado, la imputación de la conducta de que trata el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 fue formulada por la Delegatura de manera simultánea por acción y por omisión. Según **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) tal circunstancia habría limitado su derecho de defensa y contradicción. Al respecto señaló:

“Cuando se le hace la imputación de cargos se dice que es por su acción o por su omisión pudo haber colaborado con la existencia de un acuerdo anticompetitivo. Y la pregunta que yo me hago aquí (...) es: ¿y yo cómo me defiendo de un hecho que pudo haber sido por acción o por omisión? Es que resulta que los hechos deben ser concretos y la imputación debe ser directa. Porque, su señoría, una mujer está embarazada o no está embarazada, pero no hay ninguna mujer medio embarazada. Y resulta que aquí me pusieron a hacerle una prueba de ADN a la mujer medio embarazada. Eso es un gran problema (...)”⁴¹⁸.

Sobre el particular, la Delegatura considera que el argumento que sustenta el argumento de defensa es equivocado. Debe tenerse en cuenta que en la resolución por medio de la cual se abrió la investigación y se formuló pliego de cargos se expusieron de manera clara y concisa los hechos y los elementos de prueba en los que se fundó la decisión de iniciar investigación administrativa en contra de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**).

De ese modo, en lo que respecta al cargo imputado en el artículo segundo de la parte resolutive de la Resolución No. 34188 de 2018, se tiene que en ese acto administrativo se expusieron los elementos de prueba recaudados en la etapa de averiguación preliminar que permitían sostener que **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), por su acción u omisión, habría tomado parte en el acuerdo objeto de investigación.

⁴¹⁶ Boletines informativos 19 y 35 de 2011, 253 de 2011 y 732 de 2011.

⁴¹⁷ Ruedas de negociación de 19, 20 y 21 de enero de 2011 y de 26 y 27 de abril de 2011.

⁴¹⁸ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 2:09:18.

Ahora bien, que se haya señalado que **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) por su acción u omisión habría tomado parte en la ejecución del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica no le resta claridad al cargo formulado, precisamente porque las evidencias presentadas en la resolución de apertura de investigación darían cuenta, con el rigor probatorio de esa etapa, de la forma en que se habría presentado la contribución reprochada. Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que el acuerdo restrictivo de la competencia objeto de investigación tendría el carácter de continuado y se habría materializado durante 7 años, razón por la cual es razonable concluir que el comportamiento imputado habría adoptado diversas formas durante ese período. En ese sentido, la contribución de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**) para que los agentes del mercado realizaran su actuación ilegal, fue imputada de ese modo porque bien pudo ser a través de una o varias actuaciones y/o a través de una posición en la cual conocía del acuerdo y, pese a ello, dejó de hacer algo frente a ese conocimiento.

Además, no es de recibo la supuesta violación del derecho de defensa si el investigado enunciado contó con todos los elementos de juicio para comprender el comportamiento atribuido en la resolución de apertura de investigación y formulación de cargos, pues se indicaron las conductas que habría realizado y se presentó el material probatorio que soportaba esa imputación. Por lo tanto, en ejercicio del derecho de defensa y contradicción tuvo la posibilidad de oponerse a los postulados formulados en contra suya para obtener su absolución. Tal fue la precisión de la conducta imputada y su comprensión por parte del investigado que, en el curso de su declaración⁴¹⁹ y en las alegaciones finales, controversió las pruebas presentadas en su contra, así como las conclusiones de la Delegatura sobre las cuales se fundamentó la apertura de investigación y formulación de cargos.

En definitiva, no se ha configurado la irregularidad denunciada por **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**).

4.5.3. De la alegada afectación del derecho de defensa a HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS

HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) señaló en la audiencia de alegatos que la imputación formulada por la Delegatura en la Resolución No. 34188 de 2018 había violado su derecho de defensa y contradicción. En sustento indicó que la formulación de una imputación principal por presuntamente haber incurrido en el acuerdo descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por su participación en el comportamiento continuado objeto de investigación, junto con una imputación subsidiaria por presuntamente haber incurrido en la responsabilidad prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en la medida en que habría ejecutado, autorizado, colaborado, facilitado o tolerado el comportamiento restrictivo materia de investigación que habría realizado **CATALINSA**, le restó claridad y concreción a la resolución señalada⁴²⁰.

Para la Delegatura el alegato referido es infundado y en esa medida no se ha lesionado el derecho de defensa de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**). A continuación se presentan las razones que sustentan esta conclusión. En primer lugar, el referido alegato solo fue puesto de presente en la audiencia de que trata el inciso tercero de artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, circunstancia que ofrece serias dudas sobre la eventual afectación de sus intereses.

En segundo lugar, la Delegatura advierte que no se afectó el derecho de defensa del investigado. Sobre este aspecto, debe señalarse que la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos presentó los elementos de prueba que, valorados en conjunto, permitían

⁴¹⁹ Téngase en cuenta que **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** no presentó descargos y, en consecuencia, no solicitó pruebas.

⁴²⁰ Folio 7239 del cuaderno público No. 35, minuto 2:02:41. Sobre este aspecto, el referido investigado manifestó: "(...) Se hizo una imputación principal y una imputación subsidiaria. (...), aquí estamos ejerciendo el *ius puniendi* del Estado. La capacidad del Estado para sancionar. Y claramente, desde el punto de vista del proceso no pueden existir imputaciones subsidiarias. La imputación debe ser clara y concreta para que (...) el afectado, que se enfrenta al leviatán, pueda defenderse".

sostener, con el rigor propio de esa etapa de la investigación, que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) era la persona que determinaba el comportamiento de **CATALINSA** en los procesos objeto de investigación. Sobre este aspecto, la resolución en cuestión señaló que los elementos de juicio presentados en el considerando octavo permitían concluir que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) se habría valido de personas jurídicas para desarrollar actividades ilegales. En efecto, se señaló que la referida persona natural habría utilizado en un primer momento a la sociedad **MAUROS FOOD** hasta el momento en que fue liquidada. Una vez esta persona jurídica desapareció, habría mutado el instrumento que empleaba para participar en el mercado de comidas listas y panadería larga vida, pues habría pasado a utilizar a **CATALINSA** en actividades de cartelización.

En consecuencia, se señaló que en esas condiciones era evidente que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) era un agente del mercado que había participado en el acuerdo restrictivo de la competencia objeto de investigación. Por esta razón se le imputó el comportamiento descrito 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.

Así mismo, en el considerando décimo de la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos se señaló que, si en la etapa probatoria de esta actuación administrativa se acreditaba que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) no tenía la calidad de controlante de **CATALINSA**, y que, en consecuencia, su participación en los comportamientos investigados solo podía ser interpretada como una contribución a la conducta restrictiva de la competencia que hubiera ejecutado **CATALINSA** —afirmación fundada en las pruebas relacionadas y valoradas en el considerando octavo de la resolución de apertura y formulación de cargos referida—, entonces se atribuiría, como imputación subsidiaria, la responsabilidad administrativa prevista en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009. En estos términos, y con las precisiones del acto de apertura de la investigación, la imputación tanto principal como subsidiaria fue definida y determinada con claridad por la Delegatura.

Ahora bien, la Delegatura destaca que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y **CATALINSA** comprendieron la imputación formulada en contra⁴²¹ de aquel, al punto que en los descargos presentados formularon una tesis de defensa que enfrenta directamente la imputación principal realizada en la resolución de apertura de investigación, la cual consistió en señalar que de las pruebas expuestas en el considerando octavo no era posible concluir que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** era el controlante de **CATALINSA**.

Al respecto, según estos investigados esas pruebas deben ser interpretadas en el sentido de que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) tiene un “*papel importante*” en la sociedad referida, en la cual asesora a sus administradores. En consonancia con lo anterior, solicitó el decreto de las pruebas que consideró pertinentes para demostrar sus afirmaciones y participó en la práctica de la mayoría de las pruebas con el propósito de demostrar su tesis de defensa.

Estas circunstancias son razón suficientes para considerar que no hubo lesión de su derecho de defensa, porque **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y **CATALINSA** comprendieron la imputación formulada al

⁴²¹ Cfr. Folios 4079 a 4081 del cuaderno público No. 22, correspondiente a los descargos de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y los folios 3777 a 3862 del cuaderno público No. 20, correspondiente a los descargos de **CATALINSA**, en los cuales se presentó un acápite denominado “*hipótesis particular*”. En este acápite los investigados presentaron un resumen de la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos para afirmar que la defensa consistiría en demostrar que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) no es el controlante de **Catalinsa** y que las pruebas recaudas en la etapa de averiguación preliminar demuestran que el comportamiento de este investigado obedece a su experiencia y al “*papel importante*” que desempeña en la empresa.

primero de los investigados 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, así como la formulada de manera subsidiaria, la cual tuvo como sustento las pruebas referidas en el considerando octavo de la resolución referida.

En definitiva, para la Delegatura la imputación formulada a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos cumplió con la carga de precisión y claridad exigible a este acto administrativo, pues se enunciaron con el rigor propio de la apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, los hechos y las pruebas que sustentaban tanto la imputación principal como aquella formulada en subsidio y, sobre esa base, este investigado formuló su defensa.

5. De la responsabilidad de los investigados

5.1. Responsabilidad de CATALINSA, LHO, IBEASER y PROLAC

Con fundamento en todo lo expuesto hasta este punto del informe motivado, la Delegatura reitera que **CATALINSA, LHO, IBEASER, JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) y **PROLAC** coordinaron su comportamiento en el marco de los procesos de adquisición de comidas listas y panadería larga vida con destino al ensamble de raciones de campaña, en el escenario del **MCP** de la **BMC**, de manera continuada, durante el período comprendido entre el año 2011 y hasta marzo del año 2018 —tal como se detalla en el numeral **4.3.** del presente informe—, con el objeto de determinar de manera previa a cada una las operaciones desarrolladas en las ruedas de negociación qué empresa sería adjudicataria en cada una de las operaciones correspondientes.

Para ello, como quedó demostrado en esta investigación, estos agentes del mercado implementaron una estrategia dirigida a eliminar las presiones competitivas que se podrían presentar en el escenario del **MCP** de la **BMC**, al momento de negociar la adquisición, por parte de la **ALFM**, de comidas listas y panadería larga vida para ensamble de raciones de campaña. Con este objetivo, estructuraron el acuerdo anticompetitivo investigado, por medio del cual, incluso antes de la publicación de los boletines informativos, los investigados se repartían los productos objeto de negociación.

También resulta pertinente destacar que estos agentes del mercado se valieron de tres escenarios que facilitaron su actuar: (i) **CATALINSA, LHO** e **IBEASER**, empresas que concurren a los procesos de selección mencionados, se encontraban bajo el control de dos grupos familiares —la familia Almansa y la familia Villalobos—, los cuales tenían la capacidad de dirigir la forma de decisiones de éstas; (ii) un operador en común, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**), representó a más de una empresa investigada en el marco de las ruedas de negociación; y (iii) la conducta adoptada por la **ALFM** en relación con los proveedores de comidas listas y panadería larga vida, la cual propició un escenario que habría facilitado la coordinación de las empresas antes, durante y después de las ruedas de negociación.

Sobre este comportamiento, se comprobó que —contrario a lo sostenido por los investigados— el esquema de coordinación resultó idóneo para limitar la libre competencia económica pues, como quedó explicado, los investigados lesionaron la eficiencia económica y el bienestar del Estado como consumidor.

Así las cosas, dado que en el comportamiento referido concurren todos los elementos de configuración del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que imponga la sanción correspondiente.

5.2. Responsabilidad de HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS (gerente de MAUROS FOOD y asesor externo de CATALINSA)

En relación con la responsabilidad endilgada a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), se deben abordar tres aspectos. En primer lugar, que el material probatorio recaudado a lo largo de la presente actuación administrativa permite concluir que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) es, en efecto, el controlante de **CATALINSA**.

Tal como se detalló en el numeral **4.2.1.2.** de este informe motivado, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) fue, en un comienzo, accionista y gerente de la empresa **MAUROS FOOD** —actualmente liquidada—, la cual, en su momento, fue partícipe en el mercado de comidas listas y panadería larga vida. Tras la inhabilitación de dicha empresa para contratar con el Estado, **CATALINSA** ocupó el lugar que antes detentaba **MAUROS FOOD** en el mercado referido.

En segundo lugar, se advierte que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), más allá de ser un “asesor externo”, determinó el desempeño competitivo de **CATALINSA** en las negociaciones desarrolladas en el escenario del **MCP** de la **BMC** para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida destinadas al ensamble de raciones de campaña. Por ende, tuvo un rol fundamental en la vinculación de esta compañía con la elaboración y ejecución del acuerdo restrictivo de la libre competencia objeto de esta investigación, desarrollado en los procesos referidos durante el período investigado. De este modo, se corroboró que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) tuvo injerencia material en el desempeño competitivo de **CATALINSA**⁴²².

En tercer lugar, al tener en cuenta los elementos previamente expuestos, se concluye que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) utilizó tanto a **MAUROS FOOD** como a **CATALINSA** —que ocupó en el mercado la posición de **MAUROS FOOD**— para desarrollar actividades que van en contravía de la legalidad, al determinar la participación de estas empresas en el mercado por medio de estrategias reprochables, y al llevar —en especial a **CATALINSA**— a incurrir en actividades colusorias. Así, se reafirma la condición de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) como agente del mercado.

Los elementos previamente referidos demuestran que, en efecto, concurren la totalidad de elementos configurativos del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica, descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, y que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), como agente del mercado, participó en el comportamiento continuado descrito en la Resolución No. 34188 de 2018 y corroborado en la etapa probatoria de esta investigación. Por ende, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que imponga la sanción correspondiente.

Toda vez que la Delegatura recomienda declarar la responsabilidad administrativa imputada en el artículo primero de la Resolución No. 34188 de 2018, se recomendará no declarar responsable a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) por la imputación subsidiaria contenida en el artículo tercero de la resolución enunciada.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio no declarar responsable a **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), por cuanto no incurrió en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4

⁴²² En el caso de procesos de contratación pública, según lo ha dejado establecido la Superintendencia de Industria y Comercio en actos administrativos proferidos por ella, tales como la Resolución No. 19890 de fecha 24 de abril de 2017, la “determinación por parte de un agente o cualquier sujeto sobre las decisiones relativas a la participación en el proceso —es decir de la entrada o no al mercado—, relacionadas con la presentación de la oferta o la precisión de la estrategia a seguir para competir por la adjudicación y en general, sobre las actuaciones a realizar en el marco del proceso, son parte de la influencia en el comportamiento competitivo de la empresa, y por tanto, darían cuenta de la existencia de un control común”.

del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los procesos investigados.

5.3. Responsabilidad de JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE (gerente y representante legal de IBEASER)

De acuerdo con el material probatorio recaudado durante esta actuación administrativa, se concluye que **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) es controlante de **IBEASER** y, en esa medida, determinó el comportamiento competitivo de esta empresa en el acuerdo que es objeto de investigación. Dicha conclusión tiene como sustento los argumentos que se enuncian a continuación.

En primer lugar, tal como consta en el certificado de existencia y representación legal respectivo⁴²³, se advierte que **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) es la "*persona natural matriz*" de un grupo empresarial conformado por cuatro sociedades subordinadas⁴²⁴, entre las cuales se encuentra **IBEASER**. Dada esa calidad, el investigado determinó el comportamiento competitivo sobre la persona jurídica mencionada⁴²⁵, con lo cual tomó parte en el acuerdo reprochado.

En segundo lugar, la Delegatura encontró prueba directa del control competitivo referido. Así, sumado a que el control comercial lleva consigo la presunción del control competitivo, en el transcurso de esta actuación administrativa se acreditó que **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) es quien determina el comportamiento de **IBEASER** en el marco de los procesos de selección para la adquisición de comidas listas y panadería larga vida, objeto de investigación.

La razón que sustenta esta afirmación fue presentada en el numeral **4.3.3.** de este informe motivado. Esa exposición, entre otras conclusiones, permite afirmar que **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) reconoció la participación de **IBEASER** en el esquema de distribución reprochado y declaró sobre la dinámica de repartición, lo cual demuestra claramente su influencia en el comportamiento de esta empresa y en la estructuración del acuerdo anticompetitivo.

Aunado a lo anterior, es preciso mencionar que la Delegatura verificó que **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) le consultaba a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) si estaba de acuerdo con el esquema de distribución elaborado, en relación con los productos de comidas listas y panadería larga vida a adquirir en los procesos objeto de investigación, tal como se detalló en el numeral **4.3.1.3.** del presente informe motivado.

De este modo, bajo el control detentado por **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), **IBEASER** participó en la conducta anticompetitiva investigada, tal como se corroboró en la etapa probatoria de esta investigación, con lo cual este controlante determinó el conjunto de actividades de **IBEASER** que resultaron configurativas del comportamiento restrictivo de la libre competencia materia de investigación.

Ahora bien, ese control competitivo que ejerce **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) frente a las consultas que se le formulaban respecto al esquema de distribución de productos —numeral **4.3.1.3.** de este informe motivado—, se concluye que **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) actuó en calidad de agente de mercado, participe del acuerdo restrictivo continuado referido, valiéndose para ello de la persona jurídica sobre la cual ejerce control competitivo, esto es, **IBEASER**.

⁴²³ Folios 609 al 610 del cuaderno público No. 4. Cámara de Comercio de Bogotá. Certificado de existencia y representación legal **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE**. Matrícula renovada el 28 de marzo de 2018.

⁴²⁴ IBEROAMERICANA DE EMPAQUES LTDA., IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS (IBEASER), IBEROAMERICANA HOTELERA S.A.S. e IBEACON S.A.S.

⁴²⁵ Cfr. Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 12992 de 10 de mayo de 2019 "[P]or la cual se imponen unas sanciones por infracciones del régimen de protección de la competencia y se dictan otras disposiciones", dentro del expediente 16-434574, págs. 22 A 24 (SUMINISTROS).

En este sentido, dado que el comportamiento investigado indiscutiblemente reunió todos los elementos de configuración del acuerdo restrictivo de la libre competencia económica descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio que imponga la sanción correspondiente.

Toda vez que la Delegatura recomienda declarar la responsabilidad administrativa imputada en el artículo primero de la Resolución No. 34188 de 2018, se recomendará no declarar responsable a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) por la imputación subsidiaria contenida en el artículo tercero de la resolución enunciada.

5.4. Responsabilidad de COMFINAGRO

Lo demostrado hasta este punto es suficiente para afirmar que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) contribuyó a la ejecución del acuerdo demostrado por cuanto, de un lado, habría incurrido en un conflicto de intereses con el cual propició un escenario favorable para la materialización del esquema de distribución de productos y, de otro lado, ejecutó el acuerdo mencionado en las ruedas de negociación del **MCP** de la **BMC** de conformidad con las instrucciones impartidas por las empresas coludidas que fungían como sus mandantes.

Sobre esta base, le corresponde a la Delegatura determinar si **COMFINAGRO**, con ocasión de sus omisiones frente al control sobre el desempeño de sus operadores, incurrió en la conducta imputada en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos. Al respecto, en su escrito de descargos, **COMFINAGRO** afirmó que no incurrió en tal conducta por las siguientes razones:

(i) En la imputación la Delegatura no señaló cuáles eran los controles que se habrían omitido, ni cómo la actuación de **COMFINAGRO** fue “(...) determinante para la realización del acuerdo restrictivo de la competencia que se le imputa a los demás investigados (...)”⁴²⁶.

(ii) Los hechos investigados ocurrieron por fuera de su ámbito de control, razón por la cual no habría omitido el cumplimiento de deber alguno. Al respecto señaló que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) “tomó todas las medidas para ocultar a **Comfinagro** la forma como administraba los negocios de sus clientes y específicamente el acuerdo que contra ellas se imputa”⁴²⁷ porque utilizó canales de comunicación distintos a los institucionales. Así, como **COMFINAGRO** solo participó en la etapa de habilitación⁴²⁸ de las empresas interesadas en presentar posturas ante la **BMC** y, luego de realizada la rueda de negociación, en el acompañamiento del cliente en la fase de ejecución de los negocios que se cierran en el **MCP**, la compañía no puede ser considerada responsable. Al respecto, la defensa alegó que las **SCB** solo cumplen un “rol operativo”⁴²⁹, razón por la cual la información que conocen y administran es menor que aquella que conoce la **BMC**, como administradora del **MCP**. Por ende, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) era el llamado a advertir, en un primer momento, el conflicto de interés en el que habría incurrido y, si ello no ocurrió así, la **BMC** pudo advertirlo con posterioridad, dada la posición que detenta en el **MCP**.

(iii) El reglamento de la **BMC** permite que una **SCB** reciba mandatos de dos o más clientes para una rueda de negociación. Por lo tanto, no es de extrañar que una **SCB** reciba dos mandatos de dos clientes interesados en un mismo negocio.

Pues bien, a continuación, la Delegatura se referirá a las razones por las cuales los argumentos de defensa formulados por **COMFINAGRO** carecen de sustento para desvirtuar la imputación formulada en la resolución de apertura y formulación de pliego de cargos.

⁴²⁶ Folio 3522 del cuaderno público No. 19.

⁴²⁷ Folio 3532, ibídem.

⁴²⁸ Cfr. Folio 3537.

⁴²⁹ Folio 3536, ibídem.

Respecto al punto (i) es pertinente tener en cuenta que **COMFINAGRO** habría conocido el comportamiento de su operador **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) de haber ejercido oportunamente los controles tendientes a vigilar el desarrollo de sus actividades. Los controles corresponden a su deber de establecer y aplicar consistentemente procedimientos para la detección, prevención y manejo de conflictos de intereses en la realización de las operaciones, según lo previsto en el artículo 5.2.1.10. y 5.2.2.1. del Reglamento Interno de la **BMC**⁴³⁰ y en su propia reglamentación, esto es, su Código de Buen Gobierno⁴³¹ y su Manual de Operaciones en el Mercado de Compras Públicas⁴³².

De modo que, al omitir tales controles, **COMFINAGRO** permitió que su operador **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) actuara en el **MCP** de la **BMC** en representación de varios de los agentes del mercado investigados que se habían habilitado para participar en la rueda de negociación por los mismos productos. De manera que, con tal omisión, **COMFINAGRO** permitió que su operador fuera el instrumento que los investigados usaron para materializar el acuerdo demostrado. A continuación, se presentan los argumentos que sustentan la anterior afirmación.

La Delegatura destaca que los controles omitidos por **COMFINAGRO** se refieren a aquellos mecanismos con los cuales contaba la **SCB** para advertir las irregularidades en la actuación de su operador **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) en el marco de los procesos de selección bajo estudio, los cuales omitió, pese a su deber de controlar el comportamiento de sus operadores.

En efecto, para la Delegatura uno de los mecanismos que omitió usar **COMFINAGRO**, que le hubiera permitido advertir el referido comportamiento de su operador **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), esto es, la existencia del conflicto de intereses en el que habría incurrido al representar de forma simultánea a varias compañías investigadas en las mismas operaciones, sin lugar a dudas, eran los contratos de mandato suscritos entre el operador y el cliente y su registro en el Libro Electrónico de Órdenes de la **SCB**.

Como se ha explicado en el presente informe motivado, para que los comitentes vendedores puedan actuar en el escenario del **MCP** de la **BMC** deben hacerlo mediante una **SCB** y un respectivo operador. Para ello, los comitentes vendedores suscriben un contrato de mandato con el operador que los representará en dicho escenario, a través de la **SCB**. En este mandato se deja claro quién es el cliente (mandante), quién es el operador (mandatario), las operaciones en las que el operador representará al cliente, el precio máximo y mínimo al cual el cliente está dispuesto a ofertar en la rueda de negociación y durante qué período se adelantará la gestión (objeto del mandato). Además, este mandato es firmado por el cliente, el operador y el

⁴³⁰ Sobre el particular el Reglamento Interno de la **BMC** dispone en su artículo 5.2.1.10., lo siguiente: “[a]rtículo 5.2.1.10.- Manejo de conflictos de interés. Aprobado por Resolución No. 1377 de 2008 de la Superintendencia Financiera de Colombia.(...) Sin perjuicio de las demás normas que sean aplicables, las sociedades comisionistas miembros de la Bolsa deberán **establecer y aplicar consistentemente principios, políticas y procedimientos aprobados por su junta directiva, o el órgano que desarrolle funciones equivalentes, para la detección, prevención, manejo de conflictos de interés en la realización de las operaciones para las cuales se encuentran autorizadas.** Dichos principios, políticas y procedimientos deberán incorporarse en el respectivo Código de Buen Gobierno corporativo de la entidad (...)” A su vez, el artículo 5.2.2.1 de la misma reglamentación dispone “[a]rtículo 5.2.2.1. **Deberes y Obligaciones Generales:** Las sociedades comisionistas miembros de la bolsa, además de las obligaciones y deberes que les corresponden en virtud de la normatividad vigente y en el presente Reglamento, deberán: (...) 3. Instaurar los controles internos que sean necesarios para garantizar que toda persona, representante legal o no, que comprometa al miembro en un negocio determinado, tiene las facultades necesarias para hacerlo. (...) 7. Establecer en su sistema de control interno las políticas, procedimientos y mecanismos para prevenir los conflictos de interés, el uso indebido de información privilegiada, la manipulación del mercado y la vulneración de las normas acerca de sanos usos y prácticas y en general de las normas del mercado y con ajuste a lo dispuesto en el presente Reglamento. (...) 8. **Designar operadores y/o asesores comerciales diferentes para cada uno de sus clientes que pretendan participar en una misma negociación**”. (subrayado fuera del texto original.

⁴³¹ Folio 3558 del cuaderno reservado No. 12 **COMFINAGRO**. CD descargos de **COMFINAGRO**, anexo 1.8.3.

⁴³² Folio 3558 del cuaderno reservado No. 12 **COMFINAGRO**. CD descargos de **COMFINAGRO**, anexo 1.8.1.

representante legal de la respectiva **SCB**, que para el análisis objeto de interés es **ÓSCAR CHÁVEZ RUEDA** (representante legal de **COMFINAGRO**)⁴³³.

De esta manera, la Delegatura infiere que un ejercicio de contraste entre los mandatos de los proveedores investigados era suficiente para advertir que los mandantes –clientes de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**)– estaban solicitando la habilitación para ofertar los mismos productos en las respectivas ruedas de negociación, circunstancia que imponía a **COMFINAGRO** adoptar alguna decisión al respecto para evitar la posible incursión en un conflicto de intereses por parte del operador y, con ello, para evitar la materialización de los riesgos para la libre competencia derivados del acuerdo y que se instrumentalizaron a través de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**). Para ejemplificar la afirmación recién expuesta se presenta un mandato suscrito entre **COMFINAGRO**, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) y **LHO**, suscrito el 15 de diciembre de 2016, en el cual se evidencian los elementos recién explicados. Este mandato corresponde a los productos ofertados en el boletín informativo No. 1072 y 1113⁴³⁴ de 2016

MANDATO-No. 002 – PARA LA VENTA DE PRODUCTOS, CON ENTREGAS Y PAGOS FUTUROS, EN EL MERCADO DE COMPRAS PÚBLICAS DE LA BOLSA MERCANTIL DE COLOMBIA CELEBRADO ENTRE LA HUERTA DE ORIENTE S.A.S Y COMFINAGRO S.A.

LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE, identificado con C.C. 51.789.177 de Bogotá, actuando en calidad de Representante Legal de **LA HUERTA DE ORIENTE S.A.S**, en adelante **EL COMITENTE VENDEDOR**, de una parte, y **JAVIER CAPARROSO HOYOS**, con C.C. No. 79.277.315, Comisionista Autorizado Y **ÓSCAR CHAVEZ RUEDA** con C.C. No. 16.209.400, en mi calidad de Representante Legal de **COMFINAGRO S.A.** Nit. 805.023.598-1 Miembro de la Bolsa Mercantil de Colombia S.A en adelante el **COMISIONISTA VENDEDOR** hemos celebrado el presente contrato de comisión, con sujeción a las siguientes cláusulas:

CLAUSULA SEGUNDA - PRODUCTO- CANTIDAD – CALIDAD:

Productos:

La venta de alimentos para **RACIONES DE CAMPAÑA**, cuyas características técnicas se encuentran detalladas en las fichas técnicas de producto Publicadas en la página Web de la Bolsa Mercantil de Colombia aplicables al negocio en particular y entregadas para la negociación de conformidad con el procedimiento establecido en el Reglamento de Funcionamiento y operación de la Bolsa para el Mercado de Compras Públicas como:

COMIDAS:

1. ARVEJA CON CARNE
2. ESTOFADO DE CARNE

3. FRIJOL MARINERO
4. JAMONADA
5. LENTEJAS CON CHORIZO
6. MACARRONES CON POLLO

PANADERIA:

1. MUFFIN DE NARANJA
2. PAN CORRIENTE
3. PAN DE LECHE
4. PAN FRUTA
5. PONQUE CON VETAS DE CHOCOLATE

OTROS (5570)

1. ALIMENTO FORTIFICADO GRANUL X 25 GRS

Presentación:

COMIDAS 200 GRS
PANADERIA: 100 GRS

Cantidad: las cantidades estipulado en las fichas técnicas y publicadas en la WEB de la bolsa, correspondientes al negocio en particular.

Fuente: Folio No. 3498, del cuaderno público No. 19. Mandatos **CATALINSA**.

Sumado a lo anterior, el mandato es registrado en el Libro de Registro Electrónico de Órdenes de la **SCB**. En efecto, en su declaración, **ÓSCAR CHÁVEZ RUEDA** (representante legal de **COMFINAGRO**) indicó que la copia de todos los mandatos que son otorgados a los operadores de **COMFINAGRO** deben ser registrados en dicho libro electrónico. Así mismo, tanto los documentos como los datos que son consignados en dicho libro son objeto de revisión⁴³⁵ por parte de esta **SCB**. Sobre el particular declaró:

“Pregunta: Señor Óscar Chávez, yo tengo una inquietud respecto a los mandatos. Usted cuando inició la declaración nos comentó que los mandatos eran una cuestión que era cliente - corredor ¿es esto así?

⁴³³ Folio No. 3498 del cuaderno público No. 19.

⁴³⁴ Publicación de boletines informativos: 16 de diciembre de 2016, y 22 de diciembre de 2016, presupuesto: \$877.592.390.

⁴³⁵ Folio 6267 del cuaderno público No.32 (declaración de **ÓSCAR CHÁVEZ RUEDA** Minuto 21:55 a 22:57).

Óscar Chávez Rueda: *cliente - firma, o sea, corredor que representa la firma.*

Pregunta: *¿eso era un tema de ellos?*

Óscar Chávez Rueda: *Sí.*

Pregunta: *¿Pero, COMFINAGRO revisaba esos poderes?, ¿esos mandatos?*

Óscar Chávez Rueda: *COMFINAGRO debe registrar en el libro de órdenes, esos mandatos.*

Pregunta: *¿(...) qué registra del mandato?*

Óscar Chávez Rueda: *eh, (...) el precio, registra el precio, el producto, el corredor, el, el nombre de la de la entidad.*

Pregunta: *¿nombre de la entidad? ¿quién es?*

Óscar Chávez Rueda: *o sea, del cliente.*

Pregunta: *¿del cliente?*

Óscar Chávez Rueda: *Sí.*

Pregunta: *ok, entonces ¿el mandato también queda registrado en el libro?*

Óscar Chávez Rueda: *Sí queda registrado en el libro⁴³⁶.*

A su vez, sobre el Libro de Registro Electrónico de Órdenes de la **SCB**, explicó:

Pregunta: *¿usted nos podría explicar qué es el libro de órdenes?*

Óscar Chávez Rueda: *Sí, el libro de órdenes es, es un documento donde se hace el registro de la operación, de la operación que va a participar en bolsa, se registra eh eh el mandato, el medio de todos verificable de cómo sería la instrucción eh y se verifica y se relacionan los productos, los productos que van a participar en este momento, si se cierran algunos de esos productos pues se, se le da el conforme, pues allí para que se quede la reseña de que fue, que fue cerrado no.*

Pregunta: *¿O sea, en este libro electrónico de órdenes se puede verificar cuáles son los productos por los que va a participar cada uno de sus clientes?*

Óscar Chávez Rueda: *Sí, sí.*

Pregunta: *¿y se puede verificar quién es el corredor que los representa?*

Óscar Chávez Rueda: *Sí⁴³⁶.*

Para la Delegatura es claro que al momento de registrar los contratos de mandatos que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) suscribió con algunas de las empresas investigadas en el Libro de Registro Electrónico de Órdenes, **COMFINAGRO** tuvo la posibilidad de advertir que su operador, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), representaría a más de un cliente en una misma operación. Ese mandato, en cuya suscripción participaba el representante legal de **COMFINAGRO**, así como el posterior registro del documento en el libro electrónico mencionado, le brindaba a esta **SCB** suficiente información en cuanto al “producto, el corredor y el nombre del cliente” para dilucidar las irregularidades que se presentaron respecto a las situaciones que habrían configurado un conflicto de intereses en mención.

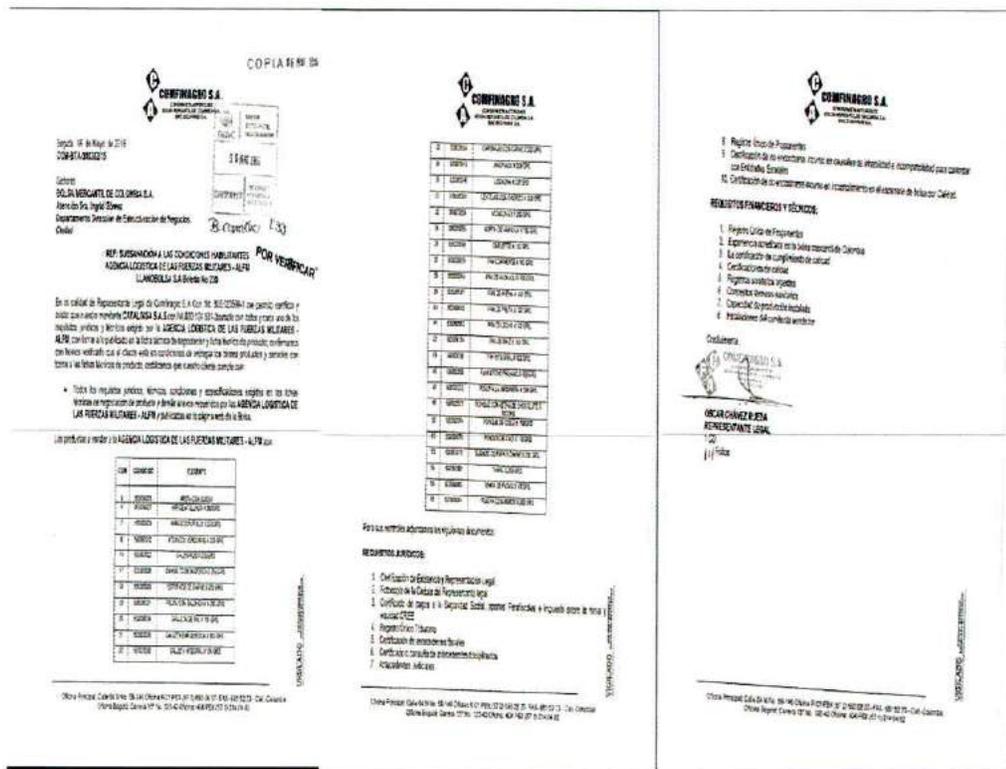
⁴³⁶ Folio 6267 del cuaderno público No.32 (declaración de **ÓSCAR CHÁVEZ RUEDA** Minuto 33:15 a 31:20).

En relación con el punto (ii) y (iii), para la Delegatura es claro que tal argumento parte de una premisa equivocada. Contrario a lo sostenido por la **SCB** referida, la etapa de habilitación, etapa posterior a la suscripción del mandato, era otro momento propicio para que **COMFINAGRO** pudiera haber advertido que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) representaría a más de un cliente por los mismos productos en una rueda de negociación. A continuación, se presentan los argumentos que sustentan la anterior afirmación.

En primer lugar, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) reconoció que realizaba las gestiones necesarias para que **COMFINAGRO** solicitara a la **BMC** la habilitación de algunos investigados para participar en las respectivas ruedas de negociación, por los mismos productos. Esta circunstancia fue corroborada por los mismos investigados y explicada en detalle en el numeral 4.2.2. de este informe motivado.

En segundo lugar, la carta habilitante era remitida por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) al representante legal de **COMFINAGRO**, **ÓSCAR CHÁVEZ RUEDA** (representante legal de **COMFINAGRO**), para que este solicitara a la **BMC** la habilitación de los comitentes vendedores que serían representados por esa **SCB**. Este era el momento en el que la **SCB** podía advertir que los clientes cuya habilitación pretendía **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), a través de **COMFINAGRO**, iban a participar en las ruedas de negociación adelantadas en el **MCP** de la **BMC** por los mismos productos, pues en las cartas de habilitación se relacionan las operaciones en las cuales los clientes pretende participar.

De manera que, nuevamente, un ejercicio de contraste entre las cartas de habilitación de los proveedores investigados era suficiente para advertir que los mandantes de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) estaban solicitando la habilitación para ofertar los mismos productos en las respectivas ruedas de negociación y que ello implicaría la existencia de un conflicto de intereses de este operador. A manera de ejemplo, se presentan las cartas de habilitación de **IBEASER** y **CATALINSA** para habilitarse en la rueda de negociación en la que se transarían los productos requeridos por la **ALFM** en el boletín informativo No. 259 de 6 de mayo de 2016. En estas cartas de solicitud de habilitación suscritas por el representante legal de **COMFINAGRO**, ambas el 6 de mayo de 2016, se advierte que los clientes de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) solicitaron la habilitación para ofertar por los mismos productos.



COPIA 3/3

COMFINAGRO S.A.
 Representante legal: Óscar Chávez Rueda
 Calle: 16 de Mayo No. 219
 CP 01001, San José, Costa Rica

COMFINAGRO S.A.
 Representante legal: Óscar Chávez Rueda
 Calle: 16 de Mayo No. 219
 CP 01001, San José, Costa Rica

COMFINAGRO S.A.
 Representante legal: Óscar Chávez Rueda
 Calle: 16 de Mayo No. 219
 CP 01001, San José, Costa Rica

REF. SUSCRIBIDA A LAS CONDICIONES HABILITANTES POR VERIFICAR
 NOMENCLATURA DE LAS FIRMAS REQUERIDAS: ALFM
 LANCERUSA S.A. Bienes No. 229

En la calidad de Representante legal de Comfinagro S.A. con No. SECOSOM de parte, certifica y hace constar que el presente documento es una copia verdadera y fiel de los originales que se encuentran en la oficina de la ASISTENTE LEGAL DE LAS FIRMAS REQUERIDAS: ALFM, con letra y a público al día de la suscripción y fecha de la presente, conforme con lo que se indica en el contenido de la misma, de los productos y servicios que se detallan en el listado de productos, existencias que se detallan a continuación:

| COD | DESCRIPCIÓN | CANTIDAD |
|-----|-------------|----------|
| 1 | ALMIDON | 10000000 |
| 2 | ALMIDON | 10000000 |
| 3 | ALMIDON | 10000000 |
| 4 | ALMIDON | 10000000 |
| 5 | ALMIDON | 10000000 |
| 6 | ALMIDON | 10000000 |
| 7 | ALMIDON | 10000000 |
| 8 | ALMIDON | 10000000 |
| 9 | ALMIDON | 10000000 |
| 10 | ALMIDON | 10000000 |
| 11 | ALMIDON | 10000000 |
| 12 | ALMIDON | 10000000 |
| 13 | ALMIDON | 10000000 |
| 14 | ALMIDON | 10000000 |
| 15 | ALMIDON | 10000000 |
| 16 | ALMIDON | 10000000 |
| 17 | ALMIDON | 10000000 |
| 18 | ALMIDON | 10000000 |
| 19 | ALMIDON | 10000000 |
| 20 | ALMIDON | 10000000 |

REQUISITOS APLICABLES:

1. Certificado de Inscripción y Representación legal.
2. Informe de la Oficina del Representante legal.
3. Certificado de pago a la Seguridad Social, según Previsión e Ingresos por la Vida.
4. Reporte de Crédito.
5. Certificado de antecedentes penales.
6. Certificado de capacidad económica y solvencia.
7. Acreditación de bienes.

Óscar Chávez Rueda
 Representante legal

Fuente: Folio No. 3496, del cuaderno público No. 19. Carta de habilitación de **CATALINSA**

COMFINAGRO S.A.
CORPORACIÓN FINANCIERA DE COLOMBIA S.A.
Sede: Bogotá, Calle 84 No. 100-148 Oficina 901

COMFINAGRO S.A.
CORPORACIÓN FINANCIERA DE COLOMBIA S.A.
Sede: Bogotá, Calle 84 No. 100-148 Oficina 901

COMFINAGRO S.A.
CORPORACIÓN FINANCIERA DE COLOMBIA S.A.
Sede: Bogotá, Calle 84 No. 100-148 Oficina 901

REQUISITOS JURÍDICOS:

1. Certificación de Existencia y Representación Legal
2. Fideicomiso de la Cuenta del Representante legal
3. Certificación de pago a la Seguridad Social, aportes Familiares e impuesto sobre la renta y equidad OSE
4. Registro Único Tributario
5. Certificación de antecedentes fiscales
6. Certificado o constato de antecedentes disciplinarios

REQUISITOS FINANCIEROS Y TÉCNICOS:

1. Registro Único de Proponentes
2. Experiencia acreditada en la bolsa mercantil de Colombia
3. La certificación de cumplimiento de calidad
4. Certificación de capital
5. Registro variables reportes
6. Conceptos técnicos sanitarios
7. Capacidad de producción instalada
8. Instalaciones del comercio vendedor

Para sus cobras adjuncione los siguientes documentos:

REQUISITOS JURÍDICOS:

1. Certificación de Existencia y Representación Legal
2. Fideicomiso de la Cuenta del Representante legal
3. Certificación de pago a la Seguridad Social, aportes Familiares e impuesto sobre la renta y equidad OSE
4. Registro Único Tributario
5. Certificación de antecedentes fiscales
6. Certificado o constato de antecedentes disciplinarios

Fuente: Folio No. 3496, del cuaderno público No. 19. Carta de habilitación de IBEASER.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que este proceso de habilitación no se trataba de un proceso en el que **COMFINAGRO** simplemente cumplía un "rol operativo". Por el contrario, era la etapa mediante la cual esta **SCB**, a través que su representante legal, certificaba el cumplimiento de los requisitos técnicos, financieros, jurídicos y de experiencia de sus clientes, estipulados en la ficha técnica de negociación y en la ficha técnica de producto para participar en las operaciones que se adelantarían en las respectivas rueda de negociación, según su Manual de Procedimientos de Operaciones de **MCP**⁴³⁷.

En esa medida, la Delegatura reitera que no es objeto de reproche el comportamiento encaminado a que una misma **SCB** represente a más de un cliente para participar en una rueda de negociación por el mismo producto, puesto que está claro que tal circunstancia es posible. Lo que sí es objeto de reproche desde la perspectiva de este procedimiento administrativo sancionatorio es que un mismo operador represente de manera simultánea a más de un cliente en la misma operación en el marco de una rueda de negociación.

Esta última circunstancia bien pudo ser evitada si **COMFINAGRO** hubiese advertido tal comportamiento, según lo sostuvo en sus descargos (ver numeral 2.2.4.2.) y, en esa medida, hubiera adoptado una de estas tres medidas: (i) designar a cada cliente un operador diferente⁴³⁸, a fin de evitar la existencia de un posible conflicto de intereses, en que podría incurrir el operador que recibe instrucciones de dos clientes para ofertar los mismos productos, tal y como **COMFINAGRO** lo afirmó en sus descargos; (ii) realizar la operación, según el orden de ingreso de los mandatos en el Libro de Registro Electrónico de Órdenes de la **SCB** previsto para tal efecto, como sucedió en los casos que **COMFINAGRO** citó en sus descargos⁴³⁹; o (iii) en el supuesto en que ningún otro operador de la **SCB** pudiera representar a alguno de los mandantes, rechazar tal representación, esto es, "desistir de uno de los dos clientes", y/o manifestarle a ese proveedor que debe "llam[ar] a otra firma", como se explicó en detalle en el numeral 4.2.2.3. de este informe motivado. Sin embargo, como ha quedado demostrado, esto no sucedió en el caso objeto de investigación.

Ahora bien, es preciso recordar que el operador **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) estuvo vinculado laboralmente a **COMFINAGRO** desde el 15 de julio de 2011⁴⁴⁰ y hasta mayo de 2018⁴⁴¹. Durante este período, además de ser operador, **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) tuvo la calidad de

⁴³⁷ Folio 3558 del cuaderno reservado No. 12 **COMFINAGRO**. CD descargos de **COMFINAGRO**, anexo 1.8.1.
⁴³⁸ Folio No. 3543, del cuaderno público No. 19. Descargos de **COMFINAGRO**.
⁴³⁹ Ibidem
⁴⁴⁰ Folio 3558 del cuaderno reservado No. 12 **COMFINAGRO**. CD descargos de **COMFINAGRO**, anexo 1.5.
⁴⁴¹ Folio 3558 del cuaderno reservado No. 12 **COMFINAGRO**. CD descargos de **COMFINAGRO**, anexo 1.14.

director de la sucursal de esta **SCB** en la ciudad de Bogotá D.C desde el 29 de agosto de 2011, y fue representante legal suplente desde el 13 de septiembre de 2011.

De este modo, aún bajo la autonomía que podría tener por cuenta de ser el director de la oficina de **COMFINAGRO** en Bogotá, D.C., y el representante legal suplente de esta **SCB**, lo cierto es que sus actuaciones en esos cargos de administración comprometen a la **SCB**. Pero más allá de ello, la Delegatura destaca que todos los mandatos debían registrarse en el Libro de Registro Electrónico de Órdenes y las cartas de habilitación eran suscritas por el representante legal principal. En esa medida, tal y como lo afirmó **ÓSCAR CHÁVEZ RUEDA** (representante legal de **COMFINAGRO**), dichas órdenes estaban sujetas a revisión por parte de la **SCB**, con independencia de quien actuara por cuenta de la **SCB**.

Lo anterior revela entonces que está destinada al fracaso cualquier tesis de defensa mediante la cual se procure afirmar que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) “podría haber ocultado de **COMFINAGRO** ciertas habilitaciones y forma de realizar sus negocios, hechos que escapan a los controles de *Comfinagro*”, por las razones expuestas.

La Delegatura concluye que **COMFINAGRO**, con su comportamiento omisivo consistente en no controlar el comportamiento de su operador pese a contar con los mecanismos para hacerlo, comprometió su responsabilidad administrativa. Tal omisión permitió que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**) materializara el acuerdo demostrado en las ruedas de negociación objeto de análisis. En consecuencia, su comportamiento facilitó la ejecución del acuerdo anticompetitivo demostrado.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio declarar responsable a **COMFINAGRO**, por cuanto 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, en los procesos investigados.

5.5. Responsabilidad de RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN (director financiero de LHO)

Debe advertirse que, conforme con el material probatorio recaudado, no se logró acreditar que **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) hubiera facilitado, ejecutado, colaborado, tolerado y/o autorizado el acuerdo restrictivo de la competencia objeto de investigación.

En efecto, aunque **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) tuvo acceso, a través de correos electrónicos, a bases de datos en las cuales se hallaba con claridad información referente a la repartición de productos y sus pretendidos adjudicatarios⁴⁴², dicha información es la única que relaciona a este investigado con el acuerdo referido, por lo cual la misma resulta insuficiente para corroborar que, en efecto, aquel incurriera en la conducta por la cual imputada en la Resolución No. 34188 de 2018. De este modo, no existen suficientes medios de prueba que permitan demostrar la responsabilidad respecto a los cargos que fueron endilgados a **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**).

Al respecto, es importante resaltar que **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) ocupó diferentes cargos a lo largo de su trayectoria laboral en **LHO**. Fue empleado en dicha empresa desde el año 2007 hasta el año 2017. Así, desde el año 2007 se desempeñó en **LHO** como Asistente de Costos, desde el año 2011 hasta el año 2013 fue Coordinador del Área de Control de **LHO**, y finalmente, desde agosto del año 2013 hasta agosto del año 2017, ocupó el cargo de Director Financiero de **LHO**⁴⁴³.

Con lo anterior se demuestra que **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) no estuvo durante la totalidad del período de vinculación laboral en calidad de Director Financiero; por el contrario, fue un empleado que inició en **LHO** con funciones de bajo perfil, accedió a cargos de mayor rango debido a la dinámica de ascensos que se da

⁴⁴² Cfr. Folio 29 de la Resolución No. 34188 de 2018.

⁴⁴³ Folios 3687 y 3688 del cuaderno público No. 20

normalmente al interior de cualquier empresa y finalizó dicha vinculación en un cargo de nivel directivo que, si bien es de alto nivel, no representaba un rol decisivo en lo relacionado con los procesos de contratación a los cuales podría aspirar **LHO**, entre ellos, los relacionados con la provisión a la **ALFM** de comidas listas y panadería larga vida para el ensamble de raciones de campaña. A pesar de lo anotado, lo cierto es que aún bajo el supuesto de que **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) tuviera conocimiento sobre el acuerdo anticompetitivo reprochado, no puede predicarse que estaba en posición para adoptar medidas tendientes a lograr que cesara el comportamiento restrictivo de la competencia adoptado por la empresa para la cual trabajaba —esto es, **LHO**—, ello por cuanto no tenía conocimiento alguno en relación con el comportamiento investigado.

Ello fue confirmado por **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) en declaración rendida el día 6 de marzo de 2019⁴⁴⁴. En dicha declaración, esta investigada afirmó que **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) no tuvo conocimiento del acuerdo anticompetitivo investigado, por cuanto el correo en el cual se encuentra el cuadro de distribución de productos, al cual tuvo acceso **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) se intercambió a solicitud de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) para que este investigado digitara una información requerida por ella. Adicionalmente, en la misma declaración **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) afirmó de manera contundente que **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**) no tenía información sobre las actividades de cooperación desarrolladas, por cuanto nunca se las comentó⁴⁴⁵.

Adicionalmente, el mismo **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), en declaración rendida el día 5 de marzo de 2019, al ser cuestionado sobre las funciones que desempeñó en **LHO**, manifestó que calculaba materias primas, revisaba qué servicios se requerían, costos de transporte si era necesario y la identificación del total de los posibles costos. Al tiempo, indicó que como director financiero “*seguía haciendo lo mismo*” y que era responsable de la contabilidad⁴⁴⁶, circunstancias de las cuales se infiere que no participó en el acuerdo que celebró la empresa para la cual trabajó.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio no declarar responsable a **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**), por cuanto no 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, en los procesos investigados.

5.6. Responsabilidad de HERNANDO PRIETO MOLINA (gerente administrativo y financiero de IBEASER)

De acuerdo con el material probatorio recaudado durante esta actuación administrativa, se concluye que **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) por su acción colaboró, facilitó y ejecutó la conducta reprochada.

En efecto, las pruebas recaudadas en este caso evidencian que **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) tuvo pleno conocimiento acerca del acuerdo anticompetitivo referido. Ello por cuanto, en primer lugar, tuvo incidencia en el intercambio de correos electrónicos contentivos de la información mediante la cual se estructuró dicho comportamiento. Así, en calidad de remitente o de destinatario de las comunicaciones en las cuales se encuentra involucrado, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) contribuyó con los agentes del mercado investigados para que aquellos materializaran su actuación ilegal.

⁴⁴⁴ Programada mediante Resolución No. 78414 de 2018 y reprogramada mediante Resolución No. 419 de 2019.

⁴⁴⁵ Folio 6224 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE**. Minuto 03:21:28 a 03:23:36).

⁴⁴⁶ Folio 6214 del cuaderno público No. 32 (declaración de **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN**. Minuto 27:23 a 28:59).

En segundo lugar, **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) conocía el acuerdo objeto de reproche —como consta en el numeral **2.3.** del presente informe— e intentó justificarlo. Como se indicó, este investigado declaró que las coordinaciones desarrolladas entre las empresas investigadas eran “necesarias”, por cuanto se generaron para satisfacer de manera urgente una “*alta necesidad*” que tenía la entidad compradora, tal como se detalló en el numeral **4.3.3.** de este informe motivado.

En tercer lugar, se determinó que **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) conocía el funcionamiento del **MCP** de la **BMC**, además de las reglas de pluralidad de oferentes, de manera que pudo dar cuenta que parte del esquema de distribución consistía en habilitarse por la totalidad de productos, con el fin de aparentar las condiciones de pluralidad de oferentes, ello con las consecuencias que dicho aspecto tiene sobre el ejercicio de la formación objetiva de precios en este escenario de negociación, según lo anotado en el numeral **4.2.3.2.1.2.** del presente informe.

En cuarto lugar, es preciso recordar lo mencionado en el numeral **4.2.2.7.** de este informe, en referencia a que **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) reconoció que, en algunas oportunidades, en representación de la empresa para la cual trabajaba —esto es, **IBEASER**— y producto del esquema de distribución restrictivo de la libre competencia, le indicó a **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) cuáles eran los productos por los cuales iba a dar el “*conforme*” la empresa en mención.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio declarar responsable a **HERNANDO PRIETO MOLINA**, por cuanto incurrió en la responsabilidad administrativa prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1922, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, en los procesos investigados.

5.7. Responsabilidad de LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL (asesor externo de CATALINSA y representante de la compañía en Perú)

Del material probatorio recaudado en la presente actuación administrativa se concluye que **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú), participó en el comportamiento restrictivo de la libre competencia económica que ha sido previamente descrito, pues colaboró, facilitó, ejecutó y/o toleró la conducta reprochada.

En efecto, las pruebas recaudadas en este caso evidencian que **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú), debido a su vinculación material con **CATALINSA** —y la que tuvo en su condición de presidente de **MAUROS FOOD**—, conoció del acuerdo referido y, en esa medida, facilitó y ejecutó el acuerdo restrictivo referido, por cuanto:

(i) **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) tuvo incidencia en el intercambio de correos electrónicos contentivos de la información mediante la cual se estructuró dicho comportamiento, tal como se evidenció en la Resolución No. 34188 de 2018.

De este modo, en calidad de remitente o de destinatario de las comunicaciones en las cuales se encuentra involucrado, **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) contribuyó con los agentes del mercado investigados para que aquellos materializaran su actuación ilegal.

Al respecto es importante aclarar que si bien uno de los correos fue dirigido a su cuenta de correo electrónico con errores de digitación, la existencia del mismo demuestra la intención clara de enviarlo a **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú), quién además fue mencionado en el archivo que contenía el esquema distributivo, adjunto a dicho mensaje de correo⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷ Cfr. Folios 38 y 39 de la Resolución No. 34188 de 2018.

(ii) **CATALINSA** sucedió en la posición de mercado a la empresa **MAUROS FOOD**, en la cual, en su momento, **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) tuvo roles como accionista y como presidente. No se puede dejar de lado que cuando **MAUROS FOOD** se encontraba como proveedor en el mercado de comidas listas y panadería larga vida, con destino al ensamble de raciones de campaña, también hacía parte del esquema colaborativo⁴⁴⁸. Así, es posible concluir que, en efecto, **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) conocía la distribución elaborada en el marco del acuerdo anticompetitivo investigado, en el cual participó **CATALINSA** como sucesora de **MAUROS FOOD**.

(iii) **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) tuvo conocimiento respecto de la totalidad del esquema coordinado, inclusive en su fase de ejecución. En este punto es pertinente retomar la declaración rendida en etapa probatoria de esta investigación⁴⁴⁹, en lo que refiere al apoyo que existió entre empresas que, en apariencia, debían ser competidoras y cómo aquellas le prestaron a **CATALINSA** bolsas y capturadores de oxígeno, tal como se explicó en el numeral **4.3.4.2.** de este informe motivado.

(iv) En el marco de la declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), al ser cuestionado sobre las relaciones comerciales sostenidas entre las empresas **IBEASER** y **CATALINSA**, aquel investigado sostuvo que se comunicaban con **CATALINSA** a través de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) y **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), reconociéndoles como “representantes de la compañía”⁴⁵⁰.

De este modo, es claro que **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**) reconoció tanto a **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) como a su hijo, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) —este último, además, controlante de **CATALINSA**—, como representantes de **CATALINSA** y como las personas de contacto para planear y ejecutar la coordinación anticompetitiva investigada. De ello se infiere que **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (asesor externo de **CATALINSA** y representante de la compañía en Perú) conoció del comportamiento de **CATALINSA** en los procesos de selección investigados, que participó en esa dinámica y que, a pesar de estar enterado, no tomó medidas para evitarlo, con lo cual toleró la conducta restrictiva de la libre competencia.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio declarar responsable a **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**, por cuanto 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, en los procesos investigados.

5.8. Responsabilidad de DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ (directora jurídica de CATALINSA)

De conformidad con el material probatorio recaudado a lo largo de esta actuación administrativa, se concluye que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) participó en el comportamiento restrictivo de la libre competencia económica que ha sido previamente descrito pues colaboró, facilitó, autorizó, ejecutó y/o toleró la conducta reprochada.

Si bien **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) no estuvo vinculada laboralmente como apoderada de **MAUROS FOOD** —empresa antecesora de **CATALINSA**—, ello por cuanto en el período comprendido entre los años 2011 a 2013, respecto

⁴⁴⁸ Cfr. Folios 23 al 29 de la Resolución No. 34188 de 2018.

⁴⁴⁹ Cfr. Folio 6261 del cuaderno público No. 32 (declaración de **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL**).

⁴⁵⁰ Cfr. Folio 6591 del cuaderno público No. 33 (declaración de **HERNANDO PRIETO MOLINA**. Minuto 1:15:15 a 1:16:07).

al cual supuestamente debería estar vinculada a la empresa mencionada, estuvo en realidad vinculada a la empresa **ÁVILA LTDA.** y al Instituto de Desarrollo Urbano - IDU⁴⁵¹, es claro que en el desempeño de su cargo como directora jurídica de **CATALINSA** tuvo un rol determinante en lo relacionado con el desarrollo y presentación de propuestas de esta última empresa en el área contractual.

Así, en primer lugar, es pertinente reafirmar que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) tenía un papel activo en la construcción de las propuestas, derivado de su cargo. De ahí que sea posible inferir que esta investigada tuvo relación directa con los procesos de contratación en los cuales se encontraba interesada esta empresa y, por supuesto, en los cuales decidió ser partícipe. Teniendo en cuenta su cargo y las funciones relacionadas con el mismo, se concluye que ella tuvo conocimiento del acuerdo anticompetitivo que fue desarrollado entre las compañías coludidas. De ello también es posible concluir que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) tenía conocimiento de quiénes era los competidores de **CATALINSA**, aspecto que fue corroborado incluso con su declaración rendida en etapa probatoria, así:

“Pregunta: Y si yo le pregunto si usted considera que en ese momento eran competidores en el mercado de alimentos de raciones de campaña con esa amplitud ¿le parece o no le parece que son competidores?”

Diana Lucero Gualteros Jiménez: Eventualmente, serían competidores”⁴⁵².

En segundo lugar, es clave mencionar lo referente a la minuta del contrato de cuentas en participación a celebrarse entre **CATALINSA** y **LHO** —relacionado en el numeral **4.2.1.2.2.4.** del presente informe motivado—, mediante el cual se habría podido llevar a cabo un comportamiento coordinado en el marco de los procesos de selección que se realizarían en el escenario del **MCP** de la **BMC** y el conocimiento que sobre el particular tenía **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**).

Los elementos previamente mencionados dan cuenta del conocimiento de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) sobre los competidores de la empresa a la cual se encuentra vinculada laboralmente. En este sentido, conocer quiénes eran los competidores de **CATALINSA**, para proceder con posterioridad a la proyección de un contrato entre quienes tenían la calidad de competidores, permite inferir que ella sabía sobre las relaciones de coordinación existentes entre quienes debían ser independientes en sus decisiones y comportamiento competitivo. De este modo, al atender a dicho proceder, es claro que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) facilitó la conducta reprochada.

Adicionalmente, y en relación con la minuta de contrato de cuentas en participación referida con antelación, **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) negó en su declaración que dicho contrato se formalizara⁴⁵³. Al respecto, es importante indicar que, independientemente de su perfeccionamiento, la minuta referida evidenció una clara intención de establecer por escrito una relación contractual colaborativa entre las dos empresas mencionadas, hecho que cuestiona el supuesto perfil de competidores que les debía caracterizar en el marco de la competencia esperada en los procesos de selección objeto de investigación.

En línea con lo anterior, no se debe olvidar que la minuta en mención fue suministrada a **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) por parte de **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), con lo cual se demuestra, además, que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) contribuyó a ocultar el control de que sobre **CATALINSA** ejercía **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), aspecto que cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta

⁴⁵¹ Cfr. Folios 3388 y 3391 del cuaderno público No. 18.

⁴⁵² Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 1:27:47 a 1:28:05).

⁴⁵³ Folio 6255 del cuaderno público No. 32 (declaración de **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ**. Minuto 42:43 a 43:24).

que, tal como se plasmó en el numeral **4.2.1.2.2.4.** de este informe, ella afirmó que trabajaba “*muy de la mano con Mauricio*”.

Estas situaciones, sumadas a las funciones que **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**) desempeñaba en su cargo como directora jurídica de **CATALINSA**, bajo el cual está demostrado que tenía participación activa en la elaboración de las propuestas, elemento con el cual se puede inferir su conocimiento en relación con el esquema de distribución investigado, dan cuenta de su participación —por acción u omisión— en los comportamientos restrictivos de la libre competencia económica que fueron imputados mediante la Resolución No. 34188 de 2018 a **CATALINSA**.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio declarar responsable a **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), por cuanto 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, en los procesos investigados.

5.9. Responsabilidad de WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de CATALINSA y accionista de la compañía con 50% del capital) y CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN (subgerente de CATALINSA y accionista de la compañía con 50% del capital)

WILLIAM FAJARDO ROJAS (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital), son quienes formalmente detentan el capital de la empresa **CATALINSA** y los más altos cargos directivos en la misma.

Sin embargo, en consonancia con el control ejercido por **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) sobre la empresa **CATALINSA**, corroborado según lo indicado en el numeral **4.2.1.2.** del presente informe, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital), si bien ostentan cargos de representación, ejercieron bajo estos la administración de dicha compañía de manera artificial, al igual que los cargos directivos aparentemente detentados por estos investigados.

Con ello, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) se presentaron como los administradores de la persona jurídica **CATALINSA**, situación que, de acuerdo con los elementos probatorios recaudados en esta actuación administrativa y descritos de manera detallada en capítulos precedentes, es ajena a la realidad. Lo anterior, habida cuenta que, como ya se ha explicado, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) es la persona que determina el comportamiento competitivo de esta empresa en los procesos que son objeto de esta investigación.

Es importante retomar en este punto la defensa de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital), en la cual se argumentó que no existe prueba alguna que determine su responsabilidad. Al respecto y en relación directa con lo que se ha mencionado en párrafos anteriores, es claro que, si bien ellos no figuran en ninguna de las comunicaciones ni los archivos que fueron presentados de manera detallada en la resolución de apertura de investigación y formulación de cargos, ello no implica que estos dos investigados no hayan facilitado, ejecutado y/o tolerado la conducta objeto de reproche, por cuanto en el ejercicio de la representación de la empresa desarrollado por ellos, se presentaron diferentes situaciones para las cuales se requería su conocimiento, consentimiento e inclusive, anotación de firma.

Esto encuentra sustento en diferentes circunstancias —algunas de ellas, mencionadas y debidamente desarrolladas en capítulos precedentes del presente informe motivado—, que se exponen a continuación:

(i) A pesar de ser **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) controlante de **CATALINSA**, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital), hicieron uso de sus nombres e identificaciones, para ser administradores de **CATALINSA**, con el consecuente ejercicio de su rol, mediante el cual pudieron conocer y adelantar gestiones que, en definitiva, se encaminaron al desarrollo y materialización del acuerdo objeto de reproche.

Así, para esta Delegatura el comportamiento continuado —que se desarrolló según la investigación durante un período de ocho años—, no pudo haber sido desarrollado sin el conocimiento de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital). Lo anterior se sustenta en tres razones fundamentales: en primer lugar, estos dos investigados son socios de **CATALINSA**; en segundo lugar, ostentan cargos de representación legal de la empresa; y, en tercer lugar, las manifestaciones de esta empresa se realizan a través de sus representantes legales, por el mismo control oculto que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) ejerce sobre **CATALINSA**.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta, por ejemplo, que fueron los representantes legales de **CATALINSA**, esto es **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital), quienes firmaron los mandatos otorgados al operador **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), mediante los cuales se dio instrucción a esta persona para habilitarse por la totalidad de productos de comidas listas y panadería larga vida y los precios a los cuales debía ofertar. Es claro, según el análisis expuesto en capítulos precedentes, que la circunstancia de otorgar poder a un operador común y la decisión de habilitarse por la totalidad de productos objeto de investigación, era parte de la estrategia para implementar el acuerdo reprochado⁴⁵⁴.

Aunado a lo anterior, es importante indicar que en las direcciones de notificación, en lo que se refiere a las gestiones del poder otorgado al operador en mención, la dirección dispuesta fue subgerencia@catakinsa.co, correo del cual es titular y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**)

(ii) Si bien **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) ostenta formalmente en **CATALINSA** el cargo de asesor externo, sus funciones en realidad tienen un alcance mucho mayor. Tanto es así que, tal como se indicó en el numeral **4.2.1.2.2.2.**, es reconocido por la competencia de **CATALINSA** como la persona que toma decisiones sobre la empresa y como la persona con la cual se entienden para la realización de negocios. Así, el supuesto rol de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**) como representantes y altos dirigentes de **CATALINSA**, resulta prácticamente inexistente.

(iii) Se debe reiterar que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**), siendo un asesor externo de **CATALINSA**, tiene acceso pleno al correo de la gerencia de dicha empresa. No solo no se entiende por qué un asesor externo tiene acceso a un correo reservado para gerencia, en este caso representada nominalmente por **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) —tal como se expuso en el numeral **4.2.1.2.2.4.**—, sino que no se halla una explicación lógica y razonable para que **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**), de ser quienes en realidad ejercían control sobre **CATALINSA**, permitieran este tipo de acceso y disposición de información de alto nivel a un asesor externo.

⁴⁵⁴ Folio No. 3496, del cuaderno público No. 19. Mandatos **CATALINSA**.

Al tener en cuenta los elementos anteriormente mencionados, se reitera que tanto **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) tenían conocimiento sobre estas situaciones y hubo consentimiento de su parte frente a ellas, al punto que contribuyeron con su conducta a que **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y **CATALINSA** materializar su actuar ilegal. De esta manera, es posible inferir que, en efecto, aquellos facilitaron y/o toleraron la conducta reprochada.

Adicionalmente, es oportuno destacar que hubiera resultado muy ilustrativo oír las explicaciones de **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) en cuanto a su participación en los hechos objeto de esta investigación mediante la práctica de su declaración y ratificación decretada mediante Resolución No. 78414 de 17 de octubre de 2018 y programada por la Resolución No. 419 de 11 de enero de 2019.

A pesar de ello, estos investigados no concurrieron en la fecha programada, y aunque su apoderado asistió en cada una de las fechas respectivas alegando que la inasistencia de ambos se debía a que se encontraban fuera de la ciudad de Bogotá D.C. en ese momento, no presentaron en término los documentos que sustentaran dicha afirmación. De este modo, las inasistencias injustificadas a rendir declaración durante la etapa probatoria, previamente referidas, deberán ser tenidas en cuenta como un indicio adicional en su contra, en los términos del artículo 241 del C.G.P., respecto de la responsabilidad de cada uno de ellos en los hechos investigados.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio declarar responsables a **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital) y a **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (subgerente de **CATALINSA** y accionista de la compañía con 50% del capital), por cuanto 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, en los procesos investigados.

5.10. Responsabilidad de LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE (directora general de LHO)

Del material probatorio recaudado en la presente actuación administrativa, se concluye que **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), en su calidad de directora general de **LHO** —empresa imputada como agente directo de la conducta colusoria investigada— y de hermana de **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** —agente directo de la referida conducta—, tomó parte en el comportamiento anticompetitivo previamente mencionado, mediante su participación en las comunicaciones que dieron lugar al desarrollo del acuerdo anticompetitivo mencionado en el presente informe, con lo cual habría colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado la conducta reprochada.

Adicionalmente, es clave indicar que **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) reconoció en el marco de declaración decretada mediante Resolución No. 78414 de 17 de octubre de 2018 y programada por la Resolución No. 419 de 11 de enero de 2019, que participó en el acuerdo restrictivo objeto de investigación —tal como fue desarrollado en el numeral 4.3.3. del presente informe motivado—, con lo cual también es posible concluir que era plenamente consciente respecto al esquema de distribución en el que era participe la empresa de la cual ella era directora general, esto es, **LHO**. En consecuencia, el rol que **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) tuvo en **LHO** al ostentar un cargo de alto perfil, desde el que participó de manera directa en la celebración y ejecución del acuerdo continuado restrictivo de la libre competencia económica, demuestra que tomó parte —por acción u omisión— en la conducta investigada.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio declarar responsable a **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), por cuanto 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, en los procesos investigados. Por último para efectos de valorar la responsabilidad de esta investigada, la Delegatura destaca que en asamblea extraordinaria de accionistas de **LHO** llevada a cabo el 17 de julio de 2017, el referido órgano social aceptó la renuncia de **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**) al cargo de directora general y representante legal de **LHO** a partir de la fecha enunciada⁴⁵⁵.

5.11. Responsabilidad de ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO (representante legal suplente de PROLAC)

El material probatorio recaudado a lo largo de la presente actuación administrativa permite concluir que **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), al detentar el cargo de representante legal suplente de **PROLAC** —uno de los agentes de mercado contra los que se dirige la imputación de forma directa—, tuvo conocimiento y plena conciencia respecto al esquema de distribución en el cual era partícipe la empresa mencionada.

Aunado a lo anterior, **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) en el desarrollo de declaración decretada mediante Resolución No. 78414 de 17 de octubre de 2018 y programada por la Resolución No. 419 de 11 de enero de 2019, reconoció que tenía conocimiento del acuerdo anticompetitivo continuado objeto de investigación, tal como fue desarrollado en el numeral 4.3.3. del presente informe motivado. En el mismo sentido, se concluye que **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**) participó en las comunicaciones mediante las cuales los investigados celebraron y materializaron la distribución de los productos de comidas listas y panadería larga vida para el ensamble de raciones de campaña, a negociar en el escenario del **MCP** de la **BMC** durante el período comprendido entre el año 2011 y hasta marzo de 2018, por lo cual habría participado —por acción u omisión— en la ocurrencia del referido acuerdo.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio declarar responsable a **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), por cuanto 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, en los procesos investigados.

5.12. Responsabilidad de JAVIER CAPARROSO HOYOS (operador de las SCB COMFINAGRO y A.R. TRIPLEA)

De conformidad con el material probatorio recaudado a lo largo de esta actuación administrativa, se concluye que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) contribuyó con la realización y materialización el acuerdo anticompetitivo analizado —respecto al cual tuvo plena conciencia y conocimiento—. La anterior afirmación tiene como sustento las siguientes circunstancias: (i) actuó en el mercado investigado, a pesar de que estaría incurrido en conflictos de intereses entre los proponentes participantes del acuerdo mencionado, comportamiento con el cual propició un escenario favorable para la realización de dicho acuerdo; y (ii) ejecutó ese acuerdo en las ruedas de negociación del **MCP** de la **BMC**, de conformidad con las instrucciones dadas por las empresas coludidas que fungían como sus mandantes.

Así, en primer lugar, es importante manifestar que, en el ámbito de esta actuación administrativa por violación al régimen de protección de la libre competencia económica, se pudo evidenciar que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) habría incurrido en un conflicto de intereses, conducta con la cual facilitó la ejecución del acuerdo investigado. Al actuar como operador vinculado a las **SCB A.R. TRIPLEA** y **COMFINAGRO** en los procesos de selección mencionados, a lo largo del período investigado representó de forma simultánea a varias compañías relacionadas con el acuerdo anticompetitivo

⁴⁵⁵ Esta información se obtuvo en <https://www.rues.org.co>. El acta referida fue registrada en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C. con el número 02243949.

objeto de reproche, en las mismas operaciones para la adquisición de productos alimenticios para ensamble de raciones de campaña, requeridos por la **ALFM** en el escenario del **MCP** de la **BMC**. Este conflicto de intereses —que no habría sido subsanado—, cuyos supuestos, características y ocurrencia fueron descritos en el numeral **4.2.2.** de este informe, propició un escenario adecuado para la elaboración y la ejecución del esquema de distribución contrario a la libre competencia económica que ocupa este análisis, con lo cual contribuyó a la materialización del acuerdo investigado.

En segundo lugar, se corroboró en el transcurso de esta actuación administrativa que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) tuvo plena consciencia y conocimiento del conflicto de intereses anotado, respecto del cual estuvo inmerso. Ello se concluyó no solo por la existencia, en su equipo de cómputo, de archivos relacionados con el acuerdo investigado, en los cuales se halló información relacionada con la distribución de productos no solo de sus clientes, sino de los demás participantes del acuerdo mencionado —**PROLAC**—, sino por la participación que tuvo en las comunicaciones con los agentes del mercado coludidos para efectos de desarrollar y materializar el acuerdo, tal como se determinó en la Resolución No. 34188 de 2018 —apertura de investigación e imputación de cargos— y en los numerales **4.2.2.6.** y **4.2.2.7.** del presente informe motivado.

Sumado a lo anterior, es importante analizar el argumento de defensa atinente a la falta de valoración del elemento subjetivo en el comportamiento desplegado por **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) en el sentido de que no está probado, “*fehacientemente*”: (i) la modalidad en la que supuestamente lo habría cometido, esto es, a título de dolo o culpa, tal y como lo exige la reciente jurisprudencia del Tribunal Administrativo de Cundinamarca⁴⁵⁶, y (ii) la participación en el comportamiento anticompetitivo.

En lo que se relaciona con la demostración de la modalidad en la que se habría realizado el comportamiento imputado, no se halla razón al investigado. A continuación se presentarán las razones por las cuales la defensa de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) carece de un fundamento suficiente.

En primer lugar, la Delegatura destaca que con fundamento en los múltiples pronunciamientos de la Superintendencia, aunque el derecho administrativo sancionador hace parte, junto con el derecho penal, del “*ius puniendi*”, o facultad de sancionar o castigar que ostenta el Estado colombiano, y que por ende, al mismo le son aplicables las garantías superiores que rigen el derecho penal nacional, la misma Corte Constitucional ha manifestado que no es posible entender que todo el derecho sea de orden penal y, por tanto, no toda sanción soportada en el derecho tiene tal carácter, como se anota a continuación:

“(…) no es que las reglas del debido proceso penal se apliquen a todas las actuaciones judiciales o administrativas o de carácter sancionatorio; en verdad, lo que se propone el Constituyente es que en todo caso de actuación administrativa exista un proceso debido, que impida y erradique la arbitrariedad y el autoritarismo, que haga prevalecer los principios de legalidad y de justicia social, así como los demás fines del Estado, y que asegure los derechos constitucionales, los intereses legítimos y los derechos de origen legal y convencional de todas las personas (...)”⁴⁵⁷

Así, en materia administrativa y específicamente en lo que corresponde al régimen sancionatorio, si bien es claro que la administración debe dar aplicación a las garantías mínimas del debido proceso, las mismas no siempre tienen el mismo alcance que en el ámbito penal. Aunque ambos estén regidos por dichas garantías, corresponden a dos regímenes legales con objetivos diferentes, que bajo ninguna óptica pueden ser equiparados en su totalidad, ello en tanto el derecho penal se ocupa de la protección de bienes sociales más amplios, frente a un mayor grado de afectación de intereses jurídicamente protegidos y las libertades individuales de los ciudadanos, mientras que el derecho administrativo sancionatorio se ocupa de proteger y

⁴⁵⁶ El investigado se refiere a la sentencia de 19 de octubre de 2018, dictada por la Sección Primera, Subsección B del Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la acción de nulidad y restablecimiento del derecho presentada por Claudia Sterling Posada contra la Superintendencia de Industria y Comercio, radicado No. 11001-33-31-001-2012-00156-03.

⁴⁵⁷ Corte Constitucional, sentencia C-599 de 1992.

garantizar la organización y el buen funcionamiento de la organización, tomando la tarea de cuestionar y castigar los incumplimientos de deberes, prohibiciones y mandatos consignados, con el consecuente descarte de cualquier tipo de sanción que implique una privación de la libertad⁴⁵⁸.

En el mismo sentido, es relevante recordar que la Corte Constitucional ha manifestado que el margen de configuración del legislador en materia de sanciones administrativas *“es mayor que en materia penal, habida cuenta de la gran variedad de sanciones administrativas así como de los campos de la actividad social donde éstas son aplicadas y de las circunstancias en las cuales son impuestas por las autoridades administrativas competentes”*⁴⁵⁹. Por ello *“Si bien, por regla general, la responsabilidad en este ámbito ha de ser a título de imputación subjetiva y la carga probatoria de todos los elementos subjetivos pertinentes ha de recaer en el Estado, el legislador puede aminorar la carga de éste y aumentar la carga del investigado siempre que ésta sea razonable y no restrinja excesivamente los medios de prueba a su disposición”*⁴⁶⁰ (subraya fuera del texto original).

En la misma línea, también se ha pronunciado el Consejo de Estado, al indicar 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 (...)”*⁴⁶¹. (Subraya fuera del texto original).

En definitiva, si bien se ha reconocido —tal como consta en líneas anteriores— que el principio del debido proceso, en correlación con la totalidad de elementos que lo componen, entre ellos el elemento subjetivo de la culpabilidad, se aplican por regla general en el régimen administrativo sancionatorio, es claro que el margen de configuración del legislador en materia de sanciones administrativas es más amplio que en materia penal y, por ende, admite un análisis que en ocasiones excluye la valoración del factor subjetivo.

Ahora bien, al descender al análisis del caso concreto, debe recordarse que el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 establece que serán considerados contrarios a la libre competencia los acuerdos que tengan *“por objeto”* la colusión en las licitaciones o concursos. Al respecto, la Superintendencia de Industria y Comercio ha establecido en múltiples oportunidades, que la implicación de las denominadas conductas *“por objeto”* recae específicamente en el hecho que la autoridad no solo no está en la obligación de establecer los efectos de la conducta en el mercado, sino que tampoco está en la obligación de determinar la intención de los investigados.

Y es que precisamente se ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan por objeto la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que deba tenerse en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción.

La anterior posición, además, se sustenta en diferentes pronunciamientos del Consejo de Estado, el cual ha manifestado de manera clara que:

⁴⁵⁸ Superintendencia de Industria y Comercio, Resolución No. 12156 de 2019 *“por la cual se imponen unas sanciones por infringir el régimen de protección de la competencia”*, dentro del expediente 15-240653, pág. (FERLAG).

⁴⁵⁹ Corte Constitucional, sentencia C-616 de 2002.

⁴⁶⁰ *Ibidem*.

⁴⁶¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 25 de marzo de 2004, C.P. María Inés Ortiz Barbosa.

“No interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento que celebró el acuerdo de precios censurado (...) puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios”⁴⁶² (negrilla fuera de texto original).

De esta manera, es evidente que en Colombia el régimen de protección de la libre competencia económica, y en especial lo relacionado con los acuerdos restrictivos de la competencia horizontales, está estructurado sobre la base de que basta con probar el objeto de la conducta, por lo que no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención —dolo o culpa— de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento jurídico.

Al observar el análisis anotado en los párrafos previos, es claro que, en lo concerniente a **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**), no procede la valoración de elementos subjetivos relacionados con la intención que pudo haber tenido al momento de participar en el acuerdo anticompetitivo investigado, respecto al que facilitó el escenario para materializarlo y frente al cual actuó inmerso en un conflicto de intereses.

En segundo lugar, aún si se aceptara la tesis de la defensa en relación con este tipo de valoración, es posible concluir que la Delegatura no se ha apartado en ningún momento de lo que estableció al respecto el Tribunal Administrativo de Cundinamarca en la sentencia previamente anotada, ello por cuanto se ha cumplido a cabalidad con la carga de motivar la manera en la cual **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) se aproximó al comportamiento coordinado objeto de investigación y su actuar consciente respecto de su conocimiento del esquema de distribución de productos.

Así, con la totalidad de elementos analizados en detalle a lo largo del numeral **4.2.2.** del presente informe motivado, la Delegatura demostró de manera fehaciente el despliegue efectivo de la conducta de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) y explicó en debida forma cómo dicha conducta contribuyó de manera determinante a la materialización del acuerdo objeto de reproche.

Por su parte en lo que se refiere a que no se demostró la participación de **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**) en el comportamiento anticompetitivo, la Delegatura advierte que este alegato no tiene fundamento adecuado y desconoce el material probatorio presentado y valorado en la resolución de apertura de investigación y formulación de pliego de cargos, así como las pruebas recaudadas en la etapa probatoria con las cuales se corroboró que este investigado, de manera interrumpida por todo el período investigado, fue el instrumento utilizado por los participantes del acuerdo (en especial **LHO**, **CATALINSA** e **IBEASER**) para materializar la repartición de productos en las ruedas de negociación.

Esta Delegatura reitera que, con fundamento en los elementos probatorios recaudados y plenamente examinados a lo largo de la presente actuación administrativa —que obran como evidencia directa de su conducta—, se corroboró que **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**): (i) tuvo plena conciencia y conocimiento respecto del acuerdo anticompetitivo desarrollado por los agentes del mercado, (ii) actuó como operador vinculado a las **SCB AR TRIPLEA** y **COMFINAGRO** en los procesos de selección mencionados, y representó de forma simultánea a varias compañías relacionadas con el acuerdo anticompetitivo objeto de reproche, en las mismas operaciones para la adquisición de productos alimenticios para ensamble de raciones de campaña, requeridos por la **ALFM** en el escenario del **MCP** de la **BMC**. Como se ha explicado en este informe motivado, esta actuación podría corresponder a un conflicto de intereses, no obstante sus afirmaciones respecto a que él consideraba que no se encontraba inmerso en tal conflicto, las cuales no son admisibles, como se explicó en el numeral **4.2.2.** del presente informe motivado. Finalmente (iii) el conflicto de intereses —que no habría sido subsanado— facilitó un escenario adecuado para la elaboración

⁴⁶² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia del 28 de enero de 2010, C.P. María Claudia Rojas Lasso.

y la ejecución del esquema de distribución contrario a la libre competencia económica que ocupa este análisis, con lo cual contribuyó a la materialización del acuerdo investigado.

Así las cosas, se recomendará al Superintendente de Industria y Comercio declarar responsable a **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de las **SCB COMFINAGRO** y **A.R. TRIPLEA**), por cuanto 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, en los procesos investigados.

6. Recomendación

6.1. Sobre los agentes del mercado

Declarar responsable y sancionar a **INDUSTRIAS ALIMENTOS Y CATERING S.A.S. (CATALINSA)**, **LA HUERTA DE ORIENTE S.A.S. (LHO)**, **IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S. (IBEASER)**, **PRODUCTORA Y DISTRIBUIDORA DE PRODUCTOS LÁCTEOS Y COMESTIBLES S.A.S. (PROLAC)**, **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), porque está demostrado que incurrieron en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1922, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, en los procesos de selección relacionados con comidas listas y panadería larga vida, para el ensamble de raciones de campaña, a adquirir por parte de la **ALFM** en el escenario del **MCP** de la **BMC**, durante el período comprendido entre el año 2011 y hasta marzo de 2018.

Respecto de (i) **LA HUERTA DE ORIENTE S.A.S. (LHO)**; (ii) **IBEROAMERICANA DE ALIMENTOS Y SERVICIOS S.A.S. (IBEASER)**; y (iii) **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**), si el Superintendente de Industria y Comercio considera que son responsables por haber infringido el régimen de protección de la libre competencia económica por los hechos objeto de investigación, se recomienda tener en cuenta, la conducta procesal que adoptaron estos investigados, para efectos de la reducción de la multa, toda vez que reconocieron la comisión de la conducta imputada⁴⁶³.

Toda vez que se recomienda declarar responsable y sancionar a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) y a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) por haber incurrido en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1922, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, la Delegatura, entonces, recomienda (i) no declarar responsable a **HAYDER MAURICIO VILLALOBOS ROJAS** (gerente de **MAUROS FOOD** y asesor externo de **CATALINSA**) por la imputación subsidiaria contenida en el artículo tercero de la resolución 34188 de 2018 y (ii) no declarar responsable a **JUAN CARLOS ALMANSA LATORRE** (gerente y representante legal de **IBEASER**) por la imputación subsidiaria contenida en el artículo tercero de la resolución enunciada.

6.2. Sobre las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado

Declarar responsable y sancionar a **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**), **LUIS HERNANDO VILLALOBOS SABOGAL** (apoderado y consultor externo de **CATALINSA**), **DIANA LUCERO GUALTEROS JIMÉNEZ** (directora jurídica de **CATALINSA**), **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), **ALFREDO RAFAEL ROA SARMIENTO** (representante legal suplente de **PROLAC**), **JAVIER CAPARROSO HOYOS** (operador de **COMFINAGRO** y **AR TRIPLEA**), **COMISIONISTAS FINANCIEROS AGROPECUARIOS S.A. (COMFINAGRO)**, **WILLIAM FAJARDO ROJAS** (representante legal y gerente de **CATALINSA**), y **CLAUDIA MARCELA GONZÁLEZ MARTÍN** (representante legal y subgerente de **CATALINSA**), porque está demostrado que incurrieron en

⁴⁶³ Cfr. Parágrafo del artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el cual establece que "la colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción".

el comportamiento sancionable previsto 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 procesos de selección relacionados con comidas listas y panadería larga vida, para el ensamble de raciones de campaña, a adquirir por parte de la **ALFM** en el escenario del **MCP** de la **BMC**, durante el período comprendido entre el año 2011 y hasta marzo de 2018.

Respecto de (i) **HERNANDO PRIETO MOLINA** (gerente administrativo y financiero de **IBEASER**); y (ii) **LUZ ADRIANA ALMANSA LATORRE** (directora general de **LHO**), si el Superintendente de Industria y Comercio considera que son responsables por haber infringido el régimen de protección de la libre competencia económica por los hechos objeto de investigación, se recomienda tener en cuenta la conducta procesal que adoptaron estos investigados, para efectos de la reducción de la multa. Esto es, que reconocieron la comisión de la conducta imputada.

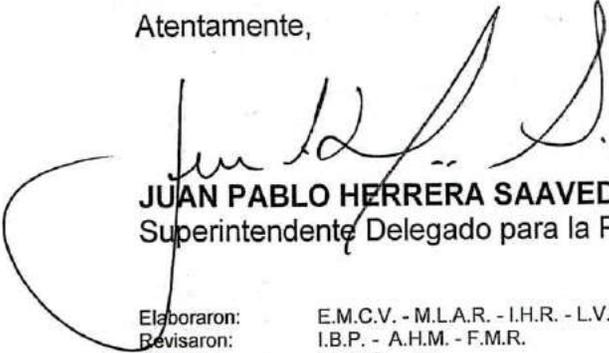
6.3. Archivos

Archivar la actuación en relación con **BAALBEK**, por estar liquidada judicialmente desde el 28 de junio de 2017.

Archivar la actuación en relación con **RONALD HISNARDO VALBUENA BELTRÁN** (director financiero de **LHO**).

Archivar la actuación en relación con **A.R. TRIPLEA S.A.S.**

Atentamente,


JUAN PABLO HERRERA SAAVEDRA

Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia

Elaboraron: E.M.C.V. - M.L.A.R. - I.H.R. - L.V.R.O.
Revisaron: I.B.P. - A.H.M. - F.M.R.
Aprobó: J.P.H.S.