



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

RESOLUCIÓN NÚMERO № 39758 DE 2017

Radicación 12-191859

(06 JUL 2017)

VERSIÓN ÚNICA

“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992¹ y el Decreto 4886 de 2011² y

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante la Resolución No. 97610 de 2015, la Delegatura para la Protección de la Competencia de la Superintendencia de Industria y Comercio (en adelante la Delegatura), abrió una investigación administrativa y formuló pliego de cargos contra la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL** (en adelante **FUNDESOL**) y la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** (en adelante **MULTIACTIVA**), para determinar si infringieron lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas).

Así mismo, se abrió investigación y formuló Pliego de Cargos contra **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**, personas naturales vinculadas con las personas jurídicas antes mencionadas, para determinar si habrían incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al presuntamente haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado o tolerado las conductas imputadas a las personas jurídicas.

SEGUNDO: Que la actuación administrativa se inició de oficio mediante memorando interno radicado con el No. 12-191859-0 del 26 de octubre de 2012, mediante el cual el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia le solicitó a la Coordinación del Grupo Interdisciplinario de Colusiones, iniciar una averiguación preliminar para establecer la ocurrencia de presuntas prácticas anticompetitivas a partir de una serie de informaciones periodísticas, que darían cuenta de posibles irregularidades en los procesos de selección contractual adelantados por el **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS** (en adelante **ALCALDÍA DE CARTAGENA**) en el año 2012.

TERCERO: Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos y corridos los términos para solicitar y aportar pruebas³, ninguno de los investigados presentó descargos, aportó pruebas ni formuló argumentos respecto de la imputación realizada.

CUARTO: Que mediante las Resoluciones Nos. 28068 de 13 de mayo de 2016⁴, 57129 del 29 de agosto de 2016⁵ y 13732 de 27 de marzo de 2017⁶, la Delegatura decretó las pruebas de oficio

¹ Modificado por el Decreto 19 de 2012.

² Mediante el cual se modificó el Decreto 3523 de 2009, a su vez modificado por el Decreto 1687 de 2010.

³ Decreto 2153 de 1992, artículo 52, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012.

⁴ Folio 4062 a 4066 del Cuaderno Público No. 21.

⁵ Folio 4225 a 4228 del Cuaderno Público No. 21.

⁶ Folio 4326 a 4327 del Cuaderno Público No. 22.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

que consideró procedentes. Posteriormente, atendiendo los principios de economía y celeridad que orientan las actuaciones administrativas, establecidos en los numerales 12 y 13 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, por medio de la Resolución No. 23705 de 8 de mayo de 2017 prescindió de algunas pruebas decretadas, entre las cuales se encuentran requerimientos de información formulados a los investigados, las documentales solicitadas y las declaraciones de parte que no pudieron realizarse respecto de los investigados que no asistieron a las audiencias programadas

QUINTO: Que luego de culminar la etapa probatoria, el 15 de mayo de 2017 la Delegatura adelantó la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012. Durante el curso de esta audiencia, **FUNDESOL** formuló los siguientes argumentos⁷:

- Los acuerdos colusorios únicamente se presentan cuando un competidor acuerda presentar una oferta más elevada que la del ganador, presenta una oferta más elevada que las demás o presenta una oferta con condiciones claramente inaceptables para la entidad. Por lo tanto, en este caso debería archivarse la investigación porque **FUNDESOL** no incurrió en ninguna de esas modalidades de acuerdo.
- **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, las personas jurídicas investigadas en esta actuación administrativa, no resultaron adjudicatarias en el proceso de contratación.
- **FUNDESOL** no tenía una posición de dominio que le permitiera definir las condiciones del mercado, en tanto estas son determinadas en el pliego de condiciones.
- **FUNDESOL** no incurrió en ninguno de los actos restrictivos de la libre competencia económica descritos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- La Delegatura incurrió en un error en la valoración de las pruebas en la medida en que no realizó una valoración de los documentos disponibles en el expediente de conformidad con la normativa aplicable, que le exigía hacer un análisis de cada uno de ellos. Esa circunstancia vulneró el derecho al debido proceso de los investigados porque no se calificó debidamente el sumario probatorio "al no darle el valor probatorio real y equitativo" a cada uno de los documentos allegados.
- La configuración de los comportamientos anticompetitivos imputados requería que los investigados hubieran actuado de forma dolosa. En este caso no se demostró que **FUNDESOL** hubiera actuado de esa manera.
- El material probatorio, que no es conducente ni pertinente, tampoco es suficiente para demostrar el comportamiento imputado a **FUNDESOL** mediante la resolución de apertura.
- La administración tiene la obligación de aplicar de forma estricta el principio de buena fe, lo cual se traduce en respetar los procedimientos públicos "que gozan igualmente del principio de transparencia".
- **FUNDESOL** no incurrió en la conducta imputada, como quiera que no se encuentra probado que su conducta o la de los demás proponentes hubieran "estado acorde para hacer incurrir en error a la administración". Adicionalmente, el ente territorial no ha suministrado la información requerida por la Superintendencia.
- No existe ningún vínculo, de ninguna clase, entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**. El que los formatos allegados por estas fundaciones al proceso de selección que interesa hubieran resultado similares no constituye prueba suficiente para que se predique un caso de colusión. Al respecto, es posible encontrar dichos formatos "en los medios informáticos", los cuales "son susceptibles de copia".
- La actuación surgió de una denuncia que puede estar viciada de culpa o dolo. No existe material probatorio suficiente sobre un actuar contrario a la ley por parte de **MULTIACTIVA** y

⁷ Los argumentos fueron expuestos de manera verbal en el marco de la audiencia y de forma escrita mediante radicado No. 12-191859-270 de 15 de mayo de 2017, folios 4421 a 4425 del Cuaderno Público No. 22 del Expediente.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

FUNDESOL, encaminado a inducir en error al ente territorial. Lo anterior, por cuanto la oferta presentada por **FUNDESOL** no fue evaluada por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**.

SEXTO: Que luego de realizada la audiencia prevista en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio, el Informe Motivado con el resultado de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado")⁸ en el cual recomendó:

(i) Declarar responsable y sancionar a **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** como quiera que se encuentra demostrado que incurrieron en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

(ii) Declarar responsable y sancionar a **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** como quiera que se encuentra demostrado que incurrieron en el comportamiento previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

El Informe Motivado fundamentó sus recomendaciones en las siguientes consideraciones:

6.1. Consideraciones de la Delegatura respecto del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la ALCALDÍA DE CARTAGENA

La Delegatura describió el proceso de selección y precisó que su objeto consistía en el "SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS"⁹.

Para el desarrollo del objeto contractual, la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** estableció como valor del presupuesto oficial estimado la suma de **MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.985.530.225.oo)**¹⁰.

En el proceso de selección No. SA-UAC-SI-002-2012 participaron los siguientes proponentes:

Proponentes que participaron en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-002-2012

| PROPONENTE | |
|-------------------|--|
| 1 | UNIÓN TEMPORAL PROANCIANOS DE CARTAGENA MARÍA HELENA ZULUAGA DE BOTERO FUNDACIÓN ENLACE COOPERATIVA DE SERVICIOS GENERALES LA HERÓICA |
| 2 | FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO MULTIACTIVA |
| 3 | UNIÓN TEMPORAL ALIMENTARTE FUNDACIÓN AMIGOS DE LA SALUD ESODE LTDA. |
| 4 | UNIÓN TEMPORAL ALIMENTOS DE CARTAGENA DISTRIBUCIONES UNIVERSAL S.A.S. ALIRIO OSMA ROJAS |
| 5 | FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD - FUNDESOL |

Fuente: Elaboración Superintendencia con base en documentos oficiales del proceso¹¹.

Como consta en la Resolución No. 1574 de 25 de julio de 2012 de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**, se adjudicó el contrato a la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA** por **MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.959.000.000.oo)**.

⁸ Mediante memorando No. 12-191859-275-1 de 16 de mayo de 2017.

⁹ Folio 294 del Cuaderno Público No. 2.

¹⁰ Folio 294 del Cuaderno Público No. 2.

¹¹ Folio 1236 del Cuaderno Público No. 7.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

6.2. Consideraciones de la Delegatura respecto del actuar de los investigados en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la ALCALDÍA DE CARTAGENA

De acuerdo con lo señalado por la Delegatura, las siguientes circunstancias podrían indicar la existencia de un comportamiento coordinado entre los investigados en el marco del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012:

(i) Los formatos utilizados por **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** para la presentación de las ofertas eran similares (ej. portadas y las tablas de contenido).

(ii) Los documentos contables allegados por **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** presentaban similitudes, como en el caso de las notas a los estados financieros y en la información financiera, que a pesar de haber sido suscritos por contadores diferentes, era similar en algunos casos e idéntica en otros.

(iii) Los certificados de existencia y representación legal, el Registro Único de Proponentes, los antecedentes disciplinarios y fiscales y los de la Junta Central de Contadores aportados al proceso de selección investigado por **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**, fueron expedidos simultáneamente, con escasos minutos de diferencia y, en algunos casos, con números consecutivos.

(iv) **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** acreditaron en el proceso de selección los mismos proveedores para transportar alimentos perecederos y no perecederos en vehículos automotores, así como para certificar la bodega.

(v) **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ**, quien se identificó como contador público de **MULTIACTIVA** durante las visitas, afirmó que los documentos relacionados con esa fundación se encontraban en la carrera 19 No. 13-37 de Santa Marta¹², que es la dirección consignada por **FUNDESOL**. De otro lado, para la época de los hechos, **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** estaba registrado como revisor fiscal de **FUNDESOL**, pero no se encontraba vinculado formalmente con **MULTIACTIVA**. **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** en su declaración afirmó que suministró documentos contables tanto a **FUNDESOL** como a **MULTIACTIVA**.

(vi) En la visita realizada el 16 de mayo de 2013 a la **UT ASEAR**, de la que era miembro **MULTIACTIVA**, se encontró información de **FUNDESOL** relacionada con la convocatoria pública para conformar una lista de habilitados y seleccionar operadores para el programa nacional de alimentación para el adulto mayor¹³.

(vii) **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** presentaron las mismas certificaciones de **VIAJEROS**, para acreditar la disponibilidad de vehículos automotores para transportar alimentos perecederos y no perecederos, las cuales fueron suscritas por **YOHAN ALFONSO PINEDO PANETTA**, Representante Legal suplente de **VIAJEROS** para la época de los hechos. Sin embargo, en su declaración **YOHAN ALFONSO PINEDO PANETTA** señaló que las certificaciones de no fueron suscritas por él.

6.3. Para la Delegatura FUNDESOL y MULTIACTIVA actuaron coordinadamente antes y después del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012

La Delegatura señaló que con anterioridad al proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012, **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** actuaban de forma conjunta y coordinada. En efecto, la Delegatura determinó que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** tenían una relación cercana, como quiera que compartían los mismos espacios o sedes de trabajo en Santa Marta y en Cartagena. Del mismo modo, demostró que **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** ha trabajado simultáneamente en el área contable de **MULTIACTIVA** y de **FUNDESOL** por lo menos desde el año 2010.

¹² Folios 1262 a 1263 del Cuaderno Público No. 7.

¹³ Folios 3601 a 3646 del Cuaderno Público No. 19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Por otra parte, se evidenció que **FUNDESOL** como **MULTIACTIVA** tienen un objeto social semejante, realizan actividades similares, tienen un origen geográfico común (Magangué), modificaron sus estatutos con meses de diferencia, presentan capacidad financiera equivalente en el Registro Único de Proponentes, nombraron a sus representantes legales y miembros de junta en fechas similares y en su declaración **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** consideraba que las fundaciones eran de los mismos dueños.

De otro lado, la Delegatura encontró material probatorio que demuestra que los investigados actuaron de forma conjunta y coordinada incluso con posterioridad al proceso de selección investigado.

En efecto, se demostró que para el año 2015 tanto **FUNDESOL** como **MULTIACTIVA** funcionaban en la misma dirección en la ciudad de Santa Marta. Adicionalmente, se acreditó la existencia de colaboradores comunes, como **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** y **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ**.

6.4. Consideraciones de la Delegatura sobre los fundamentos de defensa de los investigados

La Delegatura agregó algunas consideraciones respecto de los argumentos de defensa de los investigados y señaló que: (i) para que una conducta se considere restrictiva de la competencia en un proceso de selección por constituir un acuerdo anticompetitivo, se requiere –entre otras hipótesis– que corresponda con los supuestos de hecho dispuestos en el artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 o en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, (ii) contrario a lo que afirmó **FUNDESOL**, la configuración de la conducta imputada no está condicionada a que el proceso de selección haya sido adjudicado a los agentes en colusión; (iii) en ningún momento se imputó a **FUNDESOL** la comisión de las conductas descritas en los artículos 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992, (iv) las pruebas fueron valoradas de acuerdo con el artículo 176 del Código General del Proceso, (v) para que se configure la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 no es necesario que se pruebe el actuar doloso del agente y (vi) quedó probado el estrecho vínculo entre las fundaciones investigadas.

SÉPTIMO: Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a los investigados y, dentro del término legal, solo una de las investigadas presentó observaciones, las cuales se resumen a continuación:

- Observaciones planteadas por JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ¹⁴:

- Desde que empezó a ejercer la representación legal de **FUNDESOL** los formatos existían y estaban "prediseñados". Los procesos los llevaban a cabo los "socios", quienes eran los que tenían contacto con el contador y el revisor fiscal "sin su conocimiento".
- Señaló que no conoció la resolución de apertura de la investigación para poder controvertirla y afirmó que por razones "obvias" pueden existir semejanzas en documentos cuando dos empresas comparten "socios".
- Afirmó que no conoce los motivos por los cuales el revisor fiscal de **FUNDESOL** señaló que los documentos de **MULTIACTIVA** estaban en la dirección de **FUNDESOL** y que en la visita practicada se constató que eso no era así.
- Agregó que no conoce por qué el Representante Legal de la **UT ASEAR** no atendió la solicitud de información de la Delegatura y no conoce por qué el Representante Legal de **VIAJEROS** señaló que no firmó la certificación de **FUNDESOL**, lo cual ameritaría poner en conocimiento de la "justicia penal" el asunto.
- Señaló que no conoció que se realizaron visitas a **MULTIACTIVA** y a **FRIGORÍFICO METROPOLITANO** y que no solicitó ninguna certificación de una bodega refrigerada.

¹⁴ Folios 4500 a 4505 del Cuaderno Público No. 23.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

- Argumentó que en calidad de Representante Legal de **FUNDESOL** no llevó a cabo ningún comportamiento 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 el proceso de selección contractual objeto de investigación y no "centralizó" información de dos empresas en relación con un proceso de selección contractual. También afirmó que toda la información se manejó desde la ciudad de Cartagena.
- Las semejanzas existentes entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** se debe a que los "socios convergen en ambas sociedades" y señaló que fue "asaltada en su buena fe" toda vez que fungía como Representante Legal, pero en la práctica, era una secretaria.
- Afirmó que de acuerdo con los hechos **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** no estaban "confabuladas" y los requisitos habilitantes en el proceso de selección los cumplió **MULTIACTIVA** siendo **FUNDESOL** rechazada.
- El proceso de selección fue adjudicado a la **UT ALIMENTOS DE CARTAGENA** y resaltó que **MULTIACTIVA** no realizó lances en la subasta, con lo cual se evidencia la ausencia de una práctica anticompetitiva y que dicho proceso de selección no tuvo queja de los proponentes ni de la entidad contratante.
- Finalizó, afirmando que "sus jefes eran los mismos" y que por ende "lo que le solicitaran ella lo enviaba", por lo cual no incurrió en actos de "competencia desleal" contra terceros.

OCTAVO: Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 27 de junio de 2017 sesionó el Consejo Asesor de Competencia¹⁵, el cual recomendó sancionar a **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, como agentes del mercado, y a **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** y a **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**, como personas vinculadas con los agentes del mercado investigados.

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

9.1. Competencia funcional

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

Por su parte, el numeral 6 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011¹⁶ señala que el Superintendente de Industria y Comercio tiene como función, entre otras: "[v]igilar el cumplimiento de las disposiciones sobre protección de la competencia y competencia desleal en todos los mercados nacionales, respecto de todo aquel que desarrolle una actividad económica o afecte o pueda afectar ese desarrollo, independientemente de su forma o naturaleza jurídica."

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

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

¹⁵ Acta No. 63 del Consejo Asesor de Competencia.

¹⁶ Mediante el cual se modificaron los Decretos 3523 de 2009 y 1687 de 2010.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

así como en relación con la vigilancia administrativa del cumplimiento de las disposiciones sobre competencia desleal".

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

9.2. Marco Normativo

Mediante la Resolución de Apertura la Delegatura abrió una investigación y formuló Pliego de Cargos contra **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** por la presunta infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Dispone el artículo 1 de la Ley 155 de 1959:

*"**Artículo 1.** Modificado por el artículo 1 del Decreto 3307 de 1963. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos".*

(...)" (Resaltado y subrayado fuera del texto original).

De otra parte, señala el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992:

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

(...)

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

(...)"

Del mismo modo, la Delegatura abrió investigación contra **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, en su calidad de Representante Legal del **FUNDESOL** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**, en su calidad de Representante Legal de **MULTIACTIVA**, por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que señala:

*"**Artículo 26. Monto de las Multas a Personas Naturales.** 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*

(...)"

9.3. De la conducta investigada

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, así como las normas jurídicas descritas en el numeral anterior, lo que debe determinarse en este caso es si la conducta desplegada por **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** en el marco del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 configura la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general) y del

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

numeral 9 del artículo 47 del Decreto 1253 de 1992 (acuerdos que tengan por objeto la colusión en las licitaciones o concursos o los que tengan como efecto la distribución de adjudicaciones de contratos, distribución de concursos o fijación de términos de las propuestas).

De encontrar que los investigados incurrieron en las conductas imputadas, se establecerá si **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, en su calidad de Representante Legal del **FUNDESOL** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**, en su calidad de Representante Legal de **MULTIACTIVA**, colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron las conductas violatorias de las normas de protección de la competencia adelantadas por **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, en los términos del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

9.4. De la colusión en la contratación estatal

Es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

La adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permiten el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y con ello, se logra una asignación eficiente de los escasos recursos públicos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia en los procesos contractuales sino también la libre competencia en el mercado.

Para que la conducta de un proponente se encuadre en la prohibición contenida en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, se requiere de un comportamiento en el que dos (2) o más sujetos lleguen a un acuerdo con el objeto de afectar la libre competencia en un proceso de selección contractual, sin importar la forma jurídica que tome dicho acuerdo, o que como consecuencia de dicho acuerdo se genere el efecto de lograr la distribución de los procesos de selección contractual o la fijación de los términos de las propuestas. Lo anterior, teniendo en consideración la definición de "acuerdo" contenida en el numeral 1 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992 como "[t]odo contrato, convenio, concertación, práctica concertada o conscientemente paralela entre dos (2) o más empresas".

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que dos (2) o más proponentes realicen un acuerdo para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación, defraudando así no sólo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales sino los de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esta conducta se reconoce internacionalmente como *bid rigging* o *collusive tendering* y es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no sólo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto que tiene la colusión y lo llamativo de los mercados creados para satisfacer las necesidades del Estado, esta Superintendencia ha señalado¹⁷:

*"Para el caso colombiano, la OCDE presentó un reporte sobre la situación de las compras públicas denominado "Combatiendo colusiones en las compras públicas en Colombia". En este reporte la Organización dejó ver que la estabilidad y el tamaño de las compras públicas en Colombia hacen de los procesos de contratación pública una víctima incitante de los acuerdos restrictivos de la competencia que adelantan los agentes del mercado. Lo anterior, se debe a que las compras públicas representan el 15.8% del PIB del país, el cual es ejecutado por más de 2000 entidades del orden nacional, departamental y municipal."*¹⁸

¹⁷ Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, páginas 104 y 105.

¹⁸ Cita dentro de la cita: Cfr. OCDE, "Fighting Bid Rigging in Public Procurement in Colombia", Página 9 "It is widely recognized that government procurement authorities are often victimized by private sector companies through bid rigging and other price-fixing activities. This is partly due to the large and stable volume of purchases undertaken by governments- procurement by central Colombian government groups amounts to 15.8 percent of Colombia's Gross Domestic Product, a figure somewhat above the average of 12.9 percent for the OECD's 34 member countries. There are over 2,000 organizations at the national and sub-national levels of government that purchase goods and services in Colombia."

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

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

Así como lo ha reiterado este Despacho en otras ocasiones¹⁹, la colusión en la contratación estatal produce, entre otros, los siguientes efectos negativos: (i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; (ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; (iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes; (iv) se pueden incrementar injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; (v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento de las utilidades percibidas por los participantes coludidos.

Por lo anterior, este tipo de conductas son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas. Cabe reiterar que cualquier forma de acuerdo entre dos (2) o más sujetos que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no sólo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación del delito de colusión previsto en el artículo 410-A del Código Penal.²⁰

Ahora bien, esta Superintendencia ha identificado gracias a propia experiencia y con apoyo en la doctrina y jurisprudencia internacional, que los proponentes en colusión pueden identificarse cuando, entre otras cosas, adelantan las siguientes actividades: (i) intercambian información sensible sobre las posturas que cada oferente²¹; (ii) se abstienen o no presentan propuestas; (iii) retiran las ofertas presentadas; (iv) presentan propuestas destinadas al fracaso -propuestas complementarias-; (v) en licitaciones repetidas en el tiempo, se organizan para repartirse los contratos a lo largo del tiempo²²; y (vi) a efectos de distribuir el excedente generado entre los miembros del acuerdo, el adjudicatario puede tomar la posición de licitante en una segunda subasta efectuada sólo entre los miembros del acuerdo, que a diferencia de la primera subasta, presentan propuestas realmente competitivas.

Otro mecanismo utilizado por colusores consiste en la presentación de dos (2) propuestas aparentemente independientes, aunque en realidad obedecen a los mismos intereses económicos. En este último esquema colusorio, hay dos (2) ofertas que en realidad no compiten entre ellas porque obedecen a los mismos intereses económicos, bien sea porque hacen parte del mismo grupo de interés económico, existe una subordinación entre ellas o existen vínculos

¹⁹ Cfr. Resolución No. 64400 del 16 de noviembre de 2011, expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio.

²⁰ "Artículo 410-A. Acuerdos restrictivos de la competencia. <Artículo adicionado por el artículo 27 de la Ley 1474 de 2011. El nuevo texto es el siguiente:> El que en un proceso de licitación pública, subasta pública, selección abreviada o concurso se concertare con otro con el fin de alterar ilícitamente el procedimiento contractual, incurrirá en prisión de seis (6) a doce (12) años y multa de doscientos (200) a mil (1.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilidad para contratar con entidades estatales por ocho (8) años.

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

²¹ Cfr. Resolución No. 83037 del 29 de diciembre de 2014, confirmada mediante Resolución No. 20639 del 27 de abril de 2015, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

²² Cfr. Resolución No. 40901 del 28 de junio de 2012, confirmada mediante Resolución No. 53979 del 14 de septiembre de 2012, expedidas por la Superintendencia de Industria y Comercio.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

económicos, personales, familiares o afectivos entre los miembros directivos de una u otra empresa oferente.

En línea con lo expresado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)²³, esta Superintendencia ha identificado una serie de señales de advertencia que de presentarse sirven para detectar una posible conducta colusoria²⁴:

- Se presentan cotizaciones similares para la elaboración de los estudios previos.
- Observaciones muy similares al proyecto de pliego de condiciones.
- Entrega de varias propuestas por parte de una misma persona.
- Similitud de errores en la propuesta.
- Formatos similares en las propuestas cuando no son provistos por la entidad.
- Datos, certificaciones y personal idéntico entre distintos proponentes.
- Documentos presentados con números consecutivos o expedidos con poco tiempo de diferencia o simultáneamente.
- Observaciones similares al informe de evaluación de las propuestas.
- Subcontratación de proponentes rivales una vez adjudicado el contrato.
- El adjudicatario es el mismo a lo largo del tiempo o en varios procesos.
- Potenciales proponentes que, teniendo la capacidad, no se presentan al proceso sin mediar razón.
- Retiro sistemático de proponentes al proceso.
- Proponentes que se presentan constantemente y nunca son adjudicatarios.
- Proponentes que dejan de presentarse en consorcios o uniones temporales que solían conformar, para ahora hacerlo de forma independiente.
- Ofertas muy diferentes en procesos de similares condiciones.
- Cambio en la conducta de los habituales oferentes ante el ingreso de uno nuevo.

Así mismo, esta Superintendencia ha identificado una serie de estrategias o esquemas de colusión que suelen usar los proponentes bajo este tipo de acuerdos para lograr su adjudicación²⁵:

- Posturas encubiertas que sirven para simular la existencia de competencia, o ayudan a que las medias que se utilizan para la adjudicación –media aritmética, geométrica, etc.- se muevan a favor de una oferta.
- Supresión de ofertas o no presentación de las mismas cuando surten todo el proceso precontractual, sin que haya evidencia de un motivo racional para ello.

²³ Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", página 14.

²⁴ Superintendencia de Industria y Comercio, "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", páginas 10 a 12.

²⁵ Ibidem, página 13.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

- Rotación de ofertas en las que se van distribuyendo a través del tiempo, así como de los distintos procesos, la adjudicación de los contratos.
- Asignación de procesos de selección por criterios territoriales, tipos de entidad, tipos de procesos, etc.

Del mismo modo, esta Superintendencia publicó una serie de factores que aumentan el riesgo de colusión en los procesos de selección contractual²⁶:

- Pocos proveedores del bien o servicio a contratar.
- Necesidad periódica de adquirir el bien o servicio.
- Pocos sustitutos que puedan satisfacer la necesidad de la entidad contratante.
- La inexistencia o poco cambio tecnológico.
- Estabilidad en formatos y formas de evaluación.
- Fijación de barreras innecesarias a la entrada por medio de requisitos excesivos.
- Facilitación de contacto entre proponentes –actuales o potenciales-.
- Uso de fórmulas de fácil manipulación, o muy sensibles a ofertas irracionales.

Bajo el anterior contexto, este Despacho pasa a analizar el caso concreto, con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas.

9.5. El caso concreto

Una vez adelantada la investigación correspondiente y presentado ante este Despacho el Informe Motivado por parte de la Delegatura, se procederá a realizar el análisis del caso destacando: (i) el mercado relevante afectado; (ii) la conducta desplegada por los agentes del mercado y por las personas vinculadas a ellos con base en las pruebas recaudadas por la Delegatura y, (iii) las responsabilidades que se derivan de las conductas ejecutadas y probadas en el curso de la investigación.

9.5.1. El mercado afectado

9.5.1.1. Consideraciones sobre el análisis del mercado

Este Despacho se ha pronunciado en ocasiones anteriores sobre la definición de mercado relevante en casos que involucran licitaciones públicas indicando que el mercado afectado corresponde al proceso contractual mismo. Lo anterior toda vez que la competencia se limita a aquellos agentes de mercado que estén en capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar y que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso analizado.

En este mismo sentido, otras autoridades de protección de la libre competencia económica como la Autoridad de Competencia Francesa²⁷ y el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, basado en recomendaciones de buenas prácticas de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) también reconocen que en el marco de contrataciones públicas el mercado relevante está definido por el proceso contractual investigado. En este sentido, la OCDE ha sostenido que *"sólo en ocasión de cada proceso específico surge la*

²⁶ *Ibidem*, páginas 14 a 15.

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

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

*posibilidad de alterar su resultado ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto."*²⁸

En ese sentido, el mercado relevante aquí investigado se circunscribe al proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** y cuyo objeto consistió en el "SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS".

Ahora bien, teniendo en cuenta el objeto del proceso licitatorio afectado por la conducta, el Despacho considera relevante caracterizar la actividad de provisión de alimentos a la población de adulto mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias (en adelante "Distrito de Cartagena"). Lo anterior con el fin de analizar las condiciones de la prestación del servicio demandado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** y determinar el alcance que pudo tener la conducta investigada.

En Colombia, según el Departamento Administrativo Nacional de Estadísticas (DANE) hay 5,752,958 de personas mayores de 60 años, equivalentes al 11.7% de la población total del país. Del total de adultos mayores, 117,907 se encuentran ubicados en el Distrito de Cartagena, cifra que representa el 2% de la población total de adultos mayores del país.

De acuerdo con cifras del SISBEN, presentadas por el Observatorio Ambiental de Cartagena de Indias²⁹, la tasa de pobreza de la población mayor del Distrito de Cartagena es de cerca del 67% lo que hace referencia a la importancia de la existencia de una política pública de envejecimiento y vejez como la del Distrito de Cartagena. El Plan de Desarrollo 2016 – 2019 del Distrito de Cartagena identifica la necesidad de "mejorar las condiciones de acceso y accesibilidad a los servicios y atención de la población mayor"³⁰.

Como parte de esta estrategia, los 24 Centros de Vida del Distrito de Cartagena junto con 5 Asilos y 104 Grupos Organizados, que sirven a 7,220 adultos mayores pertenecientes al nivel 1 y 2 del SISBEN y que carecen de ingresos suficientes para subsistir, se constituyen como centros de atención integral para este grupo poblacional en los cuales el área de seguridad alimentaria es una de las más relevantes, pues tiene incidencia directa en la calidad de vida de esta población.

Adicionalmente, según un estudio de la Universidad de Cartagena presentado en el documento de Política Pública de Envejecimiento y Vejez 2012-2024 de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**³¹, para una muestra de adultos mayores de la ciudad, se identificó que cerca del 31% tiene un riesgo nutricional de moderado a alto, por lo que asegurar la provisión y la calidad de los alimentos de los centros de atención a adultos mayores es una prioridad para el distrito.

Finalmente, es importante resaltar que el valor del contrato objeto de esta investigación representaría cerca del 21% del gasto total destinado a inversión con destinación a los adultos mayores en la Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes de la Secretaría de Participación y Desarrollo Social para el año 2017³² y más del 65% del gasto de inversión del Despacho del

²⁸ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, Sentencia No. 112/2011 del 22 de junio de 2011, caso "Radios", celebración de acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, p. 34. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20120111/asocfile/20120111215127/tdlc1.pdf>

²⁹ Observatorio Ambiental de Cartagena de Indias, Aspectos Sociales, Adulto Mayor, Información consultada el 4 de julio de 2017, Disponible en: <http://observatorio.epacartagena.gov.co/gestion-ambiental/generalidades-de-cartagena/aspectos-sociales/adulto-mayor/>

³⁰ Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T.YC., Plan de Desarrollo Distrital 2016-2019 "Primero la Gente para una Cartagena Sostenible y Competitiva", p. 128

³¹ Alcaldía de Cartagena de Indias, Política Pública de Envejecimiento y Vejez 2012-2024, p.21, Disponible en: <http://www.helpagela.org/silo/files/politica-pblica-de-cartagena.pdf>

³² Rubro Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$9,157,736,742.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Alcalde destinado al programa Superación de la Pobreza Extrema y la Desigualdad³³ para este mismo año.

Todo lo anterior sirve como referencia para enmarcar el alcance potencial que una conducta colusoria tiene sobre un proceso de licitación que pretende, con los recursos disponibles, atender de la forma más eficiente posible a la población objetivo de los programas de seguridad alimentaria de la alcaldía.

No obstante lo anteriormente expuesto, debe recordarse que en conductas como la aquí investigada, en la que se determina la existencia o no de un acuerdo anticompetitivo, esta Entidad ha señalado reiteradamente que frente a este tipo de conductas no es necesario definir el mercado relevante, toda vez que el mercado presuntamente afectado se determina por el alcance mismo de la conducta cartelista o colusoria.

9.5.1.2. El proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la ALCALDÍA DE CARTAGENA

El proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-002-2012 realizado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** tuvo el siguiente objeto:

"SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS"³⁴.

Para el desarrollo del objeto contractual, la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** estableció como valor del presupuesto oficial estimado la suma de **MIL NOVECIENTOS OCHENTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS TREINTA MIL DOSCIENTOS VEINTICINCO PESOS (\$1.985.530.225)³⁵** e indicó que el contratista debía suministrar los mercados para 24 centros de vida, compuestos por 1820 adultos mayores, 5 asilos compuestos por 190 adultos mayores y 104 grupos organizados compuestos por 5.200 adultos mayores, para un total de 7.220 adultos mayores. La periodicidad del suministro para los Centros de Vida y Hogares Geriátricos sería cada 15 días (martes), y para los Grupos Organizados cada 30 días, el último jueves de cada mes³⁶.

Conforme con el pliego de condiciones definitivo del proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-02-2012, los proponentes debían presentar dos (2) sobres, el primero con los documentos habilitantes³⁷ y el segundo con la propuesta inicial de precio de conformidad con el Anexo 5 del mencionado pliego. Luego de la publicación del informe de evaluación y la definición de las propuestas habilitadas, la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** procedería a dar inicio a la segunda etapa, siempre que se presentara un mínimo de dos (2) proponentes habilitados. En el evento en que resultara habilitado un único proponente, la entidad adjudicaría el contrato al proponente habilitado. De no resultar proponentes habilitados, el proceso se declararía desierto.

En el proceso de selección abreviada por subasta inversa No. SA-UAC-SI-002-2012 participaron como proponentes **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, así como otros tres (3) proponentes presentados mediante figuras de unión temporal.

De los cinco (5) proponentes sólo quedaron habilitados, y por siguiente pasaron a segunda fase, dos (2) proponentes, **MULTIACTIVA** y **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTOS DE CARTAGENA**. El contrato se le adjudicó a **UNIÓN TEMPORAL ALIMENTOS DE CARTAGENA**.

9.5.2. Análisis de la conducta

³³ Rubro No. 02-001-06-20-01-05-01 del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$2,960,000,000.

³⁴ Folio 294 del Cuaderno Público No. 2.

³⁵ Folio 294 del Cuaderno Público No. 2.

³⁶ Folio 294 del Cuaderno Público No. 2.

³⁷ Entre dichos documentos se encontraban el análisis de la capacidad jurídica, el análisis de capacidad técnica y el análisis de capacidad financiera.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Para la Superintendencia de Industria y Comercio está plenamente acreditado en el expediente que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** infringieron lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 por haber incurrido en un acuerdo colusorio dentro del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**.

Como se pasa a demostrar, está acreditado con las pruebas que obran en el expediente la existencia de una estrecha relación entre las investigadas antes, durante e incluso después del proceso contractual, relación que conllevó a que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** se coludieran al momento de participar en el proceso de selección objeto de investigación, en una clara violación de las normas que protegen la libre competencia económica.

Así las cosas, a continuación se presentará: (i) las evidencias que dan cuenta de la íntima relación existente entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** antes, durante y después del proceso de selección contractual y; (ii) las pruebas que demuestran la configuración de la práctica restrictiva de la competencia de colusión en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**.

9.5.2.1. Está probado en el expediente la estrecha relación entre FUNDESOL y MULTIACTIVA antes, durante y después del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012

Existen en el expediente múltiples elementos de convicción que dan cuenta de una estrechísima relación entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** antes, durante y después de la celebración del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**. Al respecto, es preciso señalar que la existencia de una estrecha relación entre dos (2) agentes del mercado no es en sí mismo contraria a las normas de la libre competencia económica. Sin embargo, como se demostrará en la presente resolución, los investigados no solo tenían una relación íntima de negocios, en donde compartían espacios físicos, personal y proveedores, entre otras, sino que haciendo uso de dicha relación incurrieron en un acuerdo colusorio presentándose en el proceso de selección contractual investigado como supuestos competidores, cuando en realidad no lo eran, en violación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Son múltiples los elementos de juicio que le permiten al Despacho concluir que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** tenían una estrecha relación antes, durante y después del proceso de selección contractual investigado, frente a la cual si bien no es posible afirmar que constituían una misma unidad empresarial sujeta al control de una misma persona natural o jurídica, sí era lo suficientemente cercana para explicar la coordinación en el proceso de selección contractual que desencadenó en el acuerdo colusorio objeto de sanción. Tales elementos de juicios son los siguientes:

(i) FUNDESOL y MULTIACTIVA tuvieron sedes en las mismas direcciones en diferentes periodos

Este Despacho constató que con anterioridad a la audiencia de adjudicación del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**³⁸, **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** tuvieron sedes en las mismas direcciones en diferentes periodos, especialmente las ubicadas en la calle 2da de Badillo No. 56-95, oficina 112, del barrio San Diego de Cartagena y en la carrera 19 No. 12-37, oficina 21 de Santa Marta.

Al respecto, este Despacho corroboró con las pruebas de la actuación administrativa que tanto la Asamblea de Miembros de **MULTIACTIVA** como la de **FUNDESOL** se reunieron en la calle 2da de Badillo No. 56-95, oficina 112, del barrio San Diego de Cartagena. La Asamblea de Miembros de **FUNDESOL** se reunió en dicha dirección el 1 de febrero de 2010, el 16 de julio de 2010 y el 16 de noviembre de 2012, conforme consta en el Acta No. 09 de Asamblea Ordinaria de Miembros, el Acta No. 06 de Asamblea Extraordinaria de Miembros y en el Acta No. 09 de Asamblea Ordinaria de Miembros de **FUNDESOL**, respectivamente³⁹.

³⁸ Téngase en cuenta que dicha audiencia se realizó el 25 de julio de 2012.

Folio 1236 del Cuaderno Público No. 7.

³⁹ Folio 1253 del Cuaderno Público No. 7.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Por otra parte, verificó el Despacho que los miembros de **MULTIACTIVA** se reunieron en la dirección en comento, ello es, la calle 2da de Badillo No. 56-95, oficina 112, del barrio San Diego de Cartagena el 5 de octubre de 2011, el 10 de abril de 2012 y el 6 de julio de 2012, conforme consta en el Acta No. 16 de Asamblea Extraordinaria de Socios Plenos, en el Acta No. 17 de Asamblea Extraordinaria de Miembros y en el Acta No. 19 de la Asamblea General de Consejo Directivo de **MULTIACTIVA**⁴⁰, respectivamente.

En relación con la carrera 19 No. 12-37, oficina 21, de Santa Marta, se evidenció que durante el año 2012 tanto **FUNDESOL** como **MULTIACTIVA** tuvieron vínculos estrechos con dicha dirección, pues allí operaba una de las sedes de **FUNDESOL** y en esta además funcionaba la **UT ASEAR**⁴¹. Lo anterior resulta relevante en tanto **FUNDESOL** no hacía parte de la **UT ASEAR**, pues la misma se encontraba compuesta por **CORDIN**, **FINCOME CTA (FINCOME)** y **MULTIACTIVA**⁴². Llama la atención del Despacho entonces que una unión temporal en la que participa **MULTIACTIVA**, tenga como dirección registrada ante un proceso contractual ante la Gobernación de Magdalena la dirección de una sede de **FUNDESOL**, que no participa de dicha unión temporal y en teoría es ajena a la misma.

Adicionalmente, en el curso de la visita administrativa realizada el 11 de febrero de 2013 en las oficinas de **MULTIACTIVA**, **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** manifestó que los documentos de dicha fundación se encontraban en la carrera 19 No. 12-37, oficina 21, en Santa Marta⁴³, que como se indicó, corresponde con la dirección de una de las sedes de **FUNDESOL**.

Por su parte, existen otras evidencias en el expediente que dan cuenta que efectivamente **FUNDESOL** también utilizaba la dirección Carrera 19 No. 12-37, oficina 21 de Santa Marta, antes mencionada. Es así como esta aparece referenciada en el Balance General Comparativo de 2010 y 2011⁴⁴, en las notas a los estados financieros con corte a 31 de diciembre de 2011⁴⁵ y en el dictamen del revisor fiscal con corte a 31 de diciembre de 2011 de **FUNDESOL**⁴⁶.

Como si no fueran suficiente las coincidencias antes señaladas, se pudo constatar que varios años después de concluido el proceso de contratación objeto de la presente investigación, tanto **FUNDESOL** como **MULTIACTIVA** funcionaban en la misma dirección de Santa Marta, ello es, en Calle 18 No. 20 -115. Así se deriva de la declaración de **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** durante la visita administrativa realizada a **MULTIACTIVA** el 14 de septiembre de 2015, en la que manifestó:

"Pregunta: ¿Sabe usted cuál es la dirección en la que se encuentra ubicada la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL en Santa Marta?

Respuesta: Barrio Martín Calle 18 No. 20 -115.

Pregunta: ¿Sabe usted cuáles son las sedes de la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO? ¿Si tiene varias sedes porque en el registro único empresarial

⁴⁰ Folio 1254 del Cuaderno Público No. 7.

⁴¹ De conformidad con la carta de presentación de la oferta enviada por esta última a la **GOBERNACIÓN DEL MAGDALENA** en agosto de 2012. Sobre este asunto es preciso resaltar que durante la visita administrativa realizada el 16 de mayo de 2013 en las oficinas de la **UT ASEAR**, ubicadas en la carrera 19 No. 12-37, oficina 21, de Santa Marta, se encontró el documento denominado "**CONTRATO DE ARRENDAMIENTO DE LOCAL COMERCIAL**", identificado con el número LC-04471593, celebrado en Santa Marta el 15 de enero de 2012. En ese documento consta que Mabel Geraldino Rodríguez le arrendó a **CORDIN** el inmueble en cuestión. Folio 3767 del Cuaderno Público No. 19.

⁴² Véase el "**ACUERDO DE UNIÓN TEMPORAL suscrito entre FINCOME, CORDIN y EMPRENDIENDO para constituir la UNIÓN TEMPORAL ASEAR**". Folio 3767 del Cuaderno Público No. 19.

⁴³ Folios 1262 a 1263 del Cuaderno Público No.7.

⁴⁴ Folio 1037 del Cuaderno Público No. 6.

⁴⁵ Folios 1039 a 1041 del Cuaderno Público No. 6.

⁴⁶ Folios 1045 a 1046 del Cuaderno Público No. 6.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

aparece la dirección Calle 2da de Badillo No. 36-95 Edificio Comibol oficina 112, es cierto eso?

Respuesta: *Ahí llega la correspondencia. Pero tiene sede en Santa Marta, en el barrio Jardín Calle 18 No. 20 -115. En la ciudad de Bogotá en la Calle 90A No. 81-16, Engativá.⁴⁷*

(...)

Pregunta: *En la ciudad de Santa Marta nos entregaba usted una dirección que si no estoy mal era la Calle 18 No. 20 -115, ¿En esa dirección también funciona la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD?*

Respuesta: *Sí. Son dos oficinas que hay allá.*

Pregunta: *¿Sabe usted cuál oficina corresponde a la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO y cuál corresponde a la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL?*

Respuesta: *O sea, el número de la oficina no lo tengo, pero sé que están ahí.*

(...)"⁴⁸

Así, es claro para el Despacho, que para septiembre de 2015 tanto **MULTIACTIVA** como **FUNDESOL** funcionaban en la Calle 18 No. 20 -115, en Santa Marta.

(ii) FUNDESOL y MULTIACTIVA compartieron personal

Este Despacho estableció que **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** ha trabajado simultáneamente en el área contable de **MULTIACTIVA** y de **FUNDESOL** por lo menos desde el año 2010 y que **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** fue la Directora Ejecutiva de **FUNDESOL** al tiempo que ejercía el cargo de coordinadora de **UT ASEAR** (de la cual hacía parte **MULTIACTIVA**).

En efecto, en la visita realizada el 14 de septiembre de 2015 a **MULTIACTIVA**, **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** indicó en su declaración que ha trabajado tanto en **FUNDESOL** como en **MULTIACTIVA**⁴⁹, donde para la fecha aún prestaba sus servicios profesionales. Esta situación se comprueba con el Acta No. 06 de la Asamblea General Ordinaria realizada el 24 de mayo de 2007, en la cual consta que fue nombrado como revisor fiscal de **MULTIACTIVA**⁵⁰, y en el Acta No. 09 de Asamblea Ordinaria de Miembros de **FUNDESOL**, en la que consta que el 1 de febrero de 2010 fue nombrado como revisor fiscal⁵¹.

Igualmente, de la declaración que **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** rindió el 27 de noviembre de 2013 se tiene que ha laborado desde hace varios años con **MULTIACTIVA**⁵² y con **FUNDESOL**⁵³, lo cual volvió a señalar en la declaración que rindió el 14 de septiembre de 2015.

Así mismo, debe tenerse en cuenta que **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** declaró que ha trabajado en conjunto con **GABRIEL MENESES**⁵⁴, quien para inicios de 2012 fungía como Contador Público de **FUNDESOL**, tal y como se desprende de los estados financieros aportados

⁴⁷ Folio 3923 del Cuaderno Público No. 20 (minuto 19:48).

⁴⁸ Folio 3923 del Cuaderno Público No. 20 (minuto 21:14).

⁴⁹ Folios 3923 del Cuaderno Público No. 20 (minuto: 06:06).

⁵⁰ Folio 1254 del Cuaderno Público No. 7.

⁵¹ Folio 1253 del Cuaderno Público No. 7.

⁵² Folios 3712 a 3713 del Cuaderno Público No. 19 (minuto: 7:50).

⁵³ Folios 3712 a 3713 del Cuaderno Público No. 19 (minuto: 23:07).

⁵⁴ Folio 3712 a 3713 del Cuaderno Público No. 19 (minuto 32:08).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

con la propuesta presentada en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012. Asimismo, señaló que **PAOLA MILENA ACUÑA ASTUDILLO** trabajaba con él, como quiera que era la revisora fiscal de **MULTIACTIVA**⁵⁵.

De la misma forma, conforme consta en los "formatos de localización a usuarios", **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** era la persona de contacto de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** en el 2012. Así se aprecia en los formatos de **MULTIACTIVA** de 24 de agosto de 2012 y de 14 de septiembre de 2012⁵⁶, así como en el de 26 de noviembre de 2012 de **FUNDESOL**⁵⁷.

En el mismo sentido, quedó demostrado que **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** fue la Directora Ejecutiva de **FUNDESOL** al tiempo que ejercía el cargo de coordinadora de **UT ASEAR** (de la cual hacía parte **MULTIACTIVA**) de acuerdo con varios documentos encontrados en la visita administrativa realizada en las instalaciones de la **UT ASEAR**⁵⁸. En este aspecto, es necesario resaltar que **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** fue la Directora Ejecutiva de **FUNDESOL** entre el 9 de agosto de 2011 y el 16 de noviembre de 2012, según consta en el Acta No. 10 de Asamblea Extraordinaria de Miembros de la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA CONSTRUCCIÓN EN COLOMBIA** (ahora **FUNDESOL**) y en el Acta No. 09 de Asamblea Ordinaria de Miembros de **FUNDESOL**⁵⁹.

Ahora, en los documentos denominados "copia lista de personal" y "copia de Estado de cuenta de **CORDIN**", se encuentra un listado de personas, entre las cuales se observa el nombre de **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, a quien relacionan como coordinadora de la **UT ASEAR** desde el 25 de agosto de 2012, y en una planilla de **CORDIN** (integrante de **UT ASEAR**) se relacionan los aportes de seguridad social de **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**⁶⁰ con última fecha de pago del 1 de noviembre de 2012.

En conclusión, para este Despacho está claro que **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** compartieron dos (2) de los principales colaboradores, circunstancia que junto con las demás pruebas del expediente, dan cuenta de la existencia de una estrechísima relación que desencadenó en el acuerdo colusorio en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012.

(iii) FUNDESOL y MULTIACTIVA tenían un origen geográfico común y sus "dueños" lazos de amistad

El Despacho pudo corroborar que la estrecha relación entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** obedecía a que estas fundaciones tenían su origen en Magangué (Departamento de Bolívar). En efecto, **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ**, en su declaración manifestó lo siguiente:

"Pregunta: Usted me puede indicar. ¿Cómo llegó a la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**? ¿Cómo se vinculó?

Respuesta: O sea yo, ¿cómo me vinculé a ellos? Porque me recomendaron.

Pregunta: ¿Quién lo recomendó?

Respuesta: Me recomendó, no sabría quién exactamente me recomendó porque ellos, la gran mayoría de ellos son de Magangué. Yo le prestaba el servicio a una, a la corporación **MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, eh corporación **MULTIACTIVA EMPRENDER ONG**, a ellos, entonces no sé si ellos fueron los que, ellos pidieron como que necesitaban de algún contador que tuviera experiencia en las fundaciones y como ese es mi campo, que yo más me desempeño. A lo mejor fue ellos o pudo haber sido de **FUNDACIÓN PARA EL**

⁵⁵ Folio 3712 a 3713 del Cuaderno Público No. 19 (minuto 32:21).

⁵⁶ Folio 1254 del Cuaderno Público No. 7

⁵⁷ Folio 1253 del Cuaderno Público No. 7.

⁵⁸ Folio 3643 del Cuaderno Público No. 19.

⁵⁹ Folio 1253 del Cuaderno Público No. 7.

⁶⁰ Folio 3643 del Cuaderno Público No. 19.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

DESARROLLO SOCIAL EN COLOMBIA, no sé o en su momento **FUNCOLDES**, **FUNDECON** también que son de Magangué (...).⁶¹

Con base en lo anterior, es claro para este Despacho que las fundaciones investigadas compartían un origen geográfico común, circunstancia que resalta los vínculos entre ellas previo al proceso de selección objeto de investigación.

De otro lado, la relación entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** era de tal magnitud que con su proceder hacían pensar a **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** que tenían los mismos dueños, esto es, de **EUGENIO ENRIQUE CUELLO GONZÁLEZ** y **JOSÉ OLIVO ORTEGA**. En efecto, la estrecha relación entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** generó que, para **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, las dos fundaciones fueran "lo mismo". Al respecto se tiene que la declarante manifestó lo siguiente:

Pregunta: *¿Quién tomaba la decisión de participar al proceso?*

Respuesta: *El dueño, ¿quién más?, el dueño.*

Pregunta: *¿El dueño es Eugenio Cuello?*

Respuesta: *Sí.*⁶²

(...)

Pregunta: *¿Quiénes eran los dueños de la fundación **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**?*

Respuesta: *Vuelvo y te digo, me imagino que Eugenio con otras personas más.*⁶³

De esta manera, si bien el Despacho no cuenta con evidencia que le permita concluir que se trata de un mismo agente de mercado o un grupo empresarial, sí hay en el expediente copiosa evidencia que demuestra la estrecha relación entre las dos fundaciones investigadas. Por ejemplo, **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** sostuvo en su declaración que los representantes legales y "dueños" de las fundaciones son "un grupo de amigos" que crean consorcios y uniones temporales:

Pregunta: *¿Presta sus servicios a la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** y a la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD**?*

Respuesta: *Sí.*

(...)

Pregunta: *¿Existe algún tipo de vínculo comercial o ellas están trabajando bajo alguna de las figuras asociativas, consorcio unión temporal?*

Respuesta: *Ellos son un grupo de amigos que son los representantes legales, los dueños de las empresas y ellos, los contratos, supongo que debe ser porque como ellos crean uniones temporales o consorcios.*⁶⁴

⁶¹ Folio 3712 a 3713 del Cuaderno Público No. 19 (minuto: 13:53).

⁶² Folio 4331 a 4332 Cuaderno Público No. 22 (minuto: 27:21).

⁶³ Folio 4331 a 4332 Cuaderno Público No. 22 (minuto: 52:03).

⁶⁴ Folio 3923 del Cuaderno Público No. 20 (minuto: 23:31).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

(iv) Las fundaciones investigadas tenían objeto un social parecido, hicieron modificaciones similares casi que simultáneamente y nombraron directivos con poco tiempo de diferencia

El Despacho constató que el objeto social de **MULTIACTIVA**⁶⁵ y **FUNDESOL**⁶⁶ es similar en las diferentes actividades relacionadas en el certificado de existencia y representación legal. Además, el Despacho advirtió que, con solo unos meses de diferencia, las fundaciones investigadas agregaron a sus objetivos el suministro y distribución de alimentos perecederos y no perecederos. Sobre el particular, se resalta que conforme consta en el Acta No. 12 de Asamblea General Extraordinaria de **MULTIACTIVA**, el 24 de mayo de 2011 se adicionó a los objetivos de la fundación, entre otras actividades, las siguientes:

*"60) Suministro, distribución y comercialización de alimentos perecederos y no perecederos aptos para el consumo humano."*⁶⁷

Conforme consta en el Acta No. 10 de Asamblea Extraordinaria de Miembros, el 9 de agosto de 2011 el objeto social de **FUNDESOL** se adicionó con, entre otras, las siguientes actividades:

*"57) Suministro, entrega y distribución de alimentos perecederos y no perecederos, crudos y preparados, aptos para el consumo humano."*⁶⁸

Ahora bien, de acuerdo con la declaración rendida por **ÓSCAR ENRIQUE PEÑALOZA MARTÍNEZ** el 27 de noviembre de 2013, las fundaciones investigadas realizan actividades similares y contratan con el Estado. Al respecto indicó:

"Pregunta: Dentro de sus funciones en todas estas fundaciones, ¿Usted ha certificado o firmado documentos que se han presentado por esas fundaciones en procesos de contratación pública?"

Respuesta: O sea, como tal de que me ha tocado hacer las funciones normales.

Pregunta: ¿Cuáles son las normales?"

Respuesta: La de la ley 50 sobre las EPS que se encuentren al día

Pregunta: ¿Justificar que se encuentren al día en el pago de aportes?"

Respuesta: De aportes, eso.

Pregunta: Cuando usted certifica ese tipo de información ¿Sabe cuál es el destino de esa información?"

Respuesta: Claro.

Pregunta: Dentro de ese conocimiento, ¿Sabe usted si FUNDESOL participa en contratación pública?"

*Respuesta: ¿Si FUNDESOL? Claro que debe participar porque ella realiza las mismas, similares actividades que las otras, ella todo es por el Estado. Esas fundaciones no... como te dije, esto es de Magangué, ellos no buscan con particulares, ni que sean actos comerciales."*⁶⁹

Por otra parte, el Despacho evidenció que en el año 2011 tanto **MULTIACTIVA** como **FUNDESOL** modificaron sus estatutos con el propósito de señalar que quien obrara como Director Ejecutivo (Representante Legal) podría suscribir contratos sin necesidad de la aprobación del Consejo Directivo, siempre que el contrato correspondiente no superara cierta cuantía.

⁶⁵ Folio 900 a 902 del Cuaderno Público No. 5.

⁶⁶ Folio 999 a 1001 del Cuaderno Público No. 6.

⁶⁷ Folio 1254 del Cuaderno Público No. 7.

⁶⁸ Folio 1253 del Cuaderno Público No. 7.

⁶⁹ Folio 3712 a 3713 del Cuaderno Público No. 19 (minuto 27:03).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

En efecto, como consta en el Acta No. 12 de Asamblea General Ordinaria de **MULTIACTIVA**, el 24 de mayo de 2011 se modificó el literal c) del artículo 32 de los estatutos para incluir entre las funciones del Director Ejecutivo presentar propuestas, celebrar actos y contratos siempre que no excedieran los 10.000 salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin necesidad de aprobación del Consejo Directivo⁷⁰.

Según se aprecia en el Acta No. 10 de Asamblea Extraordinaria de Miembros de **FUNDESOL**, el 9 de agosto de 2011 se reformó el literal d) del artículo 24 de los estatutos sociales en relación con las funciones de la Junta Directiva para autorizar los actos y contratos del Director Ejecutivo cuando tuvieran un valor superior a 30.000 salarios mínimos legales mensuales⁷¹.

Respecto de la capacidad financiera, este Despacho confirmó, de acuerdo con la información registrada en el Registro Único de Proponentes, que **MULTIACTIVA**⁷² y **FUNDESOL**⁷³ también presentaban identidad en dicha capacidad. En efecto, para la fecha en que las fundaciones investigadas participaron en el proceso de selección objeto de investigación, tenían exactamente los mismos valores en los rubros de patrimonio, liquidez, endeudamiento y puntos por capacidad financiera, tal como se muestra a continuación:

| COMPONENTE FINANCIERO | | | | |
|--------------------------------------|--------------------------------------|-------------|-----------|-----------|
| Registro Único de Proponentes | | | | |
| | | Constructor | Consultor | Proveedor |
| FUNDESOL | Patrimonio | 294 | 100 | 70 |
| | Liquidez | 200 | 100 | 40 |
| | Endeudamiento | 180 | 100 | 10 |
| | Puntos Por Capacidad Financiera (Cf) | 674 | 300 | 120 |
| | | | | |
| MULTIACTIVA | Patrimonio | 294 | 100 | 70 |
| | Liquidez | 200 | 100 | 40 |
| | Endeudamiento | 180 | 100 | 10 |
| | Puntos Por Capacidad Financiera (Cf) | 674 | 300 | 120 |
| | | | | |

Fuente: Propuestas presentadas por **FUNDESOL**⁷⁴ y **MULTIACTIVA**⁷⁵.

Por otra parte, este Despacho pudo corroborar que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** llevaban un comportamiento coordinado al punto que inclusive nombraban a sus representantes legales y miembros de junta en fechas similares.

⁷⁰ Folio 1254 del Cuaderno Público No. 7.

⁷¹ El literal d. del artículo vigésimo cuarto señalaba con anterioridad que la Junta Directiva tendría la función de "[v]elar por la integridad del Patrimonio Social de la Fundación y vigilar su manejo".

⁷² Folio 926 del Cuaderno Público No. 5.

⁷³ Folio 1021 del Cuaderno Público No. 6.

⁷⁴ Folio 1021 del Cuaderno Público No. 6.

⁷⁵ Folio 926 del Cuaderno Público No. 5.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Así, es procedente anotar que **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** fue nombrada Representante Legal de **MULTIACTIVA** el 6 de agosto de 2011 a través del acta No. 15, otorgada por la Asamblea General de Asociados en Cartagena⁷⁶. Paralelamente, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** fue nombrada Representante Legal de **FUNDESOL** tan solo tres (3) días después, esto es, mediante el Acta No. 10 de 9 de agosto de 2011 de la Asamblea General de Asociados, celebrada en Cartagena⁷⁷.

La misma coordinación se evidenció en relación con el nombramiento de los miembros de los Consejos Directivos de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**. Mientras **NEMIS MARÍA MARTÍNEZ JULIO, MARÍA MEJÍA GARCÍA** e **IDA MARÍA GONZÁLEZ RIVERO** fueron nombradas miembros de Consejo Directivo de **MULTIACTIVA** el 6 de agosto de 2011⁷⁸, **REINA P. PAYARES SEHUANES, MILDRE ACUÑA OLIVO** y **JORGE F. CUELLO GONZÁLEZ** fueron nombrados miembros de Junta Directiva de **FUNDESOL** el 9 de agosto de 2011⁷⁹, apenas con unos días de diferencia.

En conclusión, como se puede advertir de las numerosas pruebas atrás referidas, existe en el expediente contundente evidencia que acredita que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** tienen una estrecha relación, circunstancia que se evidencia por aspectos tales como que comparten las mismas direcciones físicas en ciudades como Santa Marta y Cartagena, tienen un mismo asesor para temas contables, los nombramientos de los miembros directivos se producen con escasos días de diferencia, la representante legal de una de las investigadas manifestó que existen coincidencias en los "dueños" de las fundaciones investigadas y presentaban identidad en la capacidad financiera registrada en el Registro Único de Proponentes

Como se pasará a exponer, esta cercanía demostrada entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** llegó al punto de trasgredir las normas de libre competencia económica, concretamente mediante la colusión alcanzada en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012, en violación del numeral 9 del artículo 47 del decreto 2153 de 1992.

9.5.2.2. Está acreditada la colusión entre FUNDESOL y MULTIACTIVA en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 de la ALCALDÍA DE CARTAGENA

Para el Despacho está plenamente demostrado con múltiples pruebas que obran en el expediente el comportamiento colusorio de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** dentro del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012, en efecto:

(i) Las fundaciones usaron formatos idénticos en sus propuestas

Tal y como se indicó desde la apertura de la investigación, dentro de los múltiples aspectos que dan cuenta del comportamiento colusorio de las fundaciones se encuentra el uso de formatos idénticos en sus propuestas. De hecho, se hallaron similitudes evidentes desde las portadas de las propuestas⁸⁰, según se ilustra a continuación:

ESPACIO EN BLANCO

⁷⁶Folio 902 del Cuaderno Público No. 5.

⁷⁷ Folio 1001 del Cuaderno Público No. 6.

⁷⁸ Folio 903 del Cuaderno Público No. 5.

⁷⁹ Folio 1002 del Cuaderno Público No. 6.

⁸⁰ Folios 892 y 991 del Cuaderno Público No. 5.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

| | |
|---|---|
| <p>ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C.</p> <p>SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA No. SA-UAC-SI-02-2012</p> <p>OBJETO: SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.</p> <p>PROPONENTE: FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDEDO, NIT. 806.006.079-2</p> <p>DIRECCIÓN: CARRERA 3 NO. 36 - 95 OFICINA 112 CARTAGENA (BOLIVAR)</p> <p>ORIGINAL</p> <p>No. DE FOLIOS: _____</p> | <p>ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C.</p> <p>SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA No. SA-UAC-SI-02-2012</p> <p>OBJETO: SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS.</p> <p>PROPONENTE: FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL, NIT. 806.006.013-7</p> <p>DIRECCIÓN: CARRERA 19 No. 32 - 37 OFICINA 21 SANTA MARTA (MAGDALENA)</p> <p>ORIGINAL</p> <p>No. DE FOLIOS: _____</p> |
|---|---|

Como puede verse, existen coincidencias tipográficas y de diseño cuya explicación más razonable apunta a que las portadas fueron hechas por una misma persona o que existía un formato para todos los proponentes. Sin embargo, como lo advirtió la Delegatura, no existió tal formato en este proceso como un anexo a los pliegos y ninguno de los demás proponentes lo usó, por lo que la razón más probable es que se hayan realizado las propuestas de manera centralizada.

En la misma línea se encontró que las investigadas usaron diseños idénticos en la tabla de contenido⁸¹ de las propuestas:

| TABLA DE CONTENIDO DE LA PROPUESTA | | TABLA DE CONTENIDO DE LA PROPUESTA | |
|--|------|--|------|
| | Pág. | | Pág. |
| I. CAPACIDAD JURÍDICA | | I. CAPACIDAD JURÍDICA | |
| 1.1. Carta de Presentación de la propuesta (Anexo No. 3) | | 1.1. Carta de Presentación de la propuesta (Anexo No. 3) | |
| 1.2. Certificado de Existencia y representación legal | | 1.2. Certificado de Existencia y representación legal | |
| 1.3. Autorización para presentar propuesta y contratar | | 1.3. Autorización para presentar propuesta y contratar | |
| 1.4. Certificado de cumplimiento de obligaciones con los sistemas generales de seguridad social y aportes parafiscales (Anexo 4) | | 1.4. Certificado de cumplimiento de obligaciones con los sistemas generales de seguridad social y aportes parafiscales (Anexo 4) | |
| 1.5. Garantía de Seriedad de la Propuesta | | 1.5. Garantía de Seriedad de la Propuesta | |
| 1.6. Registro Único Tributario (RUT) | | 1.6. Registro Único Tributario (RUT) | |
| 1.7. Certificación de inscripción, clasificación y calificación en el RUP | | 1.7. Certificación de inscripción, clasificación y calificación en el RUP | |
| 1.8. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del representante legal | | 1.8. Fotocopia de la cédula de ciudadanía del representante legal | |
| 1.9. Copia del certificado de la Procuraduría General de la Nación | | 1.9. Copia del certificado de la Procuraduría General de la Nación | |
| 1.10. Copia del certificado de la Contraloría General de la República | | 1.10. Copia del certificado de la Contraloría General de la República | |
| 1.11. Compromiso de Integridad (Anexo No. 7) | | 1.11. Compromiso de Integridad (Anexo No. 7) | |
| II. CAPACIDAD FINANCIERA | | II. CAPACIDAD FINANCIERA | |
| 2.1. Registro Único de Proponente (RUP) | | 2.1. Registro Único de Proponente (RUP) | |
| 2.2. Estados Financieros comparativos 2010 - 2011 | | 2.2. Estados Financieros comparativos 2010 - 2011 | |
| 2.3. Copia de la Tarjeta Profesional del Contador y Revisor Fiscal | | 2.3. Copia de la Tarjeta Profesional del Contador y Revisor Fiscal | |
| 2.4. Vigencia de la Tarjeta Profesional del Contador y Revisor Fiscal | | 2.4. Vigencia de la Tarjeta Profesional del Contador y Revisor Fiscal | |
| 2.5. Declaración de Renta año 2011 | | 2.5. Declaración de Renta año 2011 | |

Como es evidente en las imágenes presentadas, las tablas de contenido tenían identidad en la tipografía, las sangrías, el espaciado, el tipo de numeración, la alineación e incluso la ausencia de referencia a las páginas correspondientes al índice, que se encuentran en casillas abiertas. Además, el orden de los contenidos de la tabla es idéntico. Por lo tanto, en este caso las coincidencias son tanto de forma como de fondo, situación que resulta llamativa tratándose de proponentes que supuestamente eran independientes y actuaban como proponentes competidores.

⁸¹ Folios folios 893 del Cuaderno Público No. 5 y 992 del Cuaderno Público No. 6.





"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

En este punto se resalta que, tal y como se indicó desde la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos, aunque los proponentes interesados en ser adjudicatarios de un proceso de contratación estatal tienen la obligación de aportar todos los documentos exigidos en el pliego de condiciones, esto no implica ni menos explica que el orden en que se presenten sea idéntico.

Por el contrario, al existir una obligación legal de elaborar y presentar propuestas independientes a la entidad contratante, lo normal es que existan diferencias entre las propuestas allegadas a un proceso de selección, tanto en su forma como en su contenido.


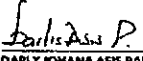
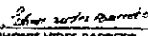



Otra muestra de estas coincidencias, que dan cuenta de la evidente coordinación entre las investigadas, se encontró en las notas a los estados financieros de ambas fundaciones, incluidos en sus propuestas⁸²:

| | |
|---|---|
|  <p>NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS. 31 DE DICIEMBRE DE 2011.</p> <p>a) Ingresos por administración de recursos para programas de tipo sociales:</p> <p>Con los ingresos asignados para estos programas, nuestra entidad desarrolla actividades como ejecución, administración de los recursos de los siguientes programas: <i>Prestación de servicio de restaurante y comedores escolares, Prestación de servicios de construcción de vivienda de interés social, Desarrollo de programa de comercialización de productos agrícolas, Suministro de almuerzos escolares a escuelas y colegios del Departamento del Bolívar, Proveedoría de alimentos para desayunos de los colegios y escuelas de Santa Marta, proveedoría de alimentos para desayunos de los colegios y escuelas del departamento del Magdalena, Programas sociales financiados por ONG nacionales e internacionales y demás servicios prestados por la fundación.</i></p> <p>b) Gastos relacionados con la ejecución de los programas:</p> <p>Con estos recursos desarrollamos las acciones que nos fueron asignadas para ejecutar, con el debido control exigido y los gastos requeridos.</p> <p>c) Gastos operacionales de administración</p> <p>Debido a la exigencia de los contratantes se toman estos gastos como el pago al personal para el cumplimiento de los programas.</p> |  <p>NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS 31 DE DICIEMBRE DE 2011 FUNDESOL</p> <p>B) Ingresos por administración de recursos para programas de tipo sociales:</p> <p>Con los ingresos asignados para estos programas, nuestra entidad desarrolla actividades como: Ejecución, administración de los recursos de los siguientes programas: PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE SUMINISTRO DE ALIMENTO PARA LA PREPARACIÓN DE RACIONES ALIMENTICIAS, PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE ALIMENTOS SERVIDOS A EMPRESAS Y PARTICULARES, CONSTRUCCION DE VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL, CONSTRUCCIÓN DE AULAS ESCOLARES, CONSTRUCCION DE VÍAS Y OBRAS DE URBANISMO, INTERVENTORIA EN SALUD, EDUCACIÓN Y EN CONSTRUCCION DE OBRAS CIVILES, PRESTACION DE SERVICIOS EN EL DESARROLLO DE PROGRAMAS SOCIALES, ORGANIZACION Y ASESORIA DE CLUBES JUVENILES Y PEJUVENILES, ATENCION INTEGRAL A FAMILIAS VULNERABLES, ATENCION A ADULTOS MAYORES Y OTROS PROGRAMAS DESARROLLADOS CON ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS.</p> <p>b) Gastos relacionados con la ejecución de los programas:</p> <p>Con estos recursos desarrollamos las acciones que nos fueron asignadas para ejecutar, con el debido control exigido y los gastos requeridos, estos gastos responden al programa anual de inversión aprobado por la Junta Directiva y a cada presupuesto de los Programas en particular.</p> <p>c) Gastos operacionales de administración</p> <p>Debido a la exigencia de los contratantes se toman estos gastos como el pago al personal para el cumplimiento de los programas.</p> <p>d) Gastos generales</p> <p>Debido a la exigencia de los contratantes con entidades públicas se toman estos gastos para comprar de pólice de cumplimiento y gastos de publicación.</p> |
|  <p>d) Gastos generales</p> <p>Debido a la exigencia de los contratantes con entidades públicas se toman estos gastos para comprar de pólice de cumplimiento y gastos de publicación.</p> <p>d) Gastos financieros</p> <p>Para la ejecución debida de los contratos y sus obligaciones, se hacen necesario de estos gastos con las entidades financieras para las transacciones del pago de nuestro personal al frente del funcionamiento de cada programa, a cada zona donde se ejecutan los proyectos.</p> <p>a) Bancos</p> <p>Estos hacen parte de las donaciones efectuadas por los aportes de los socios consignados a las entidades bancarias.</p> <p>f) Clientes</p> <p>Fueron recursos que no han sido entregados por las entidades contratantes para la consecución de los programas.</p> <p>j) Equipos de oficina</p> <p>Este rubro está conformado por los muebles y enseres.</p> <p>k) Equipos de computación y comunicación</p> <p>Teniendo en cuenta este rubro corresponde a los equipos de computación y el equipo de fax para la culminación e satisfacción de los programas pendientes.</p> |  <p>d) Gastos financieros</p> <p>Para la ejecución debida de los contratos y sus obligaciones, se hacen necesario de estos gastos con las entidades financieras para las transacciones del pago de nuestro personal al frente del funcionamiento de cada programa, a cada zona donde se ejecutan los proyectos.</p> <p>e) Bancos</p> <p>Estos hacen parte de las donaciones efectuadas por los aportes de los socios consignados a las entidades bancarias, así como los pagos de efectuados por nuestros contratantes por la prestación de los servicios.</p> <p>f) Clientes</p> <p>Son recursos que no han sido entregados por las entidades contratantes para la consecución de los programas, estos recursos son recibidos durante el primer semestre de la próxima vigencia 2012.</p> <p>j) Equipos de oficina</p> <p>Este rubro está conformado por los muebles y enseres.</p> <p>k) Equipos de computación y comunicación</p> <p>Teniendo en cuenta este rubro corresponde a los equipos de computación y el equipo de fax para la culminación e satisfacción de los programas pendientes.</p> <p>l) Construcción y Edificaciones</p> <p>Corresponde a las construcciones y edificaciones de propiedad de la Fundación adquirida como donaciones y/o producto de la reinversión de los excedentes financieros.</p> <p>m) Depreciación acumulada</p> <p>Son equipos que han adquirido para la adecuación de las instalaciones donde laboramos como organización, tales como: Equipos de comunicación y computación, escritorios, archivadores y armarios y se han ido deprecando.</p> |

⁸² Folios 946 a 948 del Cuaderno Público No. 5 y folios 1039 a 1041 del Cuaderno Público No. 6.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

| | |
|--|--|
|  <p>l) Depreciación acumulada</p> <p>Son equipos que han adquirido para la adecuación de las instalaciones donde laboramos como organización, tales como: Equipos de comunicación y computación, escritorios, archivadores y armarios y se han ido depurando.</p> <p>m) Proveedores nacionales</p> <p>Son deudas que corresponden al personal que realiza la ejecución de los programas.</p> <p>n) Capital Social</p> <p>Este rubro corresponde a los aportes efectuados por los socios de la Fundación Multiactiva Emprendiendo.</p> <p>ñ) Excedente del ejercicio</p> <p>Corresponde al saldo de la consecución y satisfacción de los programas, los cuales serán reinvertidos de conformidad con el plan de inversión presentado por la Directora Ejecutiva y aprobado por la Asamblea General de Socios.</p> <p> DARLY JOHANA ASIS PADILLA Representante legal Fundación Multiactiva Emprendiendo</p> <p> JHONYS VIDES BARRETO Contador Público T. P. No. 93450 - T</p> |  <p>n) Proveedores nacionales</p> <p>Son deudas que corresponden al personal que realiza la ejecución de los programas, así como a proveedores que suministraron insumos necesarios para el cumplimiento de las actividades y servicios contratados.</p> <p>ñ) Capital Social</p> <p>Este rubro corresponde a los aportes efectuados por los socios de la Fundación para el Desarrollo Social FUNDESOL.</p> <p>o) Excedente del ejercicio</p> <p>Corresponde al saldo de la consecución y satisfacción de los programas, los cuales serán reinvertidos de conformidad con el plan de inversión presentado por la Directora Ejecutiva y aprobado por la Asamblea General de Socios.</p> <p> JENIFFER AVILA RODRIGUEZ Directora Ejecutiva</p> <p> GABRIEL NEMES CATELLON Contador Público T.P. No. 70138 - T</p> |
|--|--|

Tal y como se verifica en las imágenes antes expuestas, las notas a los estados financieros de ambas propuestas –a pesar de estar suscritas y presentadas por dos contadores públicos distintos– coinciden en el diseño, el formato, la tipografía, el orden de los diferentes aspectos a tratar y el contenido de cada una de las notas. Incluso, ambas propuestas comparten errores, tales como la numeración alfabética en la que la letra “d” se usa para identificar dos aspectos “Gastos generales” y “Gastos financieros”. Además, se presentan con idéntica redacción los aspectos de “Gastos financieros”, “Equipos de computación y comunicación”, “Capital Social” y “Excedentes del ejercicio”. Dicha circunstancia no se explica en un escenario en el que las propuestas de los postulantes sean de competidores reales e independientes, por lo que da cuenta de un comportamiento colusor, en el que se presentan propuestas que no son competitivas.

Sobre estas circunstancias afirmó **FUNDESOL** que tales coincidencias no daban cuenta de un comportamiento restrictivo, pues el uso de formatos similares se explica si se tiene en cuenta que en Internet puede accederse a ese tipo de modelos usados por los aquí investigados. Al respecto se aclara que, en primer lugar, resulta llamativo que sean justo los dos proponentes investigados los que compartan los mismos formatos, mientras que los demás competidores usaron otro tipo de diseños que difieren de los usados por **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**.

Además, si en gracia de discusión se aceptara la excusa del investigado referente a la existencia de formatos en Internet y la coincidencia casual de su uso por parte de ambas fundaciones, lo cierto es que, en todo caso, tal circunstancia no explica la redacción idéntica de los contenidos y la coincidencia estricta del orden de los aspectos expuestos.

En ese sentido, tales coincidencias, aunadas con la relación cercana de las fundaciones y los demás aspectos que se pasarán a exponer, dan cuenta de un comportamiento colusivo, en el que las dos fundaciones participantes actuaron de forma coordinada incluso en los aspectos formales.

(ii) Las fundaciones gestionaron las certificaciones necesarias para su postulación conjuntamente



De acuerdo con lo probado en el expediente existen diversas coincidencias en las certificaciones y demás requisitos habilitantes, que van desde cercanía inusual en fechas y horarios de expedición (con distancias de segundos o minutos), hasta coincidencia en los sujetos que las profieren en casos en los que existe un número plural de proveedores que podrían otorgarlas.

En efecto, como se puede evidenciar en las imágenes relativas a los certificados de existencia y representación legal de **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL**, es altamente probable que hayan sido solicitados por la misma persona, pues corresponden a los números consecutivos **003135602** y **003135603** y se expidieron en la misma fecha y a una hora consecutiva con una diferencia de menos de un minuto, pues el primero tiene hora 8:41:49 AM y el segundo 8:42:35 AM⁸³.

⁸³ Folios 900 del Cuaderno Público No. 5 y 999 del Cuaderno Público No. 6.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

| | | | |
|--|--|------------------------------------|---------------------------------|
| H25eeKKEUdcddLb1-DV8GA | | 003135602 | Costa Rica, 2012 No. 8717652 |
|  | | Página: 001 | |
| Cámara de Comercio de Cartagena | | CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA | |
| | | FECHA: 2012/06/25 HORA: 8:41:49 AM | |
| CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN | | | |
| DE ENTIDADES "DEL RÉGIMEN DE LEJOS" CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA | | | |
| EL SECRETARIO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA, en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 43 y 144 del decreto 2150 de 1995 y su reglamentario el Decreto 0427 de 1996. | | | |
| CERTIFICA | | | |
| NOMBRE: | FUNDACION MULTIACTIVA EMPRENDEDOR | | |
| MATRÍCULA: | 09-1421-22 | | |
| DOMICILIO: | CARTAGENA | | |
| RIT | 806006079-2 | | |
| IxfjdbckehNackqg-DV8GA | | 003135603 | Costa Rica, 2012 No. 8717666 |
|  | | Página: 001 | |
| Cámara de Comercio de Cartagena | | CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA | |
| | | FECHA: 2012/06/25 HORA: 8:42:35 AM | |
| CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACIÓN | | | |
| DE ENTIDADES "DEL RÉGIMEN DE LEJOS" CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA | | | |
| EL SECRETARIO DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA, en ejercicio de las facultades conferidas por los artículos 43 y 144 del decreto 2150 de 1995 y su reglamentario el Decreto 0427 de 1996. | | | |
| CERTIFICA | | | |
| NOMBRE: | FUNDACION PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD "FUNDESOL" | | |
| MATRÍCULA: | 09-1425-22 | | |
| DOMICILIO: | CARTAGENA | | |
| RIT | 806006013-7 | | |

Lo mismo sucede con los Certificados del Registro Único de Proponentes de **MULTIACTIVA**⁸⁴ y **FUNDESOL**⁸⁵, los cuales fueron expedidos en la misma fecha y en horas consecutivas, con una diferencia de menos de un minuto y los números de expedición son consecutivos: **003135602** y **003135603**, respectivamente.

ESPACIO EN BLANCO


ESPACIO EN BLANCO


⁸⁴ Folios 918 a 928 del Cuaderno Público No. 5.

⁸⁵ Folio 1013 a 1021 del Cuaderno Público No. 6.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

| | | | |
|--|--|------------------------------------|----------------------------|
| HFSzmEKUdCdQlbl-DVEGA | | 003135602 | Cópias: 003 No. 8717630 |
|  | | Pagina: 001 | |
| Cámara de Comercio de Cartagena | | CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA | |
| | | FECHA: 2012/06/25 HORA: 8:41:48 AM | |
| REGISTRO UNICO DE PROPONENTES | | | |
| La CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6.1 de la ley 1150 de 2007, reglamentado por los artículos 8 y 11 del decreto 1464 de 2010, con base en la información suministrada por el inscrito y por las entidades estatales. | | | |
| Fecha: 25 de Junio de 2012 hora : 8:41:46 AM | | | |
| CERTIFICA IDENTIFICACIÓN | | | |
| Que: FUNDACION MULTIACTIVA EMPRENDIENDO N.I.T 806.006.079-2 | | | |

| | | | |
|--|--|------------------------------------|----------------------------|
| izjbbckchRackm-DVEGA | | 003135603 | Cópias: 003 No. 8717657 |
|  | | Pagina: 001 | |
| Cámara de Comercio de Cartagena | | CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA | |
| | | FECHA: 2012/06/25 HORA: 8:42:34 AM | |
| REGISTRO UNICO DE PROPONENTES | | | |
| La CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 6.1 de la ley 1150 de 2007, reglamentado por los artículos 8 y 11 del decreto 1464 de 2010, con base en la información suministrada por el inscrito y por las entidades estatales. | | | |
| Fecha: 25 de Junio de 2012 Hora : 8:42:33 AM | | | |
| CERTIFICA IDENTIFICACIÓN | | | |
| Que: FUNDACION PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL N.I.T 806.006.013-7 Número del proponente en la Cámara de Comercio: 805006013 | | | |

En la misma línea se encontró que los certificados de antecedentes disciplinarios de las fundaciones como de sus representantes legales aquí investigadas tienen números consecutivos y fueron expedidos el mismo día y con intervalos de entre uno (1) y tres (3) minutos aproximadamente⁸⁶, tal y como se ilustra en la siguiente tabla:

| PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN | | | | |
|-----------------------------------|---------------------------|---------------|----------|------------|
| CERTIFICADO DE ANTECEDENTES | NOMBRE | NIT | HORA | FECHA |
| 37406056 | FUNDESOL | 806.006.013-7 | 15:19:50 | 24/06/2012 |
| 37406074 | MULTIACTIVA | 806.006.079-2 | 15:22:12 | 24/06/2012 |
| 37406087 | DARLY JOHANA ASIS PADILLA | 1.094.246.204 | 15:23:16 | 24/06/2012 |
| 37406097 | JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ | 57.297.688 | 15:24:06 | 24/06/2012 |

Igual situación se presenta en los certificados de Responsabilidad Fiscal que fueron solicitados, tanto para las fundaciones como para sus representantes, en la misma fecha, con una diferencia de entre uno (1) y tres (3) minutos⁸⁷, como si visualiza a continuación:

⁸⁶ Folios 932 a 933 del Cuaderno Público No. 5 y 1025 a 1026 del Cuaderno Público No. 6.

⁸⁷ Folios 935 a 936 del Cuaderno Público No. 5 y 1028 a 1029 del Cuaderno Público No. 6.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

| CONTRALORIA GENERAL DE LA REPUBLICA | | | | |
|--|---------------------------|---------------|-------------|--------------|
| CERTIFICADO DE VERIFICACION | NOMBRE | NIT | HORA | FECHA |
| 1982012 | MULTIACTIVA | 806.006.079-2 | 15:08:46 | 24/06/2012 |
| 1782012 | FUNDESOL | 806.006.013-7 | 15:11:33 | 24/06/2012 |
| 12455754502012 | DARLY JOHANA ASIS PADILLA | 1.094.246.204 | 15:13:29 | 24/06/2012 |
| 2087499342012 | JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ | 57.297.688 | 15:14:52 | 24/06/2012 |

De igual forma, en los Certificados de la Junta Central de Contadores se evidenció que existe identidad respecto de la fecha de expedición de dichos documentos, pues los números de los certificados son consecutivos y la fecha de expedición es la misma⁸⁸.

Todas estas "coincidencias" que evidencian la tramitación conjunta de las certificaciones necesarias para la habilitación de las propuestas, desmienten desde ya lo afirmado por **FUNDESOL** que indico que entre dicha fundación y **MULTIACTIVA** no existió ningún vínculo y, por el contrario, son prueba suficiente junto con la demás evidencia del expediente, de la conducta colusoria de los investigados.

En el mismo sentido, quedó probado que las fundaciones obtuvieron certificados que tenían relación con el objeto del contrato, con los mismos proveedores y se gestionaron a través de la misma persona. Al respecto se encontró, durante la visita realizada al **FRIGORÍFICO METROPOLITANO**, un correo electrónico del 22 de junio de 2012 remitido por **JOSÉ OLIVO ORTEGA** a **ROBERTO CARLOS PALACIOS GALOFRE**. El asunto del mensaje era "**CARTA DE DISPONIBILIDAD DE BODEGA CARTAGENA**"⁸⁹ y contenía como documento adjunto el siguiente modelo de certificación:

Cartagena, 22 de junio de 2012

Señores
ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C.
 Ciudad,

Ref.: SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA No. SA-UAC-SI-02-2012

Por medio de la presente informo a ustedes que poseo Bodega para el almacenamiento de alimentos perfectamente dotada con un cuarto de congelación y refrigeración, con anaqueles de almacenamiento, canastillas plásticas y zona de lavado de canastillas plásticas, estivas, elementos de pesaje y de más condiciones necesarias para el cumplimiento de estándares de calidad y sanidad en la prestación del servicio, la cual está a disposición de la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO, NIT. 806.006.079-2** en caso de ser adjudicataria del proceso de la referencia, cuyo objeto es "**SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS**".

La bodega está ubicada en la siguiente dirección: XXXXXX de la ciudad de Cartagena.

Atentamente,

XXXXXXXXXXXXXXXXX
 C.C. No.
 Propietario

Ahora bien, el mencionado correo y su archivo adjunto (certificación) fue copiado por **ROBERTO CARLOS PALACIOS GALOFRE** a **CÉSAR AUGUSTO DÍAZ ORTIZ**, Gerente del **FRIGORÍFICO METROPOLITANO** agencia Cartagena, el viernes 22 de junio de 2012. Posteriormente, **CÉSAR AUGUSTO DÍAZ ORTIZ** se encargó de expedir la certificación de disponibilidad de bodega refrigerada a favor de **MULTIACTIVA** y de **FUNDESOL** con base en el documento anexo, cuyo

⁸⁸ Folios 958 a 959 del Cuaderno Público No. 5 y 1051 a 1052 del Cuaderno Público No. 6.

⁸⁹ Folio 3894 del Cuaderno Público No. 20.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

remitente inicial fue **JOSÉ OLIVO ORTEGA**. Esta circunstancia se puede evidenciar con el correo que envió **CÉSAR AUGUSTO DÍAZ ORTIZ** a **ROBERTO CARLOS PALACIOS GALOFRE** el 22 de junio de 2012, cuyo texto es el siguiente:

"Hola Roberto:

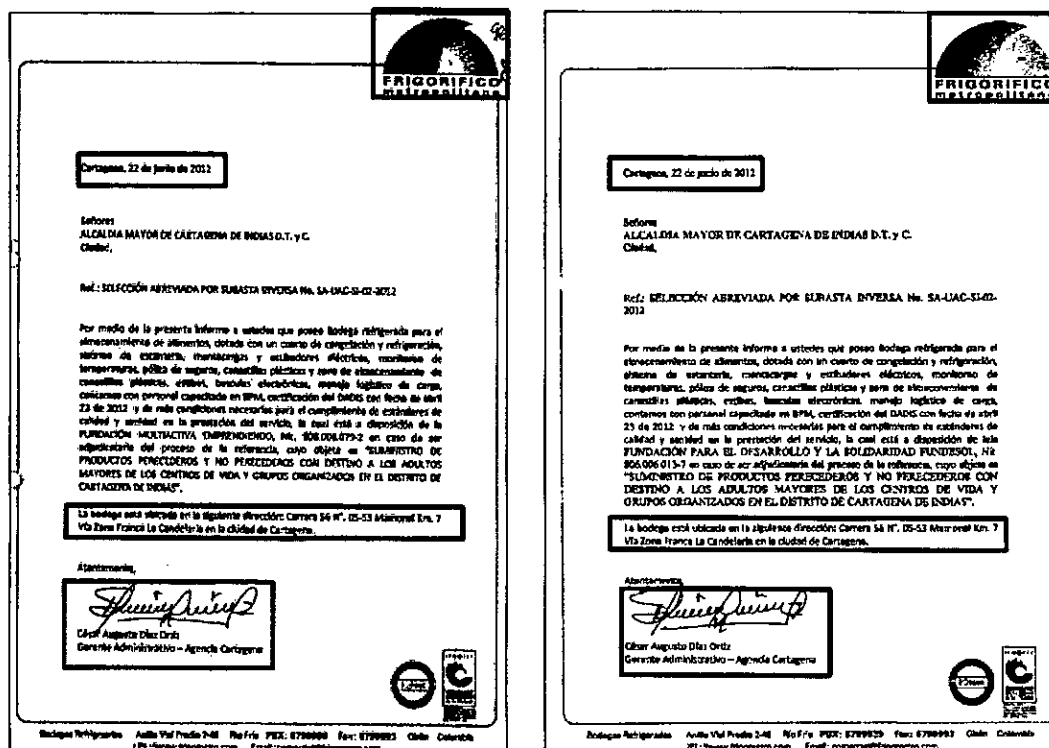
Adjunto carta bodega, brochure, certificación DADIS y actas de visita.
Cualquier otra información con gusto.

Cordial saludo,

César Augusto Díaz Ortiz
Gerente Administrativo
Frigorífico Metropolitano S.A. – Cartagena⁹⁰

A este correo electrónico **CÉSAR AUGUSTO DÍAZ ORTIZ** adjuntó los siguientes documentos: (i) constancia expedida por el **DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DISTRITAL DE SALUD (DADIS)** en el que se acredita que el **FRIGORÍFICO METROPOLITANO – Cartagena** cumple con las condiciones sanitarias para almacenar productos perecederos, (ii) acta de visita de inspección del **DADIS** al **FRIGORÍFICO METROPOLITANO – Cartagena**, (iii) certificación de disponibilidad de bodega refrigerada expedida por **CÉSAR AUGUSTO DÍAZ ORTIZ** y (iv) brochure del **FRIGORÍFICO METROPOLITANO – Cartagena**.

Al respecto, es importante recordar que la certificación mencionada fue allegada en las ofertas presentadas por **FUNDESOL**⁹¹ y **MULTIACTIVA**⁹² al proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012, como se ilustra en las imágenes que se exponen a continuación:



Aunado a lo anterior, **CÉSAR AUGUSTO DÍAZ ORTIZ** reconoció que había expedido las aludidas certificaciones a favor de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, e indicó que tales documentos fueron solicitados por **ROBERTO CARLOS PALACIOS GALOFRE**⁹³.

⁹⁰ Folio 3894 del Cuaderno Público No. 20.

⁹¹ Folio 1078 del Cuaderno Público No. 6.

⁹² Folio 985 del Cuaderno Público No. 5.

⁹³ Folio 4160 a 4161 del Cuaderno Público No. 21 (minuto: 14:03).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA




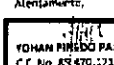
Es así como este Despacho corroboró que tanto **FUNDESOL** como **MULTIACTIVA**, a través de **JOSÉ OLIVO ORTEGA** —que durante varios periodos ha estado vinculado de formas distintas a **MULTIACTIVA**⁹⁴— obtuvieron de forma coordinada documentos necesarios para presentar sus propuestas en el proceso de selección investigado, como quiera que de acuerdo con el numeral 2.3.9. del pliego definitivo el proponente debía acreditar que contaba con una bodega de almacenamiento y distribución de alimentos ubicada en la Ciudad de Cartagena.

Lo anterior resulta aún más llamativo si se tiene en cuenta que los demás proponentes del proceso de selección presentaron certificados de diversos proveedores de bodegas frigoríficas como se relaciona a continuación⁹⁵:

| PROPONENTE | PROVEEDOR DE BODEGA FRIGORÍFICA |
|---------------------------|-----------------------------------|
| UT ALIMENTOS CARTAGENA | BODEGA PROPIA |
| | GRUPO EMPRESARIAL UNIVERSAL S.A.S |
| | COMERCIALIZADORA LA ELITE S.A.S. |
| | DISTRIBOLIVAR JR S.A.S |
| UT ALIMENTARTE | MIGUEL GUSART FERNÁNDEZ |
| UT PROANCIANOS | ALEJANDRO RAFAEL HERNÁNDEZ VIDAL |

En ese sentido, ni siquiera puede argumentarse la ausencia de otros proveedores que explicaría la coincidencia, más cuando fue gestionado por una misma persona.

A lo anterior debe agregarse que este Despacho encontró probado que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** también actuaron conjuntamente en la obtención de la certificación de disponibilidad de vehículos adecuados para la conservación y transporte de alimentos perecederos y no perecederos, expedida por **VIAJEROS**, documento que ambas fundaciones allegaron en sus ofertas, como se ilustra a continuación:

| | |
|--|--|
|  |  |
| Cartagena, 22 de junio de 2012 | Cartagena, 22 de junio de 2012 |
| <p>Señores: ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. Ciudad,</p> <p>Ref.: SELECCIÓN ABEVIVADA POR SUBASTA INVERSA No. SA-IAC-01-01-2012</p> <p>El señor YOHAN PINEDO PANETA identificado con cédula de ciudadanía N° 85.470.171 reside en Santa Marta, Representante Legal de la Empresa VIAJEROS S.A., a través de la presente informo a ustedes que contamos con la disponibilidad de cinco (5) vehículos adecuados para el transporte y conservación de alimentos (Decreto 1075 de 1977), los cuales estarán a disposición de la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDEDOR, ASL, 806.006.079-2 en caso de ser adjudicatario del proceso de selección, cuyo objeto es "SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS".</p> <p>Adjunto,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Tarjeta de propiedad de los vehículos 2. SOAT de los vehículos. <p>Atentamente,</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">  YOHAN PINEDO PANETA C.C. No. 85.470.171 de Santa Marta Representante Legal Viajeros S.A. </div> <p style="font-size: small;">Of. Principal: Calle 19 No. 4-46 Tel: 431 8020 Cel: 300 801 5206 • 330 843 9678 • Santa Marta D.T.C.H. e-mail: viajeros_col@notiviol.com</p> | <p>Señores: ALCALDÍA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. Ciudad,</p> <p>Ref.: SELECCIÓN ABEVIVADA POR SUBASTA INVERSA No. SA-IAC-01-01-2012</p> <p>El señor YOHAN PINEDO PANETA identificado con cédula de ciudadanía N° 85.470.171 reside en Santa Marta, Representante Legal de la Empresa VIAJEROS S.A., a través de la presente informo a ustedes que contamos con la disponibilidad de cinco (5) vehículos adecuados para el transporte y conservación de alimentos (Decreto 1075 de 1977), los cuales estarán a disposición de la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL FUNDESOL, No. 806.006.033-7 en caso de ser adjudicatario del proceso de selección, cuyo objeto es "SUMINISTRO DE PRODUCTOS PERECEDEROS Y NO PERECEDEROS CON DESTINO A LOS ADULTOS MAYORES DE LOS CENTROS DE VIDA Y GRUPOS ORGANIZADOS EN EL DISTRITO DE CARTAGENA DE INDIAS".</p> <p>Adjunto,</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Tarjeta de propiedad de los vehículos 2. SOAT de los vehículos. <p>Atentamente,</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">  YOHAN PINEDO PANETA C.C. No. 85.470.171 de Santa Marta Representante Legal Viajeros S.A. </div> <p style="font-size: small;">Of. Principal: Calle 19 No. 4-46 Tel: 431 8020 Cel: 300 801 5206 • 330 843 9678 • Santa Marta D.T.C.H. e-mail: viajeros_col@notiviol.com</p> |

⁹⁴ Miembro y tesorero de **MULTIACTIVA** desde el 24 de mayo de 2010 hasta el 22 de diciembre de 2010 (Folio 1254 del Cuaderno Público No. 7) y Gerente de **MULTIACTIVA** según consta en el Acta de Visita Administrativa de 16 de mayo de 2013 (folio 3649 del Cuaderno Público No. 19).

⁹⁵ Folios 753 del Cuaderno Público No. 4, 891 del Cuaderno Público No. 5 y 1391 del Cuaderno Público No. 7 a 1405 del Cuaderno Público No.9.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Lo primero que debe resaltarse entonces es que, una vez más, coinciden las certificaciones presentadas por los investigados en sus propuestas, no sólo por el proveedor que lo expide sino que adicionalmente son de la misma fecha. Lo anterior, nuevamente cobra mayor relevancia cuando se verifica que existían diversos proveedores, entre ellos los presentados por los demás proponentes, como se expone a continuación:

| PROPONENTE | PROVEEDOR DEL SERVICIO DE TRANSPORTE DE ALIMENTOS |
|------------------------|---|
| UT ALIMENTOS CARTAGENA | JORGE NILO ARRIETA HERNÁNDEZ |
| UT ALIMENTARTE | EDUARDO BOTERO SOTO Y CIA LTDA |
| UT PROANCIANOS | JOSAFETH MANUEL CONSUEGRA |
| | RAMÓN JOSÉ VARGAS FLORES |
| | ALBERTO RAMÓN FLÓREZ MARTÍNEZ |
| | LUIS ENRIQUE DÍAZ |
| | SHOPPIN NET S EN CO |
| | INVERSIONES CASTILLO PORRAS LTDA |
| | LA GRAN BODEGA NET LTDA |

Pero más allá de lo anterior, llama la atención de este Despacho que **VIAJEROS** no tiene entre las actividades establecidas dentro de su objeto social, de acuerdo con su certificado de existencia y representación legal, la relacionada con el transporte de alimentos perecederos o no perecederos, sino el servicio de "transporte de pasajeros"⁹⁶. Esto fue confirmado por **YOHAN PINEDO PANETTA**, Representante Legal suplente de **VIAJEROS** para la época en que aparentemente se había emitido esa certificación, quien señaló:

"Pregunta: ¿VIAJEROS tiene dentro de su flota algunos vehículos que ofrezcan el servicio de refrigeración?"

*Respuesta: No.*⁹⁷

Ahora bien, como se ha venido exponiendo, resulta inusual y en consecuencia no tiene para el Despacho una explicación diferente a la existencia de un acuerdo colusorio, que dos concursantes dentro del proceso de contratación, aparentemente competidores, presenten la misma certificación. Sin embargo, es aún más extraño que la coincidencia sea en relación con una misma empresa que no cumple con las características requeridas por el proceso contractual y, para completar, en la declaración de **YOHAN PINEDO PANETTA**, quien aparentemente había suscrito estas certificaciones, el testigo manifestó no haber firmado ni elaborado dichos documentos. Al respecto indicó:

"Pregunta: ¿Usted reconoce este documento?"

Respuesta: No.

Pregunta: ¿Por qué no lo reconoce señor Johan?"

Respuesta: Porque no está firmado por mí.

Pregunta: ¿Usted cómo podría explicarle al Despacho que obre este documento, o sea, cuáles son las razones que usted podría inicialmente o preliminarmente explicarle al Despacho?"

*Respuesta: No, eso me está dando a mí que ahí hay una falsedad, pero no podría decirte. Lo único que te garantizo es que esa no es mi firma, eso sí lo tengo claro, ese documento no lo he emitido yo"*⁹⁸.

Con base en lo expuesto, este Despacho advierte que es claro que no puede atribuírsele a una casualidad que ambos proponentes aquí investigados hayan presentado otra certificación más, del mismo proveedor, expedida en la misma fecha. Además, el desconocimiento de la firma de esas certificaciones, implica que de ser cierta la supuesta falsedad de la firma –sin perjuicio de

⁹⁶ Folio 3874 del Cuaderno Público No. 20.

⁹⁷ Folio 3883 del Cuaderno Público No. 20 (minuto: 21:24).

⁹⁸ Folio 3883 del Cuaderno Público No. 20 (minuto: 34:52).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

las consecuencias penales que dicha circunstancia tendría— los dos proponentes de manera conjunta habrían conseguido una certificación "falsa" idéntica, que es improbable en un escenario de competencia.

Todas las coincidencias expuestas en las certificaciones que eran necesarias para presentarse en el proceso de selección objeto de investigación, acreditan que las propuestas fueron armadas conjuntamente y no de manera independiente como se espera en un escenario de competencia. Por lo tanto, es claro el comportamiento colusivo de las investigadas, más si se tiene en cuenta la relación cercana que tienen las fundaciones y que se probó suficientemente en este trámite administrativo, lo que constituye un ambiente que facilita la realización de comportamientos como el probado en esta sección.

(iii) La propuesta de FUNDESOL fue encontrada en un computador de la UT ASEAR de la que hacía parte MULTIACTIVA

En la visita administrativa de inspección adelantada en las oficinas de **UT ASEAR**, que era una unión temporal conformada por **MULTIACTIVA** y otras dos fundaciones, **CORDIN** y **FINCOME CTA**, y de la cual **FUNDESOL** no hacía parte, se pudo constatar en los computadores de personal vinculado con esta unión temporal que allí se encontraba información relacionada con **FUNDESOL**, fundación que se insiste no hacía parte de dicha unión temporal y que, por el contrario, era supuestamente competidora de sus miembros, en el caso que nos interesa supuesta competidora de **MULTIACTIVA**. De dicha información, sin embargo, no se logró obtener copia, pues **OSWALDO VILLALOBOS** —quien atendió la visita— se negó a autorizar su extracción argumentando que estaba por fuera del objeto de la visita de inspección⁹⁹. Frente a estos documentos hallados y de los que se dejó evidencia en el acta de visita, se resalta el archivo denominado "*propuesta FUNDESOL, fecha de modificación 23 de junio de 2012, hora: 11:57 a.m., 30 págs. Autores José Olivo Ortega (...) para conformar lista de habilitados y seleccionar operadores para el programa nacional de alimentación para el adulto mayor*"¹⁰⁰, que en circunstancias normales de reales de competencia no debería encontrarse en un computador distinto al de la entidad proponente.

Al respecto, vale la pena resaltar que durante la visita administrativa **OSWALDO VILLALOBOS**, Representante Legal suplente de la **UT ASEAR**, explicó de la siguiente forma lo relacionado con los archivos encontrados en los equipos de la unión temporal:

***Pregunta:** ¿Por qué piensa usted que en los computadores que el Despacho inspeccionó en el curso de la visita administrativa había tantos archivos de otras fundaciones que no están compuestas o que no integran la unión temporal propiamente dicha?*

***Respuesta:** Básicamente esa información no la tengo, pero me imagino que en esa oficina funcionaba uno de los tres componentes de la unión temporal. Algunos de los computadores dejaron como parte de operación y otros se adquirieron. En esos computadores en donde hay información, seguramente es información que pertenecía a una de esas empresas que hacía parte de la unión temporal y que nunca fueron removidos ni llevados por su propietario en el momento en que dejó las oficinas.*

***Pregunta:** ¿O sea cuando ustedes entraron a operar en estas oficinas como unión temporal ya estaban dispuestos los equipos de cómputo?*

***Respuesta:** Había dos, tres equipos de cómputo, había.*

***Pregunta:** ¿Y sobre esos equipos de cómputo siguieron trabajando?*

***Respuesta:** Sobre esos mismos se trabajaba y se adquirieron dos equipos más."¹⁰¹*

⁹⁹ Folio 3605 del Cuaderno Público No. 19.

¹⁰⁰ Dicho documento se encontraba en uno de los computadores de la **UT ASEAR**, de acuerdo con lo señalado en el Acta de Visita suscrita por los funcionarios de esta Superintendencia y por Oswaldo Villalobos. Folio 3603 del Cuaderno Público No. 19.

¹⁰¹ Folio 3646 del Cuaderno Público No. 19 (minuto: 6:26).

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Esta circunstancia constituye evidentemente un fuerte hecho indicador de la colusión en la que participaron **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, pues un documento como estos denominado "*propuesta FUNDESOL*" no podría encontrarse en ningún dispositivo distinto a los pertenecientes al proponente, esto es **FUNDESOL**. Ahora bien, resulta alertante también que aparezca como autor **JOSÉ OLIVO ORTEGA** quien, como ya se ha expuesto, siempre estuvo vinculado con **MULTIACTIVA** y no con **FUNDESOL**, por lo que la autoría de dicho documento confirma la tesis que se ha probado a lo largo de este acto administrativo referente a que las propuestas se hicieron de manera conjunta y convenida, sobretodo si se tiene en cuenta que está probado que **JOSÉ OLIVO ORTEGA** fue quien gestionó algunos de los certificados necesarios para la postulación de ambas fundaciones, según se expuso suficientemente en el acápite anterior.

Ahora bien, si se tiene que **MULTIACTIVA**, **CORDIN** y **FINCOME** eran las únicas integrantes de esta unión temporal, se puede inferir que los computadores a los que **OSWALDO VILLALOBOS** hizo referencia pertenecían a **MULTIACTIVA**, pues como ya se indicó el autor del documento "*propuesta FUNDESOL*" es **JOSÉ OLIVO ORTEGA**. Inferencia que corresponde a lo hallado con las demás pruebas del proceso y con todo lo antes expuesto en relación con la cercanía de las fundaciones y su llamativo actuar coincidente en el marco del proceso de selección No. SA-UAC-SI-002-2012 de la Alcaldía de Cartagena.

Con base en todo lo expuesto, este Despacho concluye sin lugar a dudas que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** actuaron de manera concertada y conjunta en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-002-2012 de la Alcaldía de Cartagena, en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, configurando con ello una colusión en el proceso contractual, circunstancia que quedó probada en la medida en la que:

- ✓ Los formatos usados en sus propuestas son idénticos o comparten semejanzas inusuales en diseño y contenido.
- ✓ Los certificados presentados en sus propuestas coinciden en fecha y hora de expedición.
- ✓ Los certificados de proveedores relacionados con el objeto del contrato coinciden en el proveedor y fecha de expedición.
- ✓ Está probado que los certificados fueron gestionados por una misma persona.
- ✓ Se encontró el documento "*propuesta FUNDESOL*" creado por un funcionario históricamente vinculado con **MULTIACTIVA** en un computador de la **UT ASEAR** de la que es parte **MULTIACTIVA** y no **FUNDESOL**.
- ✓ **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** mantuvieron antes, durante y después del proceso de selección, una relación cercana, propicia para lograr fácilmente un comportamiento conjunto.

9.5.3. Responsabilidad de las personas jurídicas respecto de la imputación del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en procesos de selección de contratación pública)

El numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 dispone lo siguiente:

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

(...)

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

(...)"

Así mismo, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

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

(...)

15. Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

(...)"

(i) Responsabilidad de FUNDESOL

De las pruebas obrantes en el expediente, se evidenció que **FUNDESOL** incurrió en la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al coludirse con **MULTIACTIVA** en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-002-2012 de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**.

En efecto, se demostró que **FUNDESOL** tenía una relación cercana y permanente con **MULTIACTIVA**, a partir de la cual actuaron conjuntamente en el proceso de selección, al punto de presentar los mismos formatos y contenidos en sus propuestas, así como idénticos proveedores. Al respecto, **FUNDESOL** argumentó que los formatos se encontraban en Internet, por lo que no eran evidencia de ningún acuerdo, frente a lo cual basta reiterar que aún si esta excusa fuera válida, que no lo es, no explica las coincidencias en el contenido, en los proveedores y en los demás indicios que se hallaron en esta investigación.

De otro lado, debe aclararse que, contrario a lo afirmado por el investigado en sus argumentos presentados en la audiencia de alegaciones, a pesar de no haberse adjudicado el proceso de selección a alguno de los agentes del mercado citados se configura la conducta investigada en la medida en que un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica es ilegal, tanto si se desarrolla con ocasión de un comportamiento idóneo para configurar la conducta prohibida (por objeto), como si materializa los efectos que la Ley pretende precaver (por efecto). En este caso, si bien el proceso no fue adjudicado a **FUNDESOL** ello no obsta para que se configure la conducta restrictiva.

En relación con los componentes de la responsabilidad argumentó **FUNDESOL** que no se había probado el "dolo" de **FUNDESOL** para falsear la libre competencia. Al respecto se aclara que en este tipo de casos la responsabilidad no deriva de la intensión subjetiva del infractor sino de la idoneidad de su conducta para afectar la libre competencia, que aquí están más que probados.

(ii) Responsabilidad de MULTIACTIVA

De las pruebas obrantes en el expediente, se evidenció que **MULTIACTIVA** incurrió en la conducta prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al coludirse con **FUNDESOL** en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-002-2012 de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**.

En efecto, se demostró que **MULTIACTIVA** tenía una relación cercana y permanente con **FUNDESOL**, a partir de la cual actuaron conjuntamente en el proceso de selección, al punto de presentar los mismos formatos y contenidos en sus propuestas, así como idénticos proveedores. Además se probó que fue una de las personas vinculadas con **MULTIACTIVA** quien gestionó y tramitó los diversos certificados necesarios para presentarse al proceso de selección.

Por lo tanto, es evidente la participación activa de la fundación en el comportamiento restrictivo.

9.5.4. Responsabilidad de las personas naturales investigadas

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

De acuerdo con el numeral 12 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, corresponde al Superintendente de Industria y Comercio:

"Artículo 3. Funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio. Son funciones del Despacho del Superintendente de Industria y Comercio.

(...)

12. Imponer a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la competencia y competencia desleal las multas que procedan de acuerdo con la ley.

(...)"

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

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

(...)

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

(...)"

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, prevé que es función del Superintendente de Industria y Comercio:

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

(...)

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

(...)"

En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción¹⁰².

En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en

¹⁰² Resoluciones Nos. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar en el curso de la actuación administrativa lo siguiente:

- Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.
- Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.
- Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, de haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar.

En relación con este último escenario, cobra especial relevancia en el análisis: (i) quiénes obran como administradores de las personas jurídicas, sobre los cuales, de acuerdo con el Código de Comercio¹⁰³ y la Ley 222 de 1995¹⁰⁴, recaen unos deberes fiduciarios y (ii) quienes, a pesar de no ostentar la calidad de administradores, tienen una posición de rango directivo dentro de la estructura jerárquica del agente de mercado. En estos casos, esta Superintendencia analizará las circunstancias del caso en concreto para determinar si de tales personas se espera que debieran conocer, o al menos debieran realizar las gestiones necesarias para enterarse de la comisión de la conducta, de haber actuado con la diligencia de un buen hombre de negocios.

Teniendo en cuenta lo anterior, este Despacho procede a analizar la responsabilidad de cada una de las personas naturales vinculadas a la actuación administrativa en la Resolución de Apertura de Investigación.

9.5.4.1. JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ, Representante Legal de FUNDESOL

En el curso de la investigación se acreditó que **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** se desempeñó como Representante Legal de **FUNDESOL** y, en tal condición, se le investigó por la posible infracción de lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

El Despacho encontró acreditado que **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, participó en el comportamiento restrictivo de la libre competencia económica, pues además de que en su condición de representante tomó parte de la actuación de **FUNDESOL** en el marco del proceso de selección investigado, realizó actividades operativas necesarias para que la citada fundación pudiera ejecutar el comportamiento en cuestión, tales como acopiar información para las fundaciones investigadas y manejarla de manera centralizada en beneficio de ambas. Además, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** se abstuvo de adoptar medida alguna encaminada a terminar la participación de **FUNDESOL** en ese comportamiento restrictivo.

Dicho lo anterior, es oportuno indicar que esta investigada en su escrito de observaciones al Informe Motivado expone argumentos que no la eximen de responsabilidad tales como encontrar formatos "prediseñados" y afirmar que otras personas era las que actuaban en la medida en que, con base en sus deberes de administradora, las gestiones de la fundación estaban en cabeza suya y no podían ser atribuidas a terceros. Además, precisa este Despacho que la Resolución de Apertura de la investigación sí le fue notificada mediante aviso que obra en el expediente¹⁰⁵.

¹⁰³ El artículo 196 del Código de Comercio dispone: "La representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad (...)".

¹⁰⁴ El artículo 22 de la Ley 222 de 1995, establece que: "Son administradores, el representante legal, el liquidador, el factor, los miembros de juntas o consejos directivos y quienes de acuerdo con los estatutos ejerzan o detentan esas funciones". Por su parte el artículo 23 *ibidem* dispone lo siguiente: "Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. En el cumplimiento de su función los administradores deberán: (...) 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. (...)".

¹⁰⁵ Folio 4014 del Cuaderno Público No. 20.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Respecto de haber *"sido asaltada en su buena fe ya que formalmente aparecía como Representante Legal de una fundación en la que sus actividades eran más bien de tipo secretarial"*, el Despacho advierte que en todo caso las actuaciones en el marco del proceso licitatorio aparecen firmadas por la investigada y no existen pruebas en el expediente de que su actuación un fue libre y voluntaria.

En este punto este Despacho considera relevante resaltar el papel y la responsabilidad que conlleva ser representante legal de una empresa, pues es desde este cargo que se puede comprometer la responsabilidad de la persona jurídica, responsabilidad que no puede ser excusada únicamente con el dicho de quien ocupa el cargo. Además, como ya se indicó, en este caso se probó la participación activa de la investigada quien entre otras, presentó como representante legal los documentos necesarios para la propuesta y conocía del comportamiento conjunto de las fundaciones.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado y tolerado la práctica comercial restrictiva de la competencia económica prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en la contratación estatal) desarrollada por **FUNDESOL**.

9.5.4.2. DARLY JOHANA ASIS PADILLA Representante Legal de MULTIACTIVA

En el curso de la investigación se acreditó que **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** se desempeñó como Representante Legal de **MULTIACTIVA** y, en tal condición, se le investigó por la posible infracción de lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

El Despacho encontró acreditado que, tal y como lo indicó la Delegatura en su Informe Motivado, **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**, participó en el comportamiento restrictivo de la libre competencia económica, pues además de que en su condición de representante tomó parte de la actuación de la fundación referida en el marco del proceso de selección investigado, realizó actividades necesarias para que esa persona jurídica pudiera ejecutar el comportamiento en cuestión, tales como suscribir la propuesta presentada a la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**. En todo caso, no puede perderse de vista que **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** tenía conocimiento del comportamiento coordinado de las fundaciones y que, a pesar de tener la calidad de Representante Legal, se abstuvo de adoptar medida alguna encaminada a terminar la participación de **MULTIACTIVA** en ese comportamiento restrictivo.

En consideración de lo expuesto, este Despacho concluye que **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, ejecutado, autorizado y tolerado la práctica comercial restrictiva de la competencia económica prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en la contratación estatal) desarrollada por **MULTIACTIVA**.

9.5.5. Análisis del Despacho sobre la imputación del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general)

En relación con el cargo imputado relacionado con la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 este Despacho considera que, de acuerdo con el material probatorio obrante en el expediente, no hay evidencia de la existencia de una conducta diferente del comportamiento colusivo de las investigadas que se enmarca en la infracción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. Por lo tanto, al no estar acreditada una conducta independiente que pudiera infringir el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se archivará este cargo en relación con todos los investigados.

DÉCIMO: Monto de las sanciones

En relación con las sanciones que se imponen por la violación a las normas de competencia es preciso resaltar que de conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionadora en forma razonable, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad de la norma que

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

establezca, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

Sobre la aplicación del principio de proporcionalidad en sanciones administrativas, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

"En cuanto al principio de proporcionalidad en materia sancionatoria administrativa, éste exige que tanto la falta descrita como la sanción correspondiente a la misma resulten adecuadas a los fines de la norma, esto es, a la realización de los principios que gobiernan la función pública. Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"¹⁰⁶.

De acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer a las personas jurídicas, sanciones pecuniarias hasta por el equivalente de cien mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (**100.000 SMLMV**) al momento de la imposición de la sanción, es decir **SETENTA Y TRES MIL SETECIENTOS SETENTA Y UN MILLONES SETECIENTOS MIL PESOS (\$73.771.700.000)**, por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia.

En efecto, el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, señala que:

"Artículo 25. Monto de las Multas a Personas Jurídicas. El numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

"Por violación de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas la omisión en acatar en debida forma las solicitudes de información, órdenes e instrucciones que imparta, la obstrucción de las investigaciones, el incumplimiento de las obligaciones de informar una operación de integración empresarial o las derivadas de su aprobación bajo condiciones o de la terminación de una investigación por aceptación de garantías, imponer, por cada violación y a cada infractor, multas a favor de la Superintendencia de Industria y Comercio hasta por la suma de 100.000 salarios mínimos mensuales vigentes o, si resulta ser mayor, hasta por el 150% de la utilidad derivada de la conducta por parte del infractor.

Para efectos de graduar la multa, se tendrán en cuenta los siguientes criterios:

- 1. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 2. La dimensión del mercado afectado.*
- 3. El beneficio obtenido por el infractor con la conducta.*
- 4. El grado de participación del implicado.*
- 5. La conducta procesal de los investigados.*
- 6. La cuota de mercado de la empresa infractora, así como la parte de sus activos y/o de sus ventas involucrados en la infracción.*
- 7. El Patrimonio del infractor.*

Parágrafo. *Serán circunstancias de agravación para efectos de la graduación de la sanción. La persistencia en la conducta infractora; la existencia de antecedentes en relación con infracciones al régimen de protección de la competencia o con incumplimiento de compromisos adquiridos o de órdenes de las autoridades de competencia; el haber actuado como líder, instigador o en cualquier forma promotor de la conducta. La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción.*

De otra parte, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, señala que esta Superintendencia podrá imponer a las personas

¹⁰⁶ Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia C-125 del 18 de febrero de 2003, Exp. Rad. D-4059.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

naturales, sanciones pecuniarias hasta por el equivalente de dos mil salarios mínimos legales mensuales vigentes (**2.000 SMLMV**) al momento de la imposición de la sanción, es decir **MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y CUATRO MIL PESOS (\$1.475.434.000.00.)**, por colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar una conducta violatoria de cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, incluidas las normas sobre competencia desleal.

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

"Artículo 26. Monto de las multas a personas naturales. El numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 quedará así:

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

Para efectos de graduar la multa, la Superintendencia de Industria y Comercio tendrá en cuenta los siguientes criterios:

- 1. La persistencia en la conducta infractora.*
- 2. El impacto que la conducta tenga sobre el mercado.*
- 3. La reiteración de la conducta prohibida.*
- 4. La conducta procesal del investigado, y*
- 5. El grado de participación de la persona implicada.*

***Parágrafo.** Los pagos de las multas que la Superintendencia de Industria y Comercio imponga conforme a este artículo, no podrán ser cubiertos ni asegurados o en general garantizados, directamente o por interpuesta persona, por la persona jurídica a la cual estaba vinculada la persona natural cuando incurrió en la conducta; ni por la matriz o empresas subordinadas de esta; ni por las empresas que pertenezcan al mismo grupo empresarial o estén sujetas al mismo control de aquella".*

De acuerdo con lo anterior, la Autoridad de Competencia debe asegurar que los efectos de prevención general y prevención especial de la sanción se realicen en forma efectiva, esto es, que tanto los individuos como las personas jurídicas que participan en el mercado se vean disuadidos de infringir la ley pero ejerciendo su potestad sancionadora en forma razonable y proporcionada de modo que, como se precisó en un aparte anterior, logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad perseguida con la norma, así como la proporcionalidad entre el hecho constitutivo de la infracción y la sanción aplicada.

En virtud de lo anterior, este Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa aplicando los criterios de graduación previstos en la ley que le sean aplicables a cada caso particular.

10.1. Personas jurídicas (agentes del mercado)

10.1.1. Sanción a imponer a FUNDESOL

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción por imponer a **FUNDESOL**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al **impacto de la conducta en el mercado**, el Despacho encontró demostrado en el expediente que la práctica anticompetitiva en la que los investigados incurrieron generó un impacto absoluto en el mercado afectado. En efecto, el impacto absoluto de la conducta se traduce en que

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

la conducta restrictiva de la competencia afectó el 100% del mercado, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en la presente Resolución, el proceso de selección contractual es el mercado afectado.

Vale la pena resaltar, tal y como se señaló anteriormente en la presente Resolución, que la colusión los procesos de compras públicas es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto. Lo anterior, toda vez que no sólo vulnera la libre competencia, sino que también vulnera valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia de los recursos públicos, y la confianza que los administrados tienen en la administración.

De otro lado, debe llamarse la atención sobre el objeto del contrato aquí analizado, esto es el suministro de mercados para 24 centros de vida, compuestos por 1820 adultos mayores, 5 asilos compuestos por 190 adultos mayores y 104 grupos organizados compuestos por 5.200 adultos mayores, para un total de 7.220 adultos mayores. Todo esto en el marco de una política pública para los más de 110 mil adultos mayores del Distrito de Cartagena que representan el 2% de la población total de adultos mayores del país, en una región en la que la tasa de pobreza de la población mayor del Distrito es de cerca del 67%¹⁰⁷ y en la que el 31% tiene un riesgo nutricional de moderado a alto¹⁰⁸.

Finalmente, es importante resaltar que el valor del contrato objeto de esta investigación representaría cerca del 21% del gasto total destinado a inversión con destinación a los adultos mayores en la Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes de la Secretaría de Participación y Desarrollo Social para el año 2017¹⁰⁹ y más del 65% del gasto de inversión del Despacho del Alcalde destinado al programa Superación de la Pobreza Extrema y la Desigualdad¹¹⁰ para este mismo año.

Todo lo anterior ilustra el impacto que esta conducta colusoria tiene sobre un proceso de licitación que pretende, con los recursos disponibles, atender de la forma más eficiente posible a la población objetivo de los programas de seguridad alimentaria de la alcaldía.

Sobre la **dimensión del mercado afectado**, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección contractual No. SA-UAC-SI-02-2012, pues su actuar colusorio afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

Respecto del **beneficio obtenido con la conducta**, se destaca que, aunque el proceso de selección no fue adjudicado a los investigados, su comportamiento coordinado implica necesariamente un beneficio al no estar sometidos a la incertidumbre propia de la competencia de los proponentes en un proceso de selección contractual.

En cuanto al **grado de participación**, este Despacho debe señalar que está demostrado que **FUNDESOL** tuvo una participación activa en la conducta colusiva que se acreditó en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012.

Sobre la **conducta procesal** de la investigada este Despacho observó que **FUNDESOL** ejerció su derecho de defensa y contradicción de manera tal que no presentó una conducta procesal que implicara una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

De conformidad con lo anterior, para la investigada **FUNDESOL** procede la imposición de una multa de **NOVECIENTOS VEINTIDÓS MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL**

¹⁰⁷ Observatorio Ambiental de Cartagena de Indias, Aspectos Sociales, Adulto Mayor, Información consultada el 4 de julio de 2017, Disponible en: <http://observatorio.epacartagena.gov.co/gestion-ambiental/generalidades-de-cartagena/aspectos-sociales/adulto-mayor/>

¹⁰⁸Alcaldía de Cartagena de Indias, Política Pública de Envejecimiento y Vejez 2012-2024, p.21, Disponible en: <http://www.helpagela.org/silo/files/politica-pblica-de-cartagena.pdf>

¹⁰⁹ Rubro Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$9,157,736,742.

¹¹⁰ Rubro No. 02-001-06-20-01-05-01 del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$2,960,000,000.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

DOSCIENTOS CINCUENTA MILLONES (\$922.146.250.00), equivalentes a MIL DOCIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.250 SMMLV).

Esta sanción equivale al 15% aprox. de su patrimonio líquido en 2015 y el 7,2% aprox. de sus ingresos reportados en 2015, y al 1% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

10.1.2. Sanción por imponer a MULTIACTIVA

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción por imponer a **MULTIACTIVA**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al **impacto de la conducta en el mercado**, el Despacho encontró demostrado en el expediente que la práctica anticompetitiva en la que los investigados incurrieron generó un impacto absoluto en el mercado afectado. En efecto, el impacto absoluto de la conducta se traduce en que la conducta restrictiva de la competencia afectó el 100% del mercado, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en la presente Resolución, el proceso de selección contractual es el mercado afectado.

Vale la pena resaltar, tal y como se señaló anteriormente en la presente Resolución, que la colusión los procesos de compras públicas es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto. Lo anterior, toda vez que no sólo vulnera la libre competencia, sino que también vulnera valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia de los recursos públicos, y la confianza que los administrados tienen en la administración.

De otro lado, debe llamarse la atención sobre el objeto del contrato aquí analizado, esto es el suministro de mercados para 24 centros de vida, compuestos por 1820 adultos mayores, 5 asilos compuestos por 190 adultos mayores y 104 grupos organizados compuestos por 5.200 adultos mayores, para un total de 7.220 adultos mayores. Todo esto en el marco de una política pública para los más de 110 mil adultos mayores de Cartagena que representan el 2% de la población total de adultos mayores del país, en una región en la que la tasa de pobreza de la población mayor del Distrito es de cerca del 67%¹¹¹ y en la que el 31% tiene un riesgo nutricional de moderado a alto¹¹².

Finalmente, es importante resaltar que el valor del contrato objeto de esta investigación representaría cerca del 21% del gasto total destinado a inversión con destinación a los adultos mayores en la Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes de la Secretaría de Participación y Desarrollo Social para el año 2017¹¹³ y más del 65% del gasto de inversión del Despacho del Alcalde destinado al programa Superación de la Pobreza Extrema y la Desigualdad¹¹⁴ para este mismo año.

Todo lo anterior ilustra el impacto que esta conducta colusoria tiene sobre un proceso de licitación que pretende, con los recursos disponibles, atender de la forma más eficiente posible a la población objetivo de los programas de seguridad alimentaria de la alcaldía.

Sobre la **dimensión del mercado afectado**, se tiene que con la conducta de los investigados se afectó el 100% del mercado, esto es, el proceso de selección contractual No. SA-UAC-SI-02-2012, pues su actuar colusorio afectó la dinámica competitiva que se espera en este tipo de procesos.

¹¹¹ Observatorio Ambiental de Cartagena de Indias, Aspectos Sociales, Adulto Mayor, Información consultada el 4 de julio de 2017, Disponible en: <http://observatorio.epacartagena.gov.co/gestion-ambiental/generalidades-de-cartagena/aspectos-sociales/adulto-mayor/>

¹¹²Alcaldía de Cartagena de Indias, Política Pública de Envejecimiento y Vejez 2012-2024, p.21, Disponible en: <http://www.helpagela.org/silo/files/politica-pblica-de-cartagena.pdf>

¹¹³ Rubro Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$9,157,736,742.

¹¹⁴ Rubro No. 02-001-06-20-01-05-01 del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$2,960,000,000.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Respecto del **beneficio obtenido con la conducta**, se destaca que, aunque el proceso de selección no fue adjudicado a los investigados, su comportamiento coordinado implica necesariamente un beneficio al no estar sometidos a la incertidumbre propia de la competencia de los proponentes en un proceso de selección contractual.

En cuanto al **grado de participación**, este Despacho debe señalar que está demostrado que **MULTIACTIVA** tuvo una participación activa en la conducta colusiva que se acreditó en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012.

Sobre la **conducta procesal** de la investigada este Despacho resalta que nunca compareció al proceso ni presentó escritos de defensa.

De conformidad con lo anterior, para la investigada **MULTIACTIVA** procede la imposición de una multa de **MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.586.091.550.00)**, equivalentes a **DOS MIL CIENTO CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.150 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al 15% aprox. de su patrimonio líquido en 2015 y el 5,4% aprox. de sus ingresos reportados en 2015, y al 2% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009.

10.2. Personas naturales

10.2.1. Sanción por imponer a JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ

En relación con los criterios de graduación de la sanción por imponer a **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, este Despacho indica lo siguiente:

Frente al criterio de **persistencia de la conducta infractora**, se encuentra demostrado que la investigada participó activamente en el comportamiento colusivo acreditado en el marco del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012.

Respecto del **impacto de la conducta en el mercado**, el Despacho encontró demostrado en el expediente que la práctica anticompetitiva en la que los investigados incurrieron generó un impacto absoluto en el mercado afectado. En efecto, el impacto absoluto de la conducta se traduce en que la conducta restrictiva de la competencia afectó el 100% del mercado, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en la presente Resolución, el proceso de selección contractual es el mercado afectado.

Vale la pena resaltar, tal y como se señaló anteriormente en la presente Resolución, que la colusión los procesos de compras públicas es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto. Lo anterior, toda vez que no sólo vulnera la libre competencia, sino que también vulnera valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia de los recursos públicos, y la confianza que los administrados tienen en la administración.

De otro lado, debe llamarse la atención sobre el objeto del contrato aquí analizado, esto es el suministro de mercados para 24 centros de vida, compuestos por 1820 adultos mayores, 5 asilos compuestos por 190 adultos mayores y 104 grupos organizados compuestos por 5.200 adultos mayores, para un total de 7.220 adultos mayores. Todo esto en el marco de una política pública para los más de 110 mil adultos mayores de Cartagena que representan el 2% de la población total de adultos mayores del país, en una región en la que la tasa de pobreza de la población mayor del Distrito es de cerca del 67%¹¹⁵ y en la que el 31% tiene un riesgo nutricional de moderado a alto¹¹⁶.

¹¹⁵ Observatorio Ambiental de Cartagena de Indias, Aspectos Sociales, Adulto Mayor, Información consultada el 4 de julio de 2017, Disponible en: <http://observatorio.epacartagena.gov.co/gestion-ambiental/generalidades-de-cartagena/aspectos-sociales/adulto-mayor/>

¹¹⁶ Alcaldía de Cartagena de Indias, Política Pública de Envejecimiento y Vejez 2012-2024, p.21, Disponible en: <http://www.helpagela.org/silo/files/politica-pblica-de-cartagena.pdf>

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

Finalmente, es importante resaltar que el valor del contrato objeto de esta investigación representaría cerca del 21% del gasto total destinado a inversión con destinación a los adultos mayores en la Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes de la Secretaría de Participación y Desarrollo Social para el año 2017¹¹⁷ y más del 65% del gasto de inversión del Despacho del Alcalde destinado al programa Superación de la Pobreza Extrema y la Desigualdad¹¹⁸ para este mismo año.

Todo lo anterior ilustra el impacto que esta conducta colusoria tiene sobre un proceso de licitación que pretende, con los recursos disponibles, atender de la forma más eficiente posible a la población objetivo de los programas de seguridad alimentaria de la alcaldía.

En relación con la **reiteración de la conducta prohibida**, el Despacho encontró que la investigada no presenta antecedentes por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica.

Sobre la **conducta procesal** de la investigada este Despacho observó que FUNDESOL ejerció su derecho de defensa y contradicción de manera tal que no presentó una conducta procesal que implicara una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

Sobre el criterio relacionado con el **grado participación**, se resalta que la investigada tuvo una participación activa en la conducta en su calidad de representante legal.

Ahora bien, este Despacho siempre tiene en cuenta para la graduación de la sanción la situación financiera de los investigados (su patrimonio e ingresos anuales) sin embargo, en este caso no cuenta con dicha información en relación con **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, pues a pesar de habérsela solicitado nunca la allegó al expediente, por lo que la graduación de la sanción únicamente se realizó con base en los demás criterios.

De conformidad con lo anterior, para la investigada **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** procede la imposición de una multa de **SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$73.771.700.00)**, equivalentes a **CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al 5% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

10.2.2. Sanción por imponer a DARLY JOHANA ASIS PADILLA

Frente al criterio de **persistencia de la conducta infractora**, se encuentra demostrado que la investigada participó activamente en el comportamiento colusivo acreditado en el marco del proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012.

Respecto del **impacto de la conducta en el mercado**, el Despacho encontró demostrado en el expediente que la práctica anticompetitiva en la que los investigados incurrieron generó un impacto absoluto en el mercado afectado. En efecto, el impacto absoluto de la conducta se traduce en que la conducta restrictiva de la competencia afectó el 100% del mercado, toda vez que, de acuerdo con lo establecido en la presente Resolución, el proceso de selección contractual es el mercado afectado.

Vale la pena resaltar, tal y como se señaló anteriormente en la presente Resolución, que la colusión los procesos de compras públicas es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto. Lo anterior, toda vez que no sólo vulnera la libre competencia,

¹¹⁷ Rubro Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$9,157,736,742.

¹¹⁸ Rubro No. 02-001-06-20-01-05-01 del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$2,960,000,000.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

sino que también vulnera valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia de los recursos públicos, y la confianza que los administrados tienen en la administración.

De otro lado, debe llamarse la atención sobre el objeto del contrato aquí analizado, esto es el suministro de mercados para 24 centros de vida, compuestos por 1820 adultos mayores, 5 asilos compuestos por 190 adultos mayores y 104 grupos organizados compuestos por 5.200 adultos mayores, para un total de 7.220 adultos mayores. Todo esto en el marco de una política pública para los más de 110 mil adultos mayores de Cartagena que representan el 2% de la población total de adultos mayores del país, en una región en la que la tasa de pobreza de la población mayor del Distrito es de cerca del 67%¹¹⁹ y en la que el 31% tiene un riesgo nutricional de moderado a alto¹²⁰.

Finalmente, es importante resaltar que el valor del contrato objeto de esta investigación representaría cerca del 21% del gasto total destinado a inversión con destinación a los adultos mayores en la Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes de la Secretaría de Participación y Desarrollo Social para el año 2017¹²¹ y más del 65% del gasto de inversión del Despacho del Alcalde destinado al programa Superación de la Pobreza Extrema y la Desigualdad¹²² para este mismo año.

Todo lo anterior ilustra el impacto que esta conducta colusoria tiene sobre un proceso de licitación que pretende, con los recursos disponibles, atender de la forma más eficiente posible a la población objetivo de los programas de seguridad alimentaria de la alcaldía.

En relación con la **reiteración de la conducta prohibida**, el Despacho encontró que la investigada no presenta antecedentes por infracciones al régimen de protección de la libre competencia económica.

Sobre la **conducta procesal** de la investigada este Despacho observó que FUNDESOL ejerció su derecho de defensa y contradicción de manera tal que no presentó una conducta procesal que implicara una agravación en la sanción, ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en algún beneficio por comportamiento procesal, por lo que la aplicación de este criterio se hará de forma neutra al momento de dosificar la sanción.

Sobre el criterio relacionado con el **grado participación**, se resalta que la investigada tuvo una participación activa en la conducta en su calidad de representante legal.

Ahora bien, este Despacho siempre tiene en cuenta para la graduación de la sanción la situación financiera de los investigados (su patrimonio e ingresos anuales) sin embargo, en este caso no cuenta con dicha información en relación con **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**, pues a pesar de habérsela solicitado nunca la allegó al expediente, por lo que la graduación de la sanción únicamente se realizó con base en los demás criterios.

De conformidad con lo anterior, para la investigada **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** procede la imposición de una multa de **SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$73.771.700.00)**, equivalentes a **CIEN SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al 5% aprox. de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

¹¹⁹ Observatorio Ambiental de Cartagena de Indias, Aspectos Sociales, Adulto Mayor, Información consultada el 4 de julio de 2017, Disponible en: <http://observatorio.epacartagena.gov.co/gestion-ambiental/generalidades-de-cartagena/aspectos-sociales/adulto-mayor/>

¹²⁰Alcaldía de Cartagena de Indias, Política Pública de Envejecimiento y Vejez 2012-2024, p.21, Disponible en: <http://www.helpagela.org/silo/files/politica-pblica-de-cartagena.pdf>

¹²¹ Rubro Línea Estratégica Años Dorados y Brillantes del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$9,157,736,742.

¹²² Rubro No. 02-001-06-20-01-05-01 del Acuerdo No. 18 de 2016 del Concejo Distrital de Cartagena de Indias D.T y C. correspondiente a la suma de \$2,960,000,000.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

En mérito de lo expuesto este Despacho,

RESUELVE:

ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR responsables a **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**, identificada con NIT 806.006.013-7 y a **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, identificada con NIT 806.006.079-2, por violar la libre competencia al incurrir en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, al coludirse en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la Alcaldía del **DISTRITO TURÍSTICO Y CULTURAL DE CARTAGENA DE INDIAS**, en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER a las fundaciones responsables de violar la libre competencia las siguientes multas:

2.1. A FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL, identificada con NIT 806.006.013-7, una multa de **NOVECIENTOS VEINTIDÓS MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL DOCIENTOS CINCUENTA MILLONES (\$922.146.250.00)**, equivalentes a **MIL DOCIENTOS CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (1.250 SMMLV)**.

2.2. A FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO, identificada con NIT 806.006.079-2, una multa de **MIL QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES NOVENTA Y UN MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.586.091.550.00)**, equivalentes a **DOS MIL CIENTO CINCUENTA SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.150 SMMLV)**.

PARÁGRAFO: El valor de las sanciones pecuniarias que por esta resolución se imponen, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR responsables a **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 57.297.688, Representante Legal de **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.094.246.204, Representante Legal de **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, por incurrir en 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 términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO CUARTO: IMPONER la siguiente sanción a las siguientes personas naturales:

4.1. A JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 57.297.688, una multa de **SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$73.771.700.00)**, equivalentes a **CIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMMLV)**.

4.2. A DARLY JOHANA ASIS PADILLA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.094.246.204, una multa de **SETENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS SETENTA Y UN MIL SETECIENTOS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$73.771.700.00)**, equivalentes a **CIENTOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100 SMMLV)**.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

VERSIÓN ÚNICA

PARÁGRAFO: El valor de la sanción pecuniaria que por esta resolución se impone, deberá consignarse en efectivo o en cheque de gerencia en el Banco de Bogotá, Cuenta Corriente No. 062-754387, a nombre de la Superintendencia de Industria y Comercio – Formato de Recaudo Nacional, Código de referencia para pago No. 03. En el recibo deberá indicarse el número del expediente y el número de la presente resolución. El pago deberá acreditarse ante la pagaduría de esta Superintendencia, con el original de la consignación, dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta resolución.

Vencido el término de pago aquí establecido se causarán intereses moratorios a la tasa del 12% anual, liquidados por días en forma proporcional, lo que le generará un saldo en su contra, por ello, resulta de suma importancia acercarse a la Dirección Administrativa y Financiera a efectos de que se efectúe dicha liquidación.

ARTÍCULO QUINTO: ARCHIVAR la presente actuación administrativa en favor de **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**, identificada con NIT 806.006.013-7 y **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, identificada con NIT 806.006.079-2, por la infracción del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en los términos establecidos en la parte considerativa de la presente Resolución.

ARTÍCULO SEXTO: ORDENAR a **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**, **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**, **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** informan que:*

*Mediante Resolución No. **№ 39758** expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**, **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** por violar la libre competencia al incurrir en el comportamiento previsto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.*

Lo anterior, en cumplimiento del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009."

PARÁGRAFO PRIMERO. La publicación deberá realizarse en un lugar visible de un diario de amplia circulación nacional dentro de los cinco (5) siguientes a partir de que la presente decisión quede en firme y remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia, dentro de los siguientes diez (10) días siguientes a la fecha de la publicación.

PARÁGRAFO SEGUNDO. La ausencia de publicación o la no remisión de la constancia de la misma dentro de los términos indicados, podrá ocasionar la responsabilidad tipificada en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 en cabeza de las personas o entidades a quienes se les impuso dicha carga, en cuanto se considerará una omisión en acatar en debida forma las órdenes impartidas por esta Superintendencia.

ARTÍCULO SÉPTIMO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**, **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO**, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA**, entregándoles una copia e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio que, de acuerdo con lo establecido en el artículo 76 de la Ley 1437 de 2011, se podrá interponer dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

ARTÍCULO OCTAVO: COMPULSAR copias de la presente decisión a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, para lo de su competencia.

"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia y se adoptan otras determinaciones"

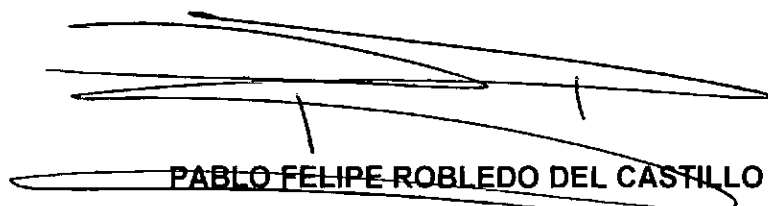
VERSIÓN ÚNICA

ARTÍCULO NOVENO: PUBLICAR una vez en firme la presente decisión en la página Web de la Entidad de conformidad con lo dispuesto en el artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012.

NOTIFÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE

Dada en Bogotá D.C., a los **06 JUL 2017**

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO



PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO

NOTIFICAR

Señores
FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL
NIT 806.006.013-7
Calle 26 No. 22-139
Cartagena - Bolívar
fundesol.org@hotmail.com
Representante Legal
LUIS ALBERTO OLIVO ORTEGA
C.C. 9.020.938
Apoderado Especial
CARLOS MARIO SCHILLER PINTO
C.C. 85.470.895

Señores
FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO
NIT 806.006.079-2
Calle 2ª de Badillo No. 36-95 Edificio Comibol Oficina 112
Barrio Centro
Cartagena - Bolívar
fundaemprendiendo@hotmail.com
Representante Legal
LINDY JOHANA VÁSQUEZ SEVERICHE

Señora
JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ
C.C. 57.297.688
jenifferar500@hotmail.com
arj500@hotmail.com
Apoderada Especial
ARACELIS CAMACHO BUSTAMANTE
C.C. 32.671.528

Señora
DARLY JOHANA ASIS PADILLA
C.C. 1.094.246.204
Carrera 20 No. 13 – 31 Barrio Ford
Sincelejo - Sucre
dasis19@hotmail.com