



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

RESOLUCIÓN NÚMERO № 4 2 6 5 3 DE 2018

( 19 JUN 2018 )

Radicación No. 12-191859

**VERSIÓN ÚNICA**

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial las previstas en la Ley 155 de 1959, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011; y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 39758 del 6 de julio de 2017 (en adelante “Resolución No. 39758 de 2017” o “Resolución Sancionatoria”), la Superintendencia de Industria y Comercio impuso **sanciones** a la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD**, (en adelante **FUNDESOL**) y a la **FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO** (en adelante **MULTIACTIVA**), por violar la libre competencia al incurrir en el comportamiento previsto 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) 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 adelante **ALCALDÍA DE CARTAGENA**), en los términos establecidos en la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria.

Así mismo, se impusieron **sanciones** a **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** (Representante Legal de **FUNDESOL**) y **DARLY JOHANA ASIS PADILLA** (Representante Legal de **MULTIACTIVA**) en su condición de personas naturales vinculadas con las empresas sancionadas, por incurrir 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 colaborar, facilitar, autorizar, ejecutar y/o tolerar la conducta anticompetitiva descrita numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, en concordancia con el artículo 1 de la Ley 155 de 1959:

SANCIONES A AGENTES ECONÓMICOS		
1	FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD FUNDESOL	\$ 914.031.363.00
2	FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDIENDO	\$1.590.517.852.00
SANCIONES A PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON FUNDESOL		
1	JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ	\$73.771.700.00
SANCIONES A PERSONAS NATURALES VINCULADAS CON MULTIACTIVA		
1	DARLY JOHANA ASIS PADILLA	\$73.771.700.00

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal, algunos de los agentes económicos y personas naturales investigadas interpusieron recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria.

A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por cada uno de los recurrentes:

**2.1. Argumentos presentados por FUNDESOL**

- La Superintendencia de Industria y Comercio, con la expedición del acto recurrido, ha incurrido en extralimitaciones y abusos, con el consecuente desconocimiento y atropello del orden constitucional y legal vigente.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

- Se configuró el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia, pues la fecha límite para la presentación de ofertas del proceso de selección objeto de investigación se fijó el 25 de junio de 2012, por lo que la caducidad se configuró, en el peor de los escenarios, el 26 de junio de 2017, y la Resolución Sancionatoria se notificó el 19 de julio de 2017.
- La supuesta vulneración de la normativa manifestada por la Superintendencia de Industria y Comercio a los recurrentes se encuentra enmarcada en conjeturas que no conllevan a demostrar la existencia de la afectación al bien jurídico tutelado. En ese sentido, no se probó la antijuridicidad del comportamiento, lo que implica la nulidad de la resolución recurrida.
- Se violaron los principios de proporcionalidad y razonabilidad en materia administrativa al momento de realizar la tasación de una sanción pues, ninguno de los investigados obtuvo la adjudicación del contrato.
- Resulta extravagante que la Superintendencia de Industria y Comercio sostenga que existe afectación del 100% del mercado cuando, según Acta de Audiencia Pública de subasta inversa presencial, la propuesta de **FUNDESOL** fue rechazada.
- Debe tenerse en cuenta que **FUNDESOL** no obtuvo beneficio alguno, en la medida en la que no participó de la subasta ante la inhabilitación de su propuesta, por lo que resulta inaceptable que esta Superintendencia afirme que sí existió un beneficio con la supuesta conducta restrictiva.
- La incertidumbre propia de la competencia a la que se refiere la Resolución Sancionatoria no se configuró en este caso concreto, pues por la estructura y el tipo de procedimiento contractual, dicha situación se ve expresada en el momento de la subasta, por lo que no es posible que esta Superintendencia exprese de manera subjetiva juicios de valor respecto de una multa que de manera evidente vulnera los principios de objetividad, imparcialidad y proporcionalidad.
- La conducta endilgada no ocurrió, no obstante, en caso de *“haberse concretado, la dosificación de la sanción contraviene el ordenamiento jurídico”*.
- No se encuentra justificado que el monto calculable en la sanción deba ser tasado con el patrimonio y los ingresos reportados por **FUNDESOL** para 2015, pues la presentación de las propuestas y la consecuente participación de la sancionada se dio en 2012.
- Deben aplicarse los pronunciamientos precedentes de esta Superintendencia, en casos en los que ha disminuido o exonerado de multa a investigados por no encontrarse afectación en el mercado, entre los que se encuentra la Resolución No. 47769 de 2016.
- Con la decisión adoptada en la Resolución Sancionatoria se trasgrede el *“principio de insignificancia relativo a que no es objeto del ordenamiento jurídico reprimir acciones que causen lesiones mínimas a los bienes jurídicos tutelados, sino controlar aquéllas conductas humanas que causen grave repudio a toda la comunidad”*.

## **2.2. Argumentos presentados por JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**

- Se debe declarar la nulidad del proceso por indebida notificación de la resolución de apertura de investigación.
- Respecto de la vinculación de **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** a **FUNDESOL** debe destacarse que la investigada entre 2011 y 2012 prestó sus servicios como secretaria, con una asignación básica de novecientos mil pesos cte. (\$900.000), a **EUGENIO ENRIQUE CUELLO GONZÁLEZ**, socio de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, *“y este señor aprovechándose de esta situación la colocó como representante legal de la empresa FUNDESOL”*.
- Ninguna de las pruebas recaudadas por la Entidad dan cuenta de que la investigada tuviera algún poder de decisión sobre **FUNDESOL** o **MULTIACTIVA** o que ejerciera como administradora, directora o representante de esas empresas. Así tampoco se encontró prueba alguna que diera cuenta de la intervención de la investigada en el proceso de selección objeto de investigación.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Las coincidencias en las propuestas de las fundaciones investigadas obedecen, como lo indicó la investigada en su declaración, a que los socios de ambas empresas son los mismos, como se puede verificar en los certificados de existencia y representación legal de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, por lo que es claro que **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** no pudo tener responsabilidad alguna en la supuesta conducta restrictiva.
- La investigada no presentó ninguna propuesta como representante legal de ninguna Empresa, porque esto se realizó en Cartagena y **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** se encontraba en Santa Marta. Adicionalmente, no existe certeza de que la firma o firmas que aparecen en los documentos presentados correspondan a la investigada pues su jefe **EUGENIO ENRIQUE CUELLO GONZÁLEZ** escaneaba su firma sin su consentimiento cuando la necesitaba.
- Se vulneró el derecho al debido proceso de la investigada pues solo hasta 2017 se le notificó formalmente la apertura de investigación, hoy en día no conoce las piezas procesales que obran el proceso 12-191859-289 ni tampoco el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012, por el cual fue investigada.
- La investigada es una mujer de 33 años, que está cursando quinto semestre de su carrera, de escasos recursos económicos y víctima de personas inescrupulosas que han utilizado su nombre.

**TERCERO:** Que teniendo en cuenta los argumentos de la investigada **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, mediante Resolución No. 65674 de 17 de octubre de 2017 se decretaron de oficio algunas pruebas documentales relacionadas con su información financiera.

**CUARTO:** Que de conformidad con el artículo 80 de la Ley 1437 de 2011 (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), este Despacho procede a resolver los recursos de reposición interpuestos por los investigados, dando respuesta a los argumentos presentados por los impugnantes.

Frente a este punto resulta necesario resaltar que varios de algunos argumentos presentados por los investigados en sus recursos coinciden con aquellos que ya han sido analizados y resueltos de manera íntegra y suficiente tanto en el Informe Motivado como en la Resolución Sancionatoria, por lo que bastaría con remitir a los investigados a dichos actos. Sin embargo, en aras de ser garantistas, el Despacho procederá a analizar uno a uno los argumentos de los investigados.

#### **4.1. Se encuentra probada la conducta colusoria de FUNDESOL y MULTIACTIVA en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 adelantado por la ALCALDÍA DE CARTAGENA**

Tal y como se expuso suficientemente en la Resolución Sancionatoria, se probó que **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** se coludieron para participar en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012 de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA** que tenía como objeto 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*"<sup>1</sup>.

En efecto, se demostró que (i) los formatos usados en sus propuestas eran idénticos o compartían semejanzas inusuales en diseño y contenido; (ii) los certificados presentados en sus propuestas coincidían en fecha y hora de expedición; (iv) los certificados de proveedores relacionados con el objeto del contrato coincidían en el proveedor y fecha de expedición; (v) los certificados fueron gestionados por una misma persona; (vi) el documento "*propuesta FUNDESOL*" creado por un funcionario históricamente vinculado con **MULTIACTIVA** estaba en un computador de la **UT ASEAR** de la que es parte **MULTIACTIVA** y no **FUNDESOL** y; (vii) **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** mantuvieron antes, durante y después del proceso de selección, una relación cercana, propicia para lograr fácilmente un comportamiento conjunto.

Al respecto se destaca desde ya que el argumento de **FUNDESOL**, según el cual la conclusión de esta Superintendencia está basada en conjeturas que no llevan a demostrar la existencia de afectación al bien jurídico tutelado, carece de fundamento. En efecto, tal y como se resumió en el

<sup>1</sup> Folio 294 del Cuaderno Público No. 2.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

párrafo anterior, existen diversas evidencias que dan cuenta del actuar conjunto de los investigados en el proceso de contratación contractual objeto de investigación, que por lo demás, corresponden perfectamente con los indicios de colusión que han sido desarrollados por esta Entidad<sup>2</sup> e incluso por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE)<sup>3</sup>, que fueron expuestos ampliamente en la Resolución Sancionatoria, entre los que se encuentran:

- 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.

Indicios que se probaron en la presente investigación y frente a los que los investigados no pudieron dar una explicación distinta al comportamiento colusorio, tanto que incluso **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** (Representante Legal de **FUNDESOL**) indicó en su declaración y lo reiteró en su recurso que **MULTIACTIVA** y **FUNDESOL** actuaban de manera conjunta, como si fueran una misma empresa.

A continuación se retomarán algunas de las pruebas expuestas en la Resolución Sancionatoria:

**(i) Las fundaciones usaron formatos idénticos en sus propuestas**

Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria se hallaron similitudes evidentes desde las portadas de las propuestas<sup>4</sup> presentadas por **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** en el proceso de selección objeto de investigación, según se ilustra a continuación:

<p>ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. 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 EMPRENDIENDO, NIT. 806.006.079-2</p> <p>DIRECCIÓN: CARRERA 3 NO. 38 - 95 OFICINA 112 CARTAGENA (BOLÍVAR)</p> <p style="text-align: center;"><b>ORIGINAL</b></p> <p>No. DE FOLIOS: _____</p>	<p>ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. 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. 12 - 37 OFICINA 21 SANTA MARTA (MAGDALENA)</p> <p style="text-align: center;"><b>ORIGINAL</b></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 pues no existió un formato en este proceso como un anexo a los pliegos y ninguno de los demás proponentes lo usó. Valga

<sup>2</sup> Superintendencia de Industria y Comercio, "Guía Práctica para combatir acuerdos colusorios en procesos de contratación estatal", páginas 10 a 12.

<sup>3</sup> Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), "Lineamientos para Combatir la Colusión entre Oferentes en Licitaciones Públicas", página 14.

<sup>4</sup> Folios 892 y 991 del Cuaderno Público No. 5.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

agregar que, en todo caso, los investigados no ofrecieron una explicación razonable a tales coincidencias.

En la misma línea se encontró que las investigadas usaron diseños idénticos en la tabla de contenido<sup>5</sup> de las propuestas:

empresario		FUNDESOL	
TABLA DE CONTENIDO DE LA PROPUESTA		TABLA DE CONTENIDO DE LA PROPUESTA	
	Pág.		Pág.
<b>I. CAPACIDAD JURÍDICA</b>		<b>I. CAPACIDAD JURÍDICA</b>	
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)	
<b>II. CAPACIDAD FINANCIERA</b>		<b>II. CAPACIDAD FINANCIERA</b>	
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 actuaban como competidores.

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 propuestas<sup>6</sup>:

**ESPACIO EN BLANCO**

<sup>5</sup> Folios folios 893 del Cuaderno Público No. 5 y 992 del Cuaderno Público No. 6.

<sup>6</sup> Folios 946 a 948 del Cuaderno Público No. 5 y folios 1039 a 1041 del Cuaderno Público No. 6.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"


**NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS  
31 DE DICIEMBRE DE 2011.**
**a) Ingresos por administración de recursos para programas de tipo sociales:**

Con los ingresos asignados para estos programas, nuestra entidad desarrollo actividades como ejecución, administración de los recursos de los siguientes programas: *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 financiadas por ONG nacionales e internacionales y demás servicios prestados por la fundación.*

**b) Gastos relacionados con la ejecución de los programas:**

Con estos recursos desarrollamos las acciones que nos fueron asignadas para ejecutar, con el debido control exigido y los gastos requeridos.

**c) Gastos operacionales de administración**

Debido a la exigencia de las contrataciones se toman estos gastos como el pago al personal para el cumplimiento de los programas.


**NOTAS A LOS ESTADOS FINANCIEROS  
31 DE DICIEMBRE DE 2011  
FUNDESOL**
**a) Ingresos por administración de recursos para programas de tipo sociales:**

Con los ingresos asignados para estos programas, nuestra entidad desarrollo 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, CONSTRUCCIÓN DE VIVIENDAS DE INTERÉS SOCIAL, CONSTRUCCIÓN DE AULAS ESCOLARES, CONSTRUCCIÓN DE VÍAS Y OBRAS DE URBANISMO, INTERVENTORIA EN SALUD, EDUCACIÓN Y EN CONSTRUCCIÓN DE OBRAS CIVILES, PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN EL DESARROLLO DE PROGRAMAS SOCIALES ORGANIZACIÓN Y ASESORIA DE CLUBES JUVENILES Y PEJUVENILES, ATENCIÓN INTEGRAL A FAMILIAS VULNERABLES, ATENCIÓN A ADULTOS MAYORES Y OTROS PROGRAMAS DESARROLLADOS CON ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS.*

**b) Gastos relacionados con la ejecución de los programas:**

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.

**c) Gastos operacionales de administración**

Debido a la exigencia de las contrataciones se toman estos gastos como el pago al personal para el cumplimiento de los programas.

**d) Gastos generales**

Debido a la exigencia de las contrataciones con entidades públicas se toman estos gastos para comprar de póliza de cumplimiento y gastos de publicación.


**d) Gastos generales**

Debido a la exigencia de las contrataciones con entidades públicas se toman estos gastos para comprar de póliza de cumplimiento y gastos de publicación.

**d) Gastos financieros**

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.

**e) Bancos**

Estas hacen parte de las donaciones efectuadas por los aportes de los socios consignados a las entidades bancarias.

**f) Clientes**

Fueron recursos que no han sido entregados por las entidades contratantes para la consecución de los programas.

**j) Equipos de oficina**

Este rubro está conformado por los muebles y enseres.

**k) Equipos de computación y comunicación**

Teniendo en cuenta este rubro corresponde a los equipos de computación y el equipo de fax para la culminación a satisfacción de los programas pendientes.


**d) Gastos financieros**

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.

**e) Bancos**

Estas 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.

**f) Clientes**

Son recursos que no han sido entregados por las entidades contratantes para la consecución de los programas, estos recursos son recaudados durante el primer semestre de la próxima vigencia 2012.

**j) Equipos de oficina**

Este rubro está conformado por los muebles y enseres.

**k) Equipos de computación y comunicación**

Teniendo en cuenta este rubro corresponde a los equipos de computación y el equipo de fax para la culminación a satisfacción de los programas pendientes.

**l) Construcción y Edificaciones**

Corresponde a las construcciones y edificaciones de propiedad de la Fundación adquirida como donaciones y/o producto de la reinversión de los excedentes financieros.

**m) Depreciación acumulada**

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 deprimando.


**l) Depreciación acumulada**

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 deprimando.

**m) Proveedores nacionales**

Son deudas que corresponden al personal que realiza la ejecución de los programas.

**n) Capital Social**

Este rubro corresponde a los aportes efectuados por los socios de la Fundación Multiactiva Emprendiendo.

**ñ) Excedente del ejercicio**

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.

*Darley Johana Asís Padilla*  
DARLEY JOHANA ASÍS PADILLA  
Representante legal  
Fundación Multiactiva Emprendiendo

*Jhonis Vides Barreto*  
JHONIS VIDES BARRETO  
Contador Público  
T. P. No. 93450 - T


**n) Proveedores nacionales**

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.

**ñ) Capital Social**

Este rubro corresponde a los aportes efectuados por los socios de la Fundación para el Desarrollo Social FUNDESOL.

**o) Excedente del ejercicio**

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.

*Jennifer Avila Rodríguez*  
JENIFFER AVILA RODRÍGUEZ  
Directora Ejecutiva

*Gabriel Meneses Cattelón*  
GABRIEL MENESES CATELLÓN  
Contador Público  
T.P. No. 70138 - T

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

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"



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 son de competidores reales e independientes, por lo que da cuenta de un comportamiento colusorio, en el que se presentan propuestas que no son competitivas.

Sobre la identidad en los formatos expuestos, se insiste que las investigadas no estuvieron en la capacidad de ofrecer una explicación razonable, en ninguna etapa de la actuación administrativa, que pudiera dar cuenta de las inusuales coincidencias incluso en errores de las propuestas, por lo que tal circunstancia apunta claramente a la existencia de una conducta colusoria.

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

Tal y como se expuso en la Resolución Sancionatoria, se evidenció la existencia de diversas coincidencias en las certificaciones y demás requisitos habilitantes presentados en las propuestas de las fundaciones 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 AM<sup>7</sup>.

RfSmEKEUdcQ1b1-DVBC		003135602	Cartagena, D.P. No. 8717652
		Pagina: 001	
Cámara de Comercio de Cartagena		CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA	
		FECHA: 2012/06/25 HORA: 8:41:49 AM	
<b>CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION</b> DE ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA			
EL SECRETARIO DE LA CAMARA 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		
MATRICULA:	09-1421-22		
DOMICILIO:	CARTAGENA		
NIT	806006079-2		
IzjdbbcckhKackqm-DVEGA		003135603	Cartagena, D.P. No. 8717666
		Pagina: 001	
Cámara de Comercio de Cartagena		CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA	
		FECHA: 2012/06/25 HORA: 8:42:35 AM	
<b>CERTIFICADO DE EXISTENCIA Y REPRESENTACION</b> DE ENTIDADES SIN ANIMO DE LUCRO CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA			
EL SECRETARIO DE LA CAMARA 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"		
MATRICULA:	09-1456-22		
DOMICILIO:	CARTAGENA		
NIT	806006013-7		


Lo mismo sucede con los Certificados del Registro Único de Proponentes de **MULTIACTIVA**<sup>8</sup> y **FUNDESOL**<sup>9</sup>, 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.

<sup>7</sup> Folios 900 del Cuaderno Público No. 5 y 999 del Cuaderno Público No. 6.


<sup>8</sup> Folios 918 a 928 del Cuaderno Público No. 5.

<sup>9</sup> Folio 1013 a 1021 del Cuaderno Público No. 6.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

HfSzmeKEBUDCdQlbi-DVEGA	00313560	Copias: 002 No. 8717630
Pagina: 001		
CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA		
FECHA: 2012/06/25 HORA: 8:41:48 AM		
 <b>Cámara de Comercio de Cartagena</b>		
REGISTRO UNICO DE PROPONENTES		
<p>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.</p>		
<p>Fecha: 25 de Junio de 2012 Hora : 8:41:46 AM</p>		
CERTIFICA IDENTIFICACIÓN		
<p>Que: FUNDACION MULTIACTIVA EMPRENDIENDO N.I.T 806.006.079-2</p>		

izjébbckchKackqm-DVEGA	00313560	Copias: 001 No. 8717657
Pagina: 001		
CAMARA DE COMERCIO DE CARTAGENA		
FECHA: 2012/06/25 HORA: 8:42:34 AM		
 <b>Cámara de Comercio de Cartagena</b>		
REGISTRO UNICO DE PROPONENTES		
<p>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.</p>		
<p>Fecha: 25 de Junio de 2012 Hora : 8:42:33 AM</p>		
CERTIFICA IDENTIFICACIÓN		
<p>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</p>		

En la misma línea se encontró que los certificados de antecedentes disciplinarios de las fundaciones como de sus representantes legales aquí investigados, tienen números consecutivos y fueron expedidos el mismo día y con intervalos de entre uno (1) y tres (3) minutos aproximadamente<sup>10</sup>, 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) minutos<sup>11</sup>, como se visualiza a continuación:

<sup>10</sup> Folios 932 a 933 del Cuaderno Público No. 5 y 1025 a 1026 del Cuaderno Público No. 6.

<sup>11</sup> Folios 935 a 936 del Cuaderno Público No. 5 y 1028 a 1029 del Cuaderno Público No. 6.



*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA				
CERTIFICADO DE VERIFICACIÓN	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 misma<sup>12</sup>.

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** (empleado de **MULTIACTIVA**) a **ROBERTO CARLOS PALACIOS GALOFRE** (empleado de **PRODUCTOS ALIMENTICIOS DUNIA LTDA.**, sociedad que para la fecha de los hechos tenía una relación comercial con **FRIGORÍFICO METROPOLITANO**). El asunto del mensaje era "*CARTA DE DISPONIBILIDAD DE BODEGA CARTAGENA*"<sup>13</sup> 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,

XXXXXXXXXXXXXXXXXX  
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 remitente inicial fue **JOSÉ OLIVO ORTEGA** (empleado de **MULTIACTIVA**). 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:

<sup>12</sup> Folios 958 a 959 del Cuaderno Público No. 5 y 1051 a 1052 del Cuaderno Público No. 6.

<sup>13</sup> Folio 3894 del Cuaderno Público No. 20.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

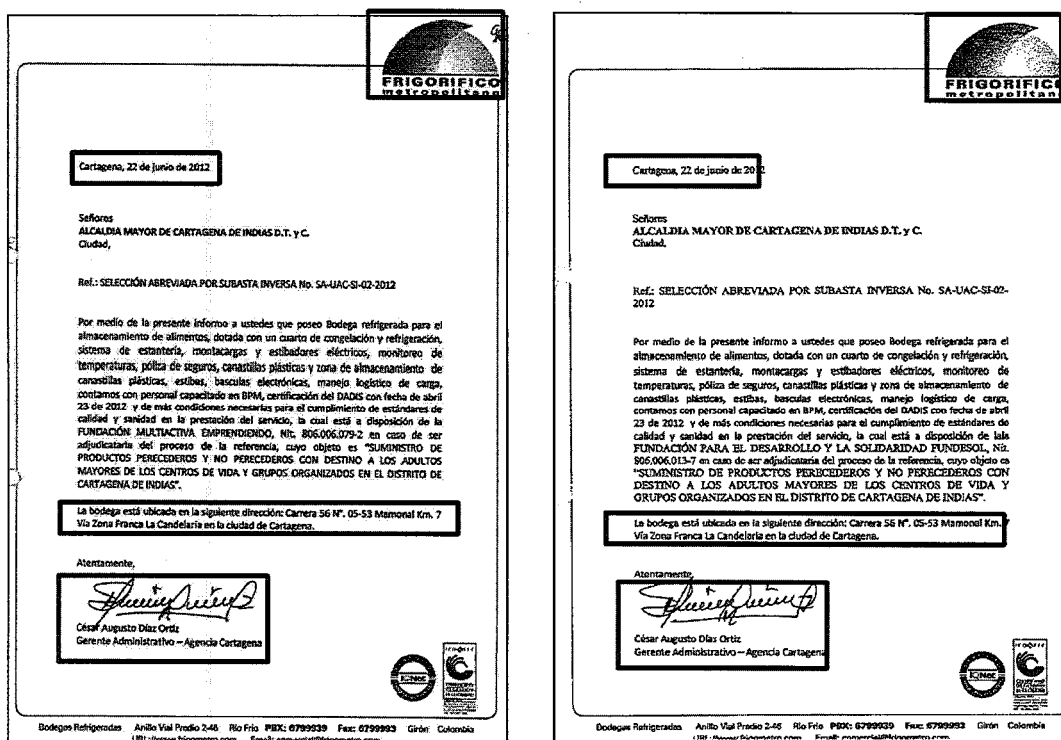
“Hola Roberto:

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. – Cartagena<sup>14</sup>

Al respecto, es importante recordar que la certificación mencionada fue allegada en las ofertas presentadas por **FUNDESOL**<sup>15</sup> y **MULTIACTIVA**<sup>16</sup> 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**<sup>17</sup>.

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**<sup>18</sup>– 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.

<sup>14</sup> Folio 3894 del Cuaderno Público No. 20.

<sup>15</sup> Folio 1078 del Cuaderno Público No. 6.

<sup>16</sup> Folio 985 del Cuaderno Público No. 5.

<sup>17</sup> Folio 4160 a 4161 del Cuaderno Público No. 21 (minuto: 14:03).

<sup>18</sup> 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).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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 continuación<sup>19</sup>:

PROPONENTE	PROVEEDOR DE BODEGA FRIGORIFICA
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

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:

<p>Cartagena, 22 de junio de 2012</p> <p>Señores: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. Ciudad,</p> <p>Ref.: SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA No. SA-UAC-SI-02-2012</p> <p>El suscrito YOHAN PINEDO PANETA identificado con cedula de ciudadanía N°35.470.171 expedida 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 3075 de 1997), los cuales estarán a disposición de la FUNDACIÓN MULTIACTIVA EMPRENDEDOR, NIT. 806.006.079-2 en caso de ser adjudicatario 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".</p> <p>Adjunto:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tarjeta de propiedad de los vehículos</li> <li>2. SOAT de los vehículos</li> </ol> <p>Atentamente,</p> <p>YOHAN PINEDO PANETA C.C. No. 35.470.171 de Santa Marta Representante Legal Viajeros S.A.</p> <p><small>Of. Principal: Calle 19 No. 6-66 Tel: 431 9000 Cel: 300 801 5204 * 320 548 9678 * Santa Marta D.T.C.H. e-mail: viajeros_301@hotmail.com</small></p>	<p>Cartagena, 22 de junio de 2012</p> <p>Señores: ALCALDIA MAYOR DE CARTAGENA DE INDIAS D.T. y C. Ciudad,</p> <p>Ref.: SELECCIÓN ABREVIADA POR SUBASTA INVERSA No. SA-UAC-SI-02-2012</p> <p>El suscrito YOHAN PINEDO PANETA identificado con cedula de ciudadanía N°35.470.171 expedida 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 3075 de 1997), los cuales estarán a disposición de la FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO SOCIAL FUNDESOL, NIT. 806.006.013-7 en caso de ser adjudicatario 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".</p> <p>Adjunto:</p> <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Tarjeta de propiedad de los vehículos</li> <li>2. SOAT de los vehículos</li> </ol> <p>Atentamente,</p> <p>YOHAN PINEDO PANETA C.C. No. 35.470.171 de Santa Marta Representante Legal Viajeros S.A.</p> <p><small>Of. Principal: Calle 19 No. 6-66 Tel: 431 9000 Cel: 300 801 5204 * 320 541 9678 * Santa Marta D.T.C.H. e-mail: viajeros_302@hotmail.com</small></p>
---	--

Así, una vez más, coinciden las certificaciones presentadas por los investigados en sus propuestas, no sólo por el proveedor que las expide sino también por ser de la misma fecha. Esta circunstancia resulta de mayor relevancia cuando se verifica, como se resaltó en la Resolución Sancionatoria, 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 FLOREZ MARTÍNEZ
	LUIS ENRIQUE DÍAZ

<sup>19</sup> 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 deciden unos recursos de reposición”*

	SHOPPIN NET S EN CO
	INVERSIONES CASTILLO PORRAS LTDA
	LA GRAN BODEGA NET LTDA

Además de lo anterior, llama la atención –como se indicó en la Resolución Sancionatoria– 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*”<sup>20</sup>. Circunstancia que fue confirmada por **YOHAN PINEDO PANETTA**, Representante Legal suplente de **VIAJEROS** para la época en que se había emitido esa certificación.

En el mismo sentido, se resaltó en la Resolución Sancionatoria que 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 Yohan?”*

*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”*<sup>21</sup>.

Así, se reitera 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 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, que contrario a lo afirmado por **FUNDESOL** no son simples conjeturas, acreditan que las propuestas fueron armadas conjuntamente y no de manera independiente como se espera en un escenario de competencia.

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

Además de todo lo ya expuesto, en la Resolución Sancionatoria se destacó que 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 inspección<sup>22</sup>. Frente a estos documentos hallados y de los que se dejó

<sup>20</sup> Folio 3874 del Cuaderno Público No. 20.

<sup>21</sup> Folio 3883 del Cuaderno Público No. 20 (minuto: 34:52).

<sup>22</sup> Folio 3605 del Cuaderno Público No. 19.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

evidencia en el acta de visita, se resaltó 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”*<sup>23</sup>, que evidenciaba la tenencia de la propuesta de un competidor en el computador de su “rival”.

Esta circunstancia constituye un fuerte indicio 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**. Además, debe recordarse que el autor del documento fue **JOSÉ OLIVO ORTEGA** quien siempre estuvo vinculado con **MULTIACTIVA** y no con **FUNDESOL**. En ese sentido, no hay duda de la confabulación con la que actuaron los investigados en el proceso de selección.

Además de las pruebas que evidencian, sin lugar a duda, la existencia de un comportamiento conjunto, cooperativo y mancomunado por parte de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** en el proceso de selección No. SA-UAC-SI-002-2012 de la **ALCALDÍA DE CARTAGENA**, en la Resolución Sancionatoria se probó también una estrecha relación entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** antes, durante y después del proceso de selección mencionado, que facilitó el probado acuerdo restrictivo.

En efecto, se encontró que: (i) **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** tuvieron sedes en las mismas direcciones en diferentes periodos; (ii) **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** compartieron personal; (iii) **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** tenían un origen geográfico común y sus “dueños” lazos de amistad y; (iv) las fundaciones investigadas tenían un objeto social parecido, hicieron modificaciones similares casi que simultáneamente y nombraron directivos con poco tiempo de diferencia.

Todas estas circunstancias de contexto fortalecen la deducción obvia que se hace de las pruebas antes reseñadas en lo atinente a la existencia de coordinación entre **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** en el proceso de selección objeto de investigación, en la medida en la que dos empresas con una relación cercana y duradera son altamente susceptibles a coordinar sus propuestas como efectivamente lo hicieron en el caso aquí analizado.

Sobre el particular se reitera que incluso una de las investigadas, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, tanto en su declaración rendida en el marco de la investigación como en su recurso de reposición, indicó que en efecto **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA** operaban de manera conjunta y coordinada.

Aquí también se destaca que **FUNDESOL** no refutó en su recurso de reposición las pruebas expuestas en la Resolución Sancionatoria, sino que se limitó a hacer afirmaciones generales sin sustento sobre la supuesta existencia de “conjeturas” con base en las cuales se adoptó la decisión. En ese sentido, y con base en todo lo anteriormente expuesto, se concluye que esta Superintendencia contó con pruebas suficientes para declarar la existencia de la conducta y la consecuente responsabilidad de los investigados.

#### **4.2. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la supuesta inexistencia de afectación y la consecuente insignificancia de la conducta**

A pesar de que en la Resolución Sancionatoria se explicó por qué el hecho de que los investigados no hubieran sido adjudicatarios no implicaba la inexistencia de afectación al régimen de libre competencia, **FUNDESOL** insistió en indicar en su recurso de reposición que no se había configurado infracción alguna en la medida en la que ni **FUNDESOL** ni **MULTIACTIVA** fueron adjudicatarias del contrato y, en todo caso, **FUNDESOL** ni siquiera llegó a la fase de la subasta, pues su propuesta fue rechazada.

Al respecto, se reitera que un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica –como el aquí probado– 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). Así, la conducta sigue siendo reprochable aun cuando los cartelistas no cumplen su cometido, en lo que concierne a la adjudicación del contrato.

<sup>23</sup> 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.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

En efecto, 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, solo 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 actúen conjuntamente, defraudando de esta manera no solo el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales, sino también los intereses de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado, con independencia de si logran o no su objetivo de adjudicación.

En ese sentido, como se indicó en la Resolución Sancionatoria, el comportamiento coordinado de los investigados implica necesariamente un beneficio al no estar sometidos a la incertidumbre propia de la competencia de los proponentes en un proceso de selección contractual. Sobre el particular afirmó **FUNDESOL** que la incertidumbre propia de la competencia a la que se refiere la Resolución Sancionatoria no se configuró en este caso concreto, pues por la estructura y el tipo de procedimiento contractual, dicha situación se ve expresada en el momento de la subasta, fase a la que no llegó la recurrente.

Al respecto se resalta que la incertidumbre propia de los procesos de selección se predica de la oferta económica, pero también de los demás elementos de la propuesta. Además, debe tenerse en cuenta que en el caso concreto, 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 habilitantes<sup>24</sup> y el segundo con la propuesta inicial de precio de conformidad con el Anexo 5 del mencionado pliego. En ese sentido, es claro que desde esta etapa existían factores que debían ser secretos para que se cumplieran las finalidades y principios que rigen este tipo de procesos, por lo que sí existió un beneficio por parte de las empresas colusoras y más importante aún, una afectación al proceso de selección.

En relación con este punto, afirmó la recurrente que resulta extravagante que la Superintendencia de Industria y Comercio sostenga que existió afectación del 100% del mercado cuando, según Acta de Audiencia Pública de subasta inversa presencial, la propuesta de **FUNDESOL** fue rechazada. Frente a este argumento se insiste en que el mismo desconocimiento de los principios que rigen los procesos de selección contractual vician en general y en su totalidad la dinámica competitiva de dichos trámites, en ese sentido, al ser el proceso de selección el mercado relevante afectado, es claro que cualquier conducta como la aquí probada afecta el 100% del proceso y con ello, del mercado.

Téngase en cuenta que el hecho de que se rechace una de las ofertas de las presentadas por los colusores puede incluso ser parte de la estrategia anticompetitiva, pues, como en este caso, los propios pliegos indicaban que en caso de presentarse dos (2) propuestas y resultar adjudicataria solo una (1) de las dos, se adjudicaría directamente y sin necesidad de pasar a la segunda fase del proceso la oferta habilitada. En ese sentido, que la oferta de **FUNDESOL** hubiera sido rechazada no disminuye ni minimiza la gravedad de la conducta.

Por todo lo expuesto es claro que los argumentos del investigado carecen de fundamento.

#### **4.3. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la caducidad de la conducta**

Afirmó **FUNDESOL** que se habría configurado el fenómeno de la caducidad de la facultad sancionatoria de esta Superintendencia, pues la fecha límite para la presentación de ofertas del proceso de selección objeto de investigación se fijó el 25 de junio de 2012, por lo que la caducidad

<sup>24</sup> 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 deciden unos recursos de reposición”*

se habría configurado, en el peor de los escenarios, el 26 de junio de 2017. En ese sentido, dado que la Resolución Sancionatoria se notificó el 19 de julio de 2017, dicho trámite se habría dado con posterioridad a la fecha máxima antes de que se diera la caducidad.

Al respecto se aclara que, como se establece literalmente en el artículo 27 de la Ley 1340 de 2009:

*“Artículo 27. Caducidad de la facultad sancionatoria. La facultad que tiene la autoridad de protección de la competencia para imponer una sanción por la violación del régimen de protección de la competencia **caducará transcurridos cinco (5) años de haberse ejecutado la conducta violatoria o del último hecho constitutivo de la misma en los casos de conductas de tracto sucesivo, sin que el acto administrativo sancionatorio haya sido notificado**” (Destacado fuera del texto original).*

Así, dado que –tal y como lo ha reconocido reiteradamente la jurisprudencia<sup>25</sup>– las conductas de colusión son por naturaleza de tracto sucesivo, al constituir una *“pluralidad de acciones u omisiones, una unidad de intención y la identidad de los elementos que configura la conducta descrita en la ley como sancionable”*<sup>26</sup>, la caducidad debe comenzarse a contar a partir del último acto constitutivo de la conducta que, para el caso concreto es la adjudicación del contrato que se realizó en **25 de julio de 2012**.

En ese sentido, carece de todo fundamento el argumento del investigado, pues no podría contarse la caducidad de la conducta desde la presentación de las ofertas cuando, con posterioridad a este hecho, se siguieron ejecutando actos del acuerdo restrictivos que cesaron únicamente con la adjudicación del proceso a un agente no investigado.

#### **4.4. Análisis del Despacho frente a los argumentos relacionados con la tasación de la multa**

Afirmó FUNDESOL que si bien la conducta endilgada no ocurrió, en caso de *“haberse concretado, la dosificación de la sanción contraviene el ordenamiento jurídico”* pues resulta desproporcionada. Al respecto, indicó el recurrente que esta Superintendencia no tuvo en cuenta que la conducta no tuvo afectación alguna y que no existió ningún beneficio por parte de los supuestos cartelistas.

En ese sentido, indicó que deben aplicarse los pronunciamientos precedentes de esta Superintendencia, en casos en los que ha disminuido o exonerado de multa a investigados por no encontrarse afectación en el mercado, entre los que se encuentra la Resolución No. 47769 de 2016.

De otro lado, afirmó que no se encuentra justificado que el monto calculable en la sanción deba ser tasado con el patrimonio y los ingresos reportados por FUNDESOL para 2015, pues la presentación de las propuestas y la consecuente participación de la sancionada se dio en 2012.

Sobre estos argumentos se destaca, en primer lugar, que como ya se explicó suficientemente en esta decisión y en la Resolución Sancionatoria, contrario a lo afirmado por el recurrente, la conducta sí afectó el mercado y sí existió un beneficio para los agentes investigados en el marco del proceso de selección.

Además de las explicaciones otorgadas, no puede perderse de vista que, como se expuso ampliamente en la Resolución Sancionatoria, el objeto del proceso de selección que aquí fue afectado estaba relacionado con la alimentación de población vulnerable (adultos mayores) de Cartagena, que por supuesto hace más gravosa la conducta y la infracción de los principios de selección objetiva e igualdad. En ese sentido, carece de todo fundamento el alegato del recurrente al considerar que no existió afectación alguna.

Por lo expuesto no es procedente disminuir la sanción ni menos exonerar a los investigados. Sobre el particular se destaca que, en todo caso, el precedente que invoca el recurrente, esto es la Resolución No. 47769 de 2016, corresponde a una investigación adelantada por la Delegatura Para la Protección de Datos Personales cuya naturaleza, finalidades, trámite y criterios de graduación difieren notablemente de los correspondientes al presente caso.

<sup>25</sup> Tribunal Administrativo de Cundinamarca. Sección Primera. Subsección A. Sentencia del 9 de julio de 2015. CP. Felipe Alirio Solarte Maya. Expediente 2013-02040-00.

<sup>26</sup> Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 2 de julio de 1999, C.P. Daniel Manrique Guzmán en: Consejo de Estado. Sección Cuarta. Sentencia de 4 de septiembre de 2008. C.P. Héctor J. Romero Díaz. Expediente: 15106.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

Finalmente, en relación con el argumento de **FUNDESOL** según el cual el Despacho debió utilizar únicamente el patrimonio y los ingresos del periodo investigado se aclara que el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, establece expresamente el patrimonio como uno de los criterios de graduación de la multa, pero no señala a qué periodo específico debe aplicarse. Por lo anterior, esta Superintendencia considera que tomar por regla general como punto de referencia, el patrimonio del año más reciente sobre el que tenga información, es el que resulta más adecuado con la realidad económica y patrimonial del investigado, pues así como resulta inadecuado utilizar los resultados económicos de una empresa de varios años atrás, también lo es usar como criterio de dosificación los estados financieros proyectados o el patrimonio esperado por la compañía en el futuro, pues en ambos escenarios se trataría de un ejercicio que no se correspondería con la realidad económica más cercana con la que cuenta la autoridad.

Por todo lo expuesto es claro que los argumentos de **FUNDESOL** sobre el particular carecen de fundamento.

#### **4.5. Análisis del Despacho frente a los argumentos particulares presentados por JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**

##### **4.5.1. En relación con la presunta nulidad por indebida notificación de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos**

Afirmó la investigada **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** que solo hasta 2017 se le notificó formalmente la apertura de investigación y que hoy en día no conoce las piezas procesales que obran el proceso 12-191859-289 ni tampoco el proceso de selección No. SA-UAC-SI-02-2012, por el cual fue investigada.

Al respecto se advierte que la investigada acudió al proceso a rendir declaración, recibió la citación de la audiencia prevista en el artículo 52 de la Ley 1340 de 2009, presentó observaciones al Informe Motivado y sólo hasta la presentación del recurso contra la Resolución Sancionatoria formuló una nulidad por la supuesta indebida notificación de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos.

En ese sentido y de acuerdo con lo establecido en los artículos 207, 208 y 284 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo que contempla que:

**Artículo 284. Nulidades.** *Las nulidades de carácter procesal se regirán por lo dispuesto en el artículo 207 de este Código. La formulación extemporánea de nulidades se rechazará de plano y se tendrá como conducta dilatoria del proceso. Contra el auto que rechaza de plano una nulidad procesal no habrá recursos.*

Así como lo previsto en el artículo 135 del Código General del Proceso que prevé que:

**“Artículo 135. Requisitos para alegar la nulidad.** *La parte que alegue una nulidad deberá tener legitimación para proponerla, expresar la causal invocada y los hechos en que se fundamenta, y aportar o solicitar las pruebas que pretenda hacer valer.*

*No podrá alegar la nulidad quien haya dado lugar al hecho que la origina, ni quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, **ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla.***

(...)” (Negritas y subrayado fuera del texto)

La nulidad debe ser rechazada de plano. Sin perjuicio de lo anterior, y en gracia de discusión, se aclara que esta Superintendencia notificó en debida forma la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos. En efecto, tal y como consta en el expediente<sup>27</sup>, después de hacer diversos intentos de notificación a las direcciones que se encontraban en el expediente en relación con **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, y ante el desconocimiento de información de la investigada, se realizó la notificación por página web, tal y como lo prevé el artículo 23 de la Ley 1340 de 2009 que establece que:

<sup>27</sup> Folios 3962 a 4016 del Cuaderno Público No. 20.



*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

**“Artículo 23. Notificaciones y comunicaciones.** Las resoluciones de apertura de investigación, la que pone fin a la actuación y la que decide los recursos de la vía gubernativa, deberán notificarse personalmente.

*Si no pudiere hacerse la notificación personal al cabo de los cinco (5) días del envío de la citación, esta se hará por medio de aviso que se remitirá a la dirección, al número de fax o al correo electrónico que figuren en el expediente o puedan obtenerse del registro mercantil, acompañado de copia íntegra del acto administrativo. El aviso deberá indicar la fecha y la del acto que se notifica, la autoridad que lo expidió, los recursos que legalmente proceden, las autoridades ante quienes deben interponerse, los plazos respectivos y la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso en el lugar de destino.*

**Cuando se desconozca la información sobre el destinatario, el aviso, con copia íntegra del acto administrativo, se publicará en la página electrónica y en todo caso en un lugar de acceso al público de la Superintendencia de Industria y Comercio por el término de cinco (5) días, con la advertencia de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al retiro del aviso.**

*En el expediente se dejará constancia de la remisión o publicación del aviso y de la fecha en que por este medio quedará surtida la notificación personal.*

*Los demás actos administrativos que se expidan en desarrollo de los procedimientos previstos en el régimen de protección de la competencia, se comunicarán a la dirección que para estos propósitos suministre el investigado o apoderado y, en ausencia de ella, a la dirección física o de correo electrónico que aparezca en el registro mercantil del investigado.*

*Las notificaciones electrónicas estarán sujetas a las disposiciones del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.”*

En este caso, el aviso de notificación se publicó en la página Web de la Superintendencia de Industria y Comercio y en las instalaciones de las oficinas de atención al público de esta Entidad, el 25 de febrero de 2016, con lo que quedó surtida la notificación el 3 de marzo de 2016<sup>28</sup>.

Debe tenerse en cuenta, además, que la propia **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** indicó en su declaración de parte rendida ante esta Superintendencia<sup>29</sup>, entre los minutos 1:00:01 y 1:02:39, que conoció de la Resolución de Apertura de Investigación con Pliego de Cargos desde 2016 pero que por ocupaciones (minuto 1:04:00) se había desentendido del proceso y sólo hasta 2017 había decidido comunicarse con la Superintendencia de Industria y Comercio porque “no podía dormirse con el caso”.

Adicionalmente en diversos momentos de su declaración indicó expresamente que había leído el acto administrativo de apertura e incluso había conocido otras declaraciones rendidas en el marco de la investigación, por lo que es claro que la investigada fue notificada de manera debida, la notificación surtió su fin pues en efecto la investigada conoció de la decisión de esta Superintendencia y siempre ha estado a disposición de la recurrente el acceso expediente completo.

Sobre el particular se destaca que si **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** no conoce piezas del expediente este hecho es atribuible únicamente a su responsabilidad, pues nunca se ha negado el acceso a las pruebas que hacen parte de este proceso y, por el contrario, esta Entidad ha estado presta a suministrar cualquier información requerida por los investigados, información que –dicho sea de paso– nunca ha sido solicitada por la investigada.

Por todo lo expuesto, es claro que los argumentos de la recurrente carecen de todo fundamento y que, en consecuencia, su solicitud de nulidad debe ser rechazada.

<sup>28</sup> Folio 4016 del Cuaderno Público No. 20.

<sup>29</sup> Folio 4332 del Cuaderno Público No. 22.

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

#### **4.5.2. En relación con la responsabilidad de JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**

Argumentó la investigada que no tenía responsabilidad alguna en la conducta sancionada pues ninguna de las pruebas recaudadas por la Entidad dan cuenta de que la investigada tuviera algún poder de decisión sobre **FUNDESOL** o **MULTIACTIVA** o que ejerciera como administradora, directora o representante de esas empresas.

Agregó que respecto de la vinculación de **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** a **FUNDESOL** debe destacarse que la investigada entre 2011 y 2012 prestó sus servicios como secretaria, con una asignación básica de novecientos mil pesos cte. (\$900.000), a **EUGENIO ENRIQUE CUELLO GONZÁLEZ**, socio de **FUNDESOL** y **MULTIACTIVA**, *“y este señor aprovechándose de esta situación la colocó como representante legal de la empresa FUNDESOL”*. En ese sentido, alegó que no presentó ninguna propuesta como representante legal de ninguna Empresa y que no existe certeza de que la firma o firmas que aparecen en los documentos presentados correspondan a la investigada pues su jefe **EUGENIO ENRIQUE CUELLO GONZÁLEZ** escaneaba su firma sin su consentimiento cuando la necesitaba.

Al respecto se resalta que, tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria, 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, circunstancia que la propia investigada confirmó. Además, **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** se abstuvo de adoptar medida alguna encaminada a terminar la participación de **FUNDESOL** en ese comportamiento restrictivo.

El Despacho reitera que las actuaciones en el marco del proceso licitatorio aparecen firmadas por la investigada y no existen pruebas en el expediente de que su actuación no fue libre y voluntaria. Por el contrario, la investigada nunca tachó de falsos los documentos que aparecen firmados por ella y que fueron esenciales para la configuración de la conducta restrictiva. Además, aun hoy no ha allegado a este expediente prueba alguna, siquiera sumaria, de que sus firmas fueron falsificadas.

Ahora bien, respecto de la existencia de las supuestas firmas escaneadas con las que posiblemente habrían suscrito los documentos objeto de análisis, debe tenerse en cuenta que la investigada indicó en los minutos 32:50 y 36:08 de su declaración rendida ante esta Entidad, que conocía de tales firmas escaneadas y del uso que se le daba en las propuestas, pero que ella nunca se opuso a su utilización. Es decir que las firmas eran autorizadas.

Además, indicó en la misma declaración que probablemente las firmas de los documentos sí eran de ella e incluso aseguró, en el minuto 40:00 de su declaración, que el propio **EUGENIO ENRIQUE CUELLO GONZÁLEZ** le entregaba los documentos o le eran remitidos a través de correo electrónico, ella los imprimía y los firmaba.

En la misma línea, entre los minutos 31:00 y 38:00 de su declaración **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ** afirmó que ella aceptó libremente ser representante legal y actuar formalmente como tal. Así mismo, reconoció en el minuto 39:00 que conocía, porque le era informado, de la presentación de la fundación en procesos de selección para prestar el servicio de suministro de alimentos para adultos mayores.

Por todo lo expuesto es claro que la investigada aceptó libremente actuar como representante legal, firmó voluntariamente los documentos que le remitían, conocía de las participaciones de **FUNDESOL** en procesos de selección y autorizaba que usaran su firma escaneada. En ese sentido, no puede pretender eximir su responsabilidad indicando únicamente que “probablemente” no todas son sus firmas o que alguien más tomaba las decisiones, pues aún de ser cierto, su responsabilidad sigue incólume.

En este punto este Despacho considera relevante resaltar, nuevamente, 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

*“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”*

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 consecuencia, se rechazarán los argumentos de la investigada.

#### **4.5.3. En relación con la multa impuesta a JENNIFER ÁVILA RODRÍGUEZ**

Tal y como se indicó en la Resolución Sancionatoria 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 contaba 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.

No obstante lo anterior, dado que la investigada argumentó que no estaba en capacidad de pagar la multa impuesta, esta Superintendencia –bajo razones en extremo garantistas– suplió la negligencia de la investigada que nunca aportó pruebas que acreditaran su afirmación, decretando de oficio documentos que dieran cuenta de su situación financiera real.

Con base en dichas pruebas certificadas por contador público, esta Superintendencia disminuirá la multa impuesta mediante la Resolución No. 39758 de 2017 y, en su lugar se impondrá una multa de **TRES MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.906.210.00)** equivalentes a **CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (5 SMMLV)**.

Esta sanción equivale al 15% aprox. de su patrimonio líquido en 2015 y al 0,25% 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.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

### **RESUELVE**

**ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL 4.1. DEL ARTÍCULO CUARTO** de la parte resolutive de la Resolución No. 39758 de 6 de julio de 2017, por las razones expuestas en la parte considerativa del presente acto administrativo, el cual quedará así:

*“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 TRES MILLONES NOVECIENTOS SEIS MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS MONEDA CORRIENTE (\$3.906.210.00) equivalentes a CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (5 SMMLV).**

*(...)”*

**ARTÍCULO SEGUNDO: CONFIRMAR** en sus partes restantes la Resolución No. 39758 de 6 de julio de 2017.

**ARTÍCULO TERCERO: RECHAZAR** las nulidades presentadas por los investigados por las razones expuestas en la parte considerativa de esta Resolución.

**ARTÍCULO CUARTO: NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a la **FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL** y **JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**, entregándoles una copia e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

*"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"*

**ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR** el contenido de la presente resolución a las demás personas naturales y jurídicas vinculadas a esta actuación.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE.**

Dada en Pereira, a los

**19 JUN 2018**

El Superintendente de Industria y Comercio,



**PABLO FELIPE ROBLEDO DEL CASTILLO**

**NOTIFICAR**

**FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO Y LA SOLIDARIDAD – FUNDESOL**

NIT 806.006.013-7

Apoderado

**FRANCISCO JAVIER FAJARDO ANGARITA**

C.C. 12.752.809

T.P. 141977 del C.S. de la J.

fajardoabogadonotificaciones@gmail.com

Calle 20 No. 24-37, ed. Toro Villota, oficina 203

Pasto

**JENIFFER ÁVILA RODRÍGUEZ**

C.C. 57.297.688

Apoderada

**ARACELIS CAMACHO BUSTAMANTE**

C.C. 32.671.528

T.P. 151698 del C.S. de la J.

araceliscamacho63@gmail.com

arj500@hotmail.com

Carrera 19 No. 24-37

Cartagena

**COMUNICAR**

**DARLY JOHANA ASIS PADILLA**

C.C. 1.094.246.204

Carrera 20 No. 13 – 31 Barrio Ford

Sincelejo - Sucre

dasis19@hotmail.com

**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