



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

RESOLUCIÓN **73079** DE 2019

( **12 DIC 2019** )

Radicado No. 16-445553

**VERSIÓN PÚBLICA**

*“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”*

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, y en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992, y,

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 70190 del 20 de septiembre de 2018<sup>1</sup> (en adelante “Resolución No. 70190 de 2018” o “Resolución de Apertura de Investigación”), la Delegatura para la Protección de la Competencia (en adelante la “Delegatura”) ordenó abrir investigación y formuló pliego de cargos contra **SM EDUCACIÓN S.A.**<sup>2</sup> (en adelante “**SM**”) para determinar si incurrió en la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), en el proceso de contratación pública adelantado por **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** (en adelante “**CCE**”) a través del Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico<sup>3</sup> **LP-105-AG-2016**, en el marco del Convenio Interadministrativo No. 1207 de 2016 celebrado con el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** (en adelante “**MEN**”).

Así mismo, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**<sup>4</sup> (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos<sup>5</sup>) y **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) para determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la conducta imputada a **SM**.

**SEGUNDO:** Que la presente actuación administrativa se inició como consecuencia de una queja inicial<sup>6</sup> presentada ante esta Entidad con radicado No. 16-445553-0 del 6 de diciembre de 2016, en la que **VÍCTOR SAAVEDRA MERCADO**, quien en ese momento era Viceministro de Educación Preescolar, Básica y Media del **MEN**, puso en conocimiento posibles prácticas contrarias al régimen de libre competencia que aparentemente ocurrieron en el proceso de contratación que se encontraban preparando y estructurando para esa época.

<sup>1</sup> Folio 3539 del cuaderno público No. 19 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 16-445553.

<sup>2</sup> De conformidad con la Escritura Pública No. 0853 del 30 de julio de 2018 elevada ante la Notaría 15 del Círculo de Bogotá D.C., inscrita bajo el No. 02363862 del 6 de agosto de 2018 en el Libro IX en la Cámara de Comercio de Bogotá D.C., al momento de ocurrencia de los hechos se denominaba **EDICIONES SM S.A.**

<sup>3</sup> Con respecto al término “*Materiales Pedagógicos*”, a lo largo de esta Resolución se entenderán como los textos escolares de lenguaje y matemáticas de 1° a 11°. A su vez, entre 1° y 5° estos Materiales Pedagógicos estaban compuestos por el cuaderno del estudiante, el libro del estudiante y la guía del docente, mientras que de 6° a 11° comprendían únicamente el libro del estudiante y la guía del docente.

<sup>4</sup> Folio 1586 del cuaderno público No. 9 del Expediente. **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** también fungió como la coordinadora del “*Comité de Educación*” de la **Cámara Colombiana del Libro - CCL**.

<sup>5</sup> Mediante Acta No. 35 de la Junta Directiva de **EDICIONES SM S.A.** del 3 de julio de 2018, **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** fue removida del cargo de Representante Legal y Gerente General de la compañía.

<sup>6</sup> Folios 1 a 6 del cuaderno público No. 1 del Expediente.



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

La queja se fundamentó particularmente en que el 25 de noviembre de 2016, el **MEN** recibió una carta por parte de **EDITORIAL NORMA** –hoy **CARVAJAL EDUCACIÓN S.A.S.** – (en adelante “**NORMA**”), **EDITORIAL LIBROS Y LIBROS S.A.** (en adelante “**L&L**”) y **EDITORIAL SANTILLANA S.A.S.** (en adelante “**SANTILLANA**”) en la que manifestaron inconformidades relacionadas con el proceso contractual<sup>7</sup> en que estaban participando por una posible falta al principio de transparencia en razón a que presuntamente existió (i) utilización de criterios subjetivos al momento de la evaluación técnica de los Materiales Pedagógicos que debían presentar los proponentes; (ii) colusión en la presentación de las ofertas por parte de **SM** y **DIFUSORA LAROUSSE DE COLOMBIA LIMITADA** (en adelante “**LAROUSSE**”) y (iii) vulneración al principio de planeación por parte del **MEN**.

Adicionalmente, se presentó una segunda queja<sup>8</sup> ante esta Entidad con radicado No. 17-012122 del 17 de enero de 2017, en la que **SANTILLANA** puso en conocimiento unos hechos ocurridos dentro del mismo proceso de selección contractual que, a su juicio, podrían ser considerados como una práctica restrictiva de la competencia en la que habrían incurrido **SM** y **LAROUSSE**. Al respecto, se indicó que<sup>9</sup>: (i) entre **SM** y **LAROUSSE** podía existir un posible acuerdo para no solicitar la ampliación del plazo para la presentación de ofertas; (ii) la capacidad organizacional (i.e. investigación de mercado y desarrollo de los Materiales Pedagógicos) no permitía que una sola persona se presentara a todos los segmentos, pero aun así **SM** consiguió postularse directamente a cinco de los seis segmentos y ceder los derechos a **LAROUSSE** para el segmento al que no se presentó; (iii) las propuestas de **SM** y **LAROUSSE** tenían la misma conceptualización pedagógica, formatos, redacción y tipografía; (iv) **SM** y **LAROUSSE** se podrían haber repartido los segmentos del proceso de selección contractual; y (v) contrario a lo explicado por **SM** sobre su experiencia, esa empresa sí contaba con los requisitos de capacidad jurídica, financiera, organizacional, técnica y de experiencia requeridos para presentarse al segmento al que no se presentó y en que participó **LAROUSSE**.

A partir de las quejas citadas, y después de recaudar material probatorio en la etapa de averiguación preliminar, la Delegatura profirió la Resolución No. 70190 de 2018, por medio de la cual ordenó la apertura de la investigación y formuló pliego de cargos a los investigados.

En sustento de la imputación se presentaron una serie de pruebas, por ejemplo, inspecciones hechas a la página del Sistema Electrónico de Contratación Pública (en adelante “**SECOP II**”), declaraciones tomadas en visitas administrativas de inspección, correos electrónicos, documentos encontrados en equipos de cómputo y teléfonos celulares recaudados en las mencionadas visitas, entre otras, que daban cuenta de la posible comisión de la conducta contemplada como prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1955.

En línea con lo anterior, la Delegatura determinó que los investigados habrían tenido acceso a información confidencial sobre la estructuración del proceso de selección contractual, antes de que este fuera publicado oficialmente el 28 de junio de 2016 en el **SECOP II**, pese a que dicha información no fue publicada en ningún canal oficial de **CCE** o del **MEN**, así como tampoco socializada en ningún espacio de la **CÁMARA COLOMBIANA DEL LIBRO** (en adelante “**CCL**”) antes de su publicación oficial. Con el acceso a dicha información confidencial los investigados habrían logrado organizar y preparar su oferta con más tiempo que los demás competidores, lo que le representó a **SM** una ventaja ilegítima que se materializó en la efectiva adjudicación del proceso contractual.

**TERCERO:** Que una vez notificada la Resolución de Apertura de Investigación y dentro del término previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, los investigados presentaron sus descargos frente a los cargos imputados y, al mismo tiempo, aportaron y solicitaron la práctica de pruebas que pretendían hacer valer dentro del procedimiento administrativo.

**CUARTO:** Que mediante escritos con radicados No. 16-445553-12 del 7 de septiembre de 2017 y 16-445553-55 del 23 de octubre de 2018, **SANTILLANA** solicitó el decreto de medidas cautelares

<sup>7</sup> Folio 2 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

<sup>8</sup> Folios 20 a 538 de los cuadernos públicos No. 1 a 3 del Expediente.

<sup>9</sup> Folios 38 a 47 del cuaderno público No. 1 del Expediente.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

con el objeto que se ordenara a **CCE** suspender la ejecución del "*Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico*".

**QUINTO:** Que dentro del término previsto en el artículo 19 de la Ley 1340 de 2009, a través de escrito con radicado No. 16-445553-00061-0001 del 1 de noviembre de 2018<sup>10</sup>, **SANTILLANA** presentó solicitud de intervención como tercero interesado en la presente actuación administrativa. En consecuencia, mediante Resolución No. 83007 del 9 de noviembre de 2018<sup>11</sup> se dio traslado de la solicitud de reconocimiento como tercero interesado a los demás investigados.

**SEXTO:** Que mediante Resolución No. 1731 del 29 de enero de 2019<sup>12</sup> la Delegatura **(i)** reconoció a **SANTILLANA** como tercero interesado; **(ii)** negó unas solicitudes de nulidad presentadas en los descargos y **(iii)** decretó algunas pruebas solicitadas por los investigados y rechazó otras. Así mismo, decretó de oficio las pruebas que consideró conducentes, pertinentes y útiles para la investigación administrativa. Por último, mediante Resolución No. 4443 del 25 de febrero de 2019, se confirmaron las decisiones de rechazo de las solicitudes probatorias que fueron recurridas.

**SÉPTIMO:** Que mediante Resolución No. 6172 del 19 de marzo de 2019<sup>13</sup> se decidió rechazar la solicitud de medidas cautelares presentada por **SANTILLANA** en la actuación administrativa.

**OCTAVO:** Que el 31 de mayo de 2019, una vez culminada la etapa probatoria y agotados los trámites previstos en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia presentó ante el Superintendente de Industria y Comercio el Informe Motivado con los resultados de la etapa de instrucción (en adelante "Informe Motivado"), en el cual recomendó:

**(i)** Declarar responsable y sancionar a **SM** por incurrir en la conducta descrita como prohibición general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 en la etapa pre-contractual y hasta la presentación de propuestas del Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico **LP-105-AG-2016**.

**(ii)** Declarar responsable y sancionar a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) por incurrir en las conductas descritas en numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado el comportamiento descrito como prohibición general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

**(iii)** Declarar responsable y sancionar a **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) por incurrir en las conductas descritas en numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado el comportamiento descrito como prohibición general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

A continuación se resumen los principales aspectos del Informe Motivado que fundamentan la recomendación de declarar administrativamente responsables a las personas jurídicas y naturales mencionadas:

En primer lugar, la Delegatura, a partir de información publicada en el **SECOP II**, describió las condiciones y características principales del Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico **LP-105-AG-2016**. Seguidamente, realizó una aproximación a ciertas nociones preliminares y conceptos generales sobre los lineamientos orientadores del currículo y mallas de aprendizaje y la creación de fichas técnicas de evaluación en Colombia. Sobre el particular, aclaró que "*la información confidencial que habría servido de ventaja a **SM** para resultar adjudicatario del PROCESO no corresponde, como es apenas lógico, a los lineamientos curriculares publicados en 1998, a los Estándares Básicos de Competencias publicados en 2006 y ni a los **DBA** publicados en 2015 y 2017*".

<sup>10</sup> Folio 1677 a 1685 del cuaderno público No. 10 del Expediente.

<sup>11</sup> Folio 3539 del cuaderno público No. 19 del Expediente.

<sup>12</sup> Folio 3539 del cuaderno público No. 19 del Expediente.

<sup>13</sup> Folio 3763 del cuaderno público No. 23 del Expediente.



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

Igualmente, para la Delegatura la experiencia que pretendió acreditar **SM** en la actuación administrativa puede ser una muestra de su desempeño editorial en contrataciones públicas en Colombia y Ecuador. Sin embargo, no se asemeja con el proceso de selección contractual objeto de investigación en razón a que los objetos contractuales, términos y fines perseguidos eran diferentes debido a que los procesos de selección en que había participado **SM** no contemplaban la edición como actividad contractual, por lo que involucraba varios elementos a los que esa compañía no se había enfrentado en un contrato público. En tal medida, se concluyó que acreditar experiencia y éxito en procesos de contratación pública nada dice sobre la posibilidad que tiene un competidor en el mercado para acceder a información confidencial de manera indebida y a las ventajas que puede obtener y materializar con ese acceso.

Otro aspecto clarificado por la Delegatura en el Informe Motivado es que ni el acceso a la información sobre la necesidad de validadores de textos y la programación del taller del 9 de junio de 2016, ni la posición de **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) en la **CCL**, fueron los factores determinantes que dieron una ventaja anticompetitiva a **SM**.

De otra parte, la Delegatura presentó diversas pruebas como declaraciones, documentos y correos electrónicos que acreditan el acceso de **SM** a información confidencial y la ventaja ilegítima que le otorgó su conocimiento prematuro. Al respecto, destacó una cadena de correos electrónicos iniciada el 10 de junio y finalizada el 17 de junio de 2016, en la que participaron **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos), **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**), en esa conversación discutieron información confidencial relacionada con el proceso de selección contractual y tomaron decisiones para preparar la propuesta que después **SM** presentó haciendo uso de dicha información.

En virtud de lo expuesto, se concluyó que efectivamente la información a la que accedió **SM** tenía carácter confidencial. En efecto, aquella información estaba relacionada con las muestras que deberían entregarse al presentar la oferta, concretamente “*El material con el que van a evaluar (...) 2° y 5°: libro, cuaderno y guía (...) 6°, 9° y 11°: libro y guía*” y no había sido divulgada al público para el 17 de junio de 2016. A ello debe agregarse que tener acceso a esa información con la antelación con que **SM** la conoció significó para esa compañía una ventaja esencial en el marco de un proceso de selección en el que, como lo manifestaron expresamente los investigados, “*los tiempos son claves!*”.

En tal medida, la Delegatura estableció que la información confidencial en el presente caso correspondió a lo contenido en la cadena de correos electrónicos circulados del 10 al 17 de junio de 2016 entre los investigados, la cual era confidencial debido a que si bien debía darse a conocer al público, no había sido revelada en ese momento; era concreta; y representó un beneficio para quien la conoció. Así las cosas, se determinó que **SM** efectivamente utilizó la información confidencial al haber logrado editar y presentar la totalidad de Materiales Pedagógicos a todos los segmentos en que se dividió el proceso de selección contractual a pesar de todas las restricciones que existían para los demás proponentes e interesados, quienes al no haber accedido con antelación a esta información confidencial no tuvieron la misma oportunidad real de participar y, mucho menos, resultar adjudicatarios.

En razón a lo anterior, la Delegatura encontró que el comportamiento de los investigados efectivamente limitó la libre competencia económica en el proceso de selección contractual, en la medida en que los interesados y los proponentes no estuvieron en igualdad de oportunidades, precisamente por la posición privilegiada desde la que actuó **SM** y, en consecuencia, encontró configurada la prohibición del artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Igualmente, determinó que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO**, y en razón a los cargos que desempeñaban en **SM**, tuvieron acceso directo a información confidencial, relacionada con la estructuración del proceso de selección contractual objeto de investigación, con lo que lograron materializar decisiones que finalmente llevaron a que dicha compañía participara desde el comienzo en una posición privilegiada y resultara adjudicataria sin ninguna presión competitiva.

**NOVENO:** Que en cumplimiento del procedimiento previsto en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 19 de 2012, se dio traslado del Informe Motivado a



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

los investigados y al tercero interesado, quienes dentro del término establecido para tal fin manifestaron sus observaciones al mismo, cuyos argumentos se resumen a continuación:

### 9.1. Observaciones comunes presentadas por SM, ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA y JAIME MARCO FRONTELO

- Se realizó un análisis sesgado e incompleto. **SM** nunca afirmó que las licitaciones en que participó anteriormente en Colombia y Ecuador fueran idénticas al proceso de selección contractual objeto de investigación. El listado de licitaciones, con diferencias y similitudes, constituye participaciones exitosas para destacar que "*SM cuenta con el conocimiento, la información y la experiencia en el desarrollo de contratos con el Estado*".
- Para el caso de "*material pedagógico*" con miras a una licitación, debía entenderse la actividad de edición como trabajar en todos los elementos del libro, hasta que exista una coherencia entre lo requerido por la educación y los mismos pliegos de condiciones, pues deben adaptarse y complementarse con cada una de estas exigencias.
- El proceso **LP-MEN-19-2015** conocido como "*Singapur*", no fue una mera adaptación de cualquier tipo de metodología. Dicha licitación fue casi idéntica al proceso de selección contractual objeto de investigación e incluso es posible afirmar que fue más complejo y obligó a realizar un trabajo editorial más fuerte.
- **SM** en el proceso **LP-MEN-19-2015** estuvo obligada a realizar importantes trabajos de autoría, adaptación, traducción y edición. Por tanto, (i) es falso que no se contemplaba la edición como actividad contractual; (ii) afirmar que la adaptación del idioma o la moneda no implican trabajo editorial es un desconocimiento de la actividad editorial y (iii) **SM** realizó un trabajo editorial en que adquirió una experiencia invaluable para abordar futuras licitaciones.
- La interpretación del Informe Motivado según la cual "*impresión y distribución son las únicas actividades que el MEN había contratado con anterioridad*" es completamente "*desacertada*". Las actividades de edición siempre han sido parte importante de las licitaciones de material pedagógico.
- La participación en licitaciones anteriores, tanto a nivel nacional como internacional (proceso **SA-MEN-53-2012** de Colombia y **LICBS-MINEDUC003-16** de Ecuador), dotan de una ventaja legítima y evidente a **SM** y sus directivos, quienes son las personas encargadas de materializar cada una de esas actividades.
- Las pruebas se analizaron de manera incompleta, pues para adquirir experiencia no solo se requiere la intervención en ambientes idénticos, por el contrario, participar a través de diferentes métodos y empleando diversos recursos es lo que verdaderamente dota de experiencia a determinada empresa en un sector.
- La experiencia no solo puede acreditarse en un determinado campo cuando las condiciones de modo, tiempo y lugar son exactas. **SM** es una empresa experimentada capaz de tomar decisiones acertadas y riesgosas dentro de su ámbito de experticia, como lo son la participación en licitaciones públicas que involucren material educativo. Además, dentro de su actividad económica se encuentra como labor principal la edición de libros (código CIU 5811), tal y como consta en su Certificado de Existencia y Representación Legal.
- **SM** hace parte de un grupo empresarial con inicios en 1938, y que ha venido desarrollando su labor en distintos países como México, Puerto Rico, Ecuador, Brasil, República Dominicana, Argentina y Chile. En este último país, es la editorial líder de ventas al Estado, y en el resto de países tiene la mejor participación entre sus competidores.
- Existen múltiples factores que dotan de ventajas legítimas a **SM**, lo que sin duda la convierte en una compañía con altos estándares de calidad y competitividad. La ejecución de la licitación adjudicada ha transcurrido con total normalidad y "*se ha cumplido a cabalidad con el contrato producto de la adjudicación del PROCESO y no se han encontrado incumplimientos ni quejas al respecto*".
- La supuesta práctica anticompetitiva fue clara y evidentemente desvirtuada, pues la intención de los investigados no se centraba en ser adjudicatarios, sino que su visión y misión iba más allá, pues



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

el efectivo cumplimiento de las obligaciones contraídas eran y siguen siendo parte fundamental del mismo.

- No es cierto que teniendo en cuenta la experiencia de **SM** resulte extraño el presunto error cometido al leer los pliegos de condiciones. En efecto, sí existió un error en su lectura, pero simplemente consistió en que en un primer momento se concluyó que los salarios mínimos mensuales legales vigentes requeridos en cada segmento debían ser demostrados con contratos de la misma área (matemáticas o lenguaje) en la cual se pretendía participar.
- La aseveración en relación con que los investigados contaron los tiempos de manera “*extraña y deliberada*”, para hacerlos ver más cortos, es acusatoria, malintencionada, errónea y presume la mala fe. Además, es un análisis totalmente subjetivo considerar que los términos debieron haberse contado desde el aviso de publicación de los procesos y no desde el acto de apertura. Sin importar la fecha, las diferencias son las mismas y en el proceso contractual se otorgaron plazos más largos que en procesos anteriores en que fue adjudicataria **SM**.
- El hecho de haber usado la fecha de publicación de los pliegos de condiciones definitivos como referencia, no debe dar a entender que ésta era la única fecha relevante para el trabajo de una editorial dentro de una licitación. Tal conclusión demuestra una “*imputación malintencionada*” de cargos, “*conclusiones ilógicas*” y “*meras especulaciones*”.
- No hay prueba de que **SM** haya iniciado el desarrollo editorial con anticipación a la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Por el contrario, se encuentra probado que en la “*etapa previa*”, todas las empresas empiezan a gestionar internamente tareas y toma de decisiones relacionadas con las licitaciones, sin que implique una inversión en términos económicos.
- Es evidente que las editoriales inician ciertas labores antes de la publicación del proyecto de pliego de condiciones en preparación para una licitación. No obstante, al tomar estas decisiones a ciegas y sin información cierta y veraz, los trabajos previos suelen ser un riesgo, pues las condiciones del proceso pueden cambiar.
- Los investigados iniciaron trabajos previos a partir del 9 de junio de 2016, cuando los funcionarios del **MEN** informaron a las editoriales que iba a abrirse un proceso de licitación. Sin embargo, los trabajos realizados hasta el 28 de junio de 2016 consistían meramente en trabajos previos y administrativos al interior de **SM** para prepararse para la elaboración de la propuesta y los materiales pedagógicos una vez se publicara el proyecto de pliegos de condiciones, pues no contaban con información suficiente para poder adelantar otras labores.
- El 1 de julio de 2016 se realizó la primera contratación por parte de **SM**, días después de la publicación del pliego de condiciones. Lo anterior se encuentra probado mediante contratos que fueron aportados como prueba y que, pese a ello, se cuestionó la veracidad de sus fechas, aduciendo que los investigados no proporcionaron información veraz.
- El correo electrónico del 5 de julio de 2016 enviado por **JAIME MARCO FRONTELO** a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** se excluyó deliberadamente del análisis probatorio y demostraría que a esa fecha “*los Investigados no habían iniciado el desarrollo editorial y que apenas se encontraban en la etapa de análisis del proyecto de pliegos de condiciones y formación de los equipos*”.
- Una de las razones por las cuáles **SM** y sus empleados se opusieron a la ampliación del plazo para la entrega de ofertas es que si se toma en cuenta los tiempos de producción, impresión y distribución de material pedagógico, una extensión en el plazo para la entrega de las ofertas era inviable para el sector educativo. Lo anterior hubiera significado un retraso, por lo menos de un mes en la entrega del material, privando a los estudiantes de gozar de su derecho fundamental a la educación.
- Es una práctica normal e incluso competitiva que una empresa quiera aprovechar ventajas legítimas que surjan durante un proceso contractual. Si **SM** contaba con el material adelantado, un día antes de la entrega de las ofertas, es totalmente normal que quisiera hacer uso de esa ventaja, para generarse un beneficio en la licitación.



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

- Existen múltiples factores de los cuales provino la información que se presume como confidencial: (i) experiencia; (ii) rumores y (iii) información manifestada en el taller del 1 de junio de 2016, así como la manifestada en el taller del 9 de junio de 2016 -que no era confidencial- y que la Delegatura reconoce como entregada de manera informal por el **MEN**.
- **SM** contó con el mismo tiempo que las demás editoriales y su objeción a la ampliación del plazo sí se justificó en que las fechas previamente establecidas eran las necesarias para cumplir con el cronograma del sector educativo. La ventaja fue tener como base la serie *Applika* del sector privado para editar de manera eficiente y eficaz para cumplir con los términos del proceso de contratación.
- El proceso de selección contractual objeto de investigación no era el primero que requería de una etapa de edición ni que se realizaba por demanda agregada en Colombia. **SM** había adquirido experiencia al haber sido adjudicatario del proceso “*Singapur*” en 2015, más complejo en términos de tiempo y edición.
- En el correo del 5 de julio de 2016 **JAIME MARCO FRONTELO** advirtió a sus superiores “*estar haciendo encargos sin tener un presupuesto aprobado, pero la urgencia es tal que o encargo ya o no vamos a alcanzar más tarde*”. Esta frase, indicaría que el cronograma y las labores editoriales se iniciaron después de publicado el proyecto de pliego de condiciones y sin tener un presupuesto por efectos del tiempo con el que contaban y que la experiencia de los investigadores era suficiente para poder hacer los cálculos de tiempo y presupuesto necesarios para su participación.
- Cuando **SM** inició su desarrollo editorial y realizó inversiones económicas se había publicado el proyecto de pliego de condiciones, por lo cual contaba con suficiente información para poder adelantar cualquier tipo de trabajos y establecer un cronograma. Además, participó en procesos de contratación con condiciones similares e incluso fue adjudicatario de uno por agregación de demanda a nivel nacional (proceso **LP-MEN-19-2015**), lo cual le otorgó la experiencia suficiente para anticipar las condiciones del proceso de contratación.
- **SM** tenía experiencia en procesos de características similares, especialmente el proceso **LP-MEN-19-2015**, primer proceso por agregación de demanda en Colombia. Así, era lógico determinar los costos de producción de un libro y la demanda nacional de material pedagógico, máxime cuando ha sido contratista del Estado por más de 5 años y con facilidad puede estimar el promedio de libros que necesita el sector público a nivel nacional.
- Se tergiversó la declaración de **JUAN PABLO PÉREZ MOLINA**, representante legal de **SM**, quien no dijo que se necesitaba “*un presupuesto confirmado y establecido por la entidad contratante*”, sino “*un presupuesto de la empresa*”. Así, en ningún momento manifestó que se necesitaba tener “*un presupuesto cerrado sin posibilidades de tener márgenes de error*”. Al igual, los representantes legales de **EDUCAR** y **SANTILLANA** manifestaron que “*sus empresas toman decisiones y empiezan a desarrollar trabajos a partir de la publicación del proyecto de pliego de condiciones, es decir, antes de tener un presupuesto cerrado*”.
- Realizar un trabajo editorial desde cero probablemente no era una opción viable para ninguna de las editoriales. **SM** no realizó un desarrollo editorial de autoría en su totalidad, sino que adaptó la serie *Applika* del sector privado para el material pedagógico a entregar en el proceso de contratación.
- Se omitió deliberadamente tener en cuenta la similitud entre los materiales de la serie “*Applika*” y “*Vamos a Aprender*”. Es evidente que **SM** no creó un material nuevo desde cero, sino redujo el contenido de una serie creada en su inicio para el sector privado. Tal y como expuso **JAIME MARCO FRONTELO**, esto fue menos difícil porque era ir “*de lo mucho a lo menos*”, toda vez que el material para el sector privado es más complejo que el del sector público.
- Se acusó sin fundamento a **SM** y sus empleados de tergiversar las fechas de los trabajos para que “*cuadraran con los tiempos del proceso*”. Esto demuestra un ejercicio subjetivo y malintencionado para concluir que la defensa se inventó su propio cronograma de trabajo para que no resultara sospechoso. Las fechas en que **SM** inició su trabajo editorial coinciden con las fechas en que también lo hicieron las demás editoriales.
- El factor determinante no era el tiempo sino la calidad del material elaborado por las editoriales. Las muestras de las demás editoriales (**SANTILLANA** y **L&L**) fueron evaluadas, pero el factor



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

técnico determinó que sería **SM** la empresa adjudicataria. Se cometió un error al argumentar que el éxito de **SM** obedeció al tiempo que tuvo para preparar las muestras, sin enfocarse en que su material era superior al de las demás editoriales.

- Si los investigados hubieran tenido acceso a información confidencial y relevante probablemente hubieran ofrecido precios más altos y beneficiosos, toda vez que era grande la superioridad en el factor técnico. Está demostrado que no obtuvieron acceso a información cuyo contenido sí era verdaderamente confidencial, el factor económico. El carácter competitivo de los precios demuestra que **SM** en ningún momento dio por ganada la licitación y su propuesta iba encaminada a competir en todos los factores que otorgaban puntaje.
- Dentro del Informe Motivado no se incluyeron los testimonios de las editoriales que participaron en la licitación que demuestran la utilización de contenidos de series anteriores como una conducta reiterada y aceptada dentro del sector editorial, debido a los requerimientos académicos, que si bien es cierto cambian en metodología, los temas son poco cambiantes a lo largo de los años.
- No se tuvo en cuenta que la serie de **SM** para el mercado privado contaba con más información y contenido del requerido por el **MEN** y que, además, otros participantes tuvieron que desarrollar una mayor cantidad de contenido nuevo. El hecho de contar con material previo como base permitió que todas las editoriales pudieran elaborar las muestras a tiempo para la presentación de las ofertas, conducta que es sospechosa e inviable, únicamente en el caso de **SM**.
- La Delegatura determinó que **WILLIAM MEJÍA BOTERO** no era el "amigo" del **MEN** y no se preocupó por demostrar quién a su juicio lo era. Debe contarse con la certeza de quién era el presunto emisor de "información confidencial", sin lo cual "no existen elementos de juicio suficientes que soporten una eventual sanción, pues el origen del caso se queda sin sustento".
- Del testimonio de **WILLIAM MEJÍA BOTERO** se concluye que en el taller del 1 de junio de 2016 se proporcionó información que no fue catalogada como confidencial, debido a que era algo preliminar y en construcción y, posteriormente, se convertiría en puntos que podrían o no corresponder a las condiciones plasmadas dentro de la licitación.
- Los criterios de evaluación que fueron mencionados por funcionarias del **MEN** en sus testimonios, es lo único que se probó como confidencial y que solo fueron conocidos cuando **CCE** procedió con su publicación.
- Existe discrepancia en las manifestaciones de **WILLIAM MEJÍA BOTERO** y las funcionarias del **MEN** sobre la calidad de la información. El primero, manifestó que en la reunión del 1 de junio de 2016 los funcionarios del **MEN** no calificaron como confidencial o reservada la misma, mientras las funcionarias del **MEN** sí expresaron haber comunicado que era confidencial.
- El hecho de que **WILLIAM MEJÍA BOTERO** no recuerde haber manifestado a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** lo dicho en la reunión del 1 de junio de 2016 no significa que esto no haya sucedido, debido a que para la época del testimonio habían transcurrido casi tres (3) años desde que se dio la conversación.
- No existe una definición acertada de qué constituyó información confidencial y en qué momento se convirtió en pública. Las fichas fueron cambiantes y su construcción se realizó y socializó con diferentes entidades, por lo que no podrían ser catalogadas como información confidencial. Además, tampoco existen manifestaciones uniformes que logren concluir el supuesto acceso a información confidencial por parte de **SM** y sus directivos.
- La declaración de **JAIME MARCO FRONTELO** al señalar que no todos los rumores son tenidos en cuenta ni compartidos con sus superiores, sino únicamente los que parecen más plausibles, es consistente con lo denominado por la doctrina sobre "Rumorología" como "cascada de información". Los rumores que circulan en el medio editorial fueron sustentados por varios testimonios.
- El testimonio de **CARLOS ARTURO RIAÑO FORERO** fue utilizado de manera incompleta y conveniente para realizar sin sustentación una deducción caprichosa y errónea. Se tomó la fecha de la firma del contrato de licenciamiento entre **SM** y **LAROUSSE** como un indicio de mala fe o comportamiento desleal. Según las fechas relevantes al interior del proceso de contratación, la suscripción del contrato de licencia el 1 de agosto de 2016, o con posterioridad, es irrelevante.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

- Los únicos actos que deben ser valorados para establecer la presunta responsabilidad de los investigados, son aquellos realizados directamente por éstos. La supuesta falta de diligencia de **LAROUSSE** en la revisión técnica, detallada y precisa de los materiales pedagógicos licenciados, significa imputarle a **SM** y a sus funcionarios el actuar de un tercero como un acto propio de mala fe. La decisión de licenciar materiales a **LAROUSSE** no tuvo el objetivo de instrumentalizarla con el fin de ganar la licitación.
- Se debe analizar cuál es la debida diligencia que se debía reclamar o esperar de los investigados. **SM** realizó labores de debida diligencia sobre el material pedagógico que se encontraba licenciando a **LAROUSSE** debido a el correcto análisis y su coordinación con los parámetros y requerimientos emitidos por el **MEN** y la inexistencia de quejas respecto de los libros allegados por **LAROUSSE** para participar en la licitación, una vez adjudicado el contrato y en su ejecución.
- La información detallada en los correos del 10 al 17 de junio de 2016 no fue acertada con respecto a los requisitos de los pliegos de condiciones.
- No se probó que existiera información confidencial, debido a que no se demostró otros elementos necesarios para catalogar la información como: (i) que la supuesta persona que entregó la información a los investigados tuviera un deber de reserva, o que hubiera accedido a la misma de manera ilegítima y (ii) que se obtuviera algún beneficio de la supuesta información confidencial.
- La información fue catalogada como confidencial en algunos correos, no porque tuviera ese carácter, sino que a nivel interno de **SM** únicamente era accesible a altos directivos, sin que fuera confidencial de mercado.
- La información confidencial que el **MEN** buscaba proteger, evitar su divulgación y era esencial para la participación en el proceso de contratación, pertenece a los criterios de evaluación incluidos en los pliegos de condiciones: (i) factor económico; (ii) factor técnico y (iii) puntaje para estimular la industria nacional. **SM** ni sus empleados tenían conocimiento o información sobre dichos factores.
- Existe una obligación de diligencia y estudio para entender la dinámica y funcionamiento del sector que se investiga. Se incurrió en una equivocación en relación con los proveedores del Estado, puesto que (i) no está compuesto por los proponentes habituales, el estar habilitado no implica un interés en participar; (ii) se omitió deliberadamente a empresas como **SANTILLANA** y **L&L** y (iii) no se puede insinuar que la participación de 2016 fue baja, cuando existieron en promedio 4,5 proponentes por cada licitación.
- De manera caprichosa y forzada se trató de encuadrar tiempos y conductas, a pesar de la inexistencia de sustento sobre las mismas. Existieron cambios de posturas en el Informe Motivado que evidencian un afán sin sentido de encontrar supuestos argumentos en contra de los investigados.
- Los cargos formulados se vincularon de manera arbitraria y sin fundamento legal con la prohibición general de la Ley 155 de 1959. Las conductas desplegadas por los investigados no cumplen con ninguno de los elementos previstos en la norma y, por tanto, fueron tipificados de manera indebida.
- A pesar de que los investigados pusieron de presente un acuerdo anticompetitivo entre **EDUCAR**, **CARVAJAL** y **SANTILLANA**, el único pronunciamiento fue señalar la omisión de **SM** de no haberlo denunciado oportunamente, lo que evidencia parcialidad.
- Existió una afectación al derecho de defensa, imparcialidad y una "grosera afectación al debido proceso" debido a que la conducta de la "funcionaria Mariana Galindo" fue "parcializada", "adversa" y "ha intentado inculpar injustificadamente a los Investigados, evaluando parcialmente las pruebas, interpretando de manera subjetiva los argumentos expuestos por la defensa y acusando sin prueba alguna a los Investigados de conductas contrarias a la ética y la ley". Su liderazgo de facto denota un "comportamiento sesgado" con "peligrosas conjeturas", "datos imprecisos" y "conclusiones equivocadas".
- El único mercado que se vio afectado fue el proceso de selección contractual objeto de investigación, por lo cual se debe limitar la definición del mercado a éste. Para graduar la sanción se debe tener en cuenta como criterio el proceso de contratación y no el hecho de que **SM**



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

supuestamente sea uno de los principales proveedores de materiales pedagógicos del Estado ni otros contratos al respecto.

- Si bien las órdenes de compra ascienden a un valor de \$ 47.003.064.654.00. al momento de graduar la sanción se debe tener en cuenta que las utilidades generadas entre 2016 y 2019 ascienden a un valor de apenas \$1.742.264.390.00.
- **SM** sufrió grandes pérdidas entre 2017 y 2018, por lo cual una sanción graduada a partir de la información de 2017 resultaría desproporcionada para su actual patrimonio y sus ingresos operacionales. Se debe graduar la multa con los estados financieros pertenecientes a 2018 y tener en cuenta *“tanto el patrimonio como las utilidades del con contrato para así llegar a una sanción justa para la empresa”*. En caso de imponer sanciones a **SM**, se debe determinar acorde con el promedio (10% del patrimonio del infractor), o menor valor, que ha aplicado la Superintendencia de Industria y Comercio y no imponer una multa superior.
- Para atenuar la sanción se debe tener en cuenta que los investigados no habían sido sancionados por conductas contrarias a la libre competencia y **SM** bajo la dirección de las personas naturales investigadas ha cumplido cabalmente el contrato adjudicado sin queja del **MEN**.

## 9.2. Observaciones presentadas por SANTILLANA en calidad de tercero interesado

- **SANTILLANA** *“(…) apoya la recomendación de la Delegatura, mediante la cual se recomienda declarar responsable y sancionar (i) a SM por incurrir en la conducta enunciada en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, y (ii) a Isabel Cristina Arboleda Zapata y (iii) a Jaime Marco Frontelo, por incurrir en las conductas descritas en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, en la modalidad de responsabilidad de que trata el numeral 15 del artículo 4 del decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009”*.
- **SM** utilizó a **LAROUSSE** para evitar que se declarara desierto el segmento No. 3 del proceso de selección contractual objeto de investigación y poder obtener ganancias a costa del resto de competidores, quienes hubieran podido participar si se hubiera declarado desierto. Los hechos y pruebas recabadas en la investigación conducen indefectiblemente a la hipótesis de que se configuró un acuerdo colusorio entre **SM** y **LAROUSSE** para repartirse el mercado constituido por ese segmento.
- Se solicita que con fundamento en las facultades dispuestas en la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 4886 de 2011, se inicie la investigación administrativa en contra de **SM** y **LAROUSSE**, por la presunta infracción del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.
- Los criterios que deben ser tenidos en cuenta en el caso concreto para determinar el monto con el cual se sancionaría a **SM** no deben pasar por alto las siguientes situaciones:
  - (i) la licitación que fue manipulada tendría una duración de tres años, prorrogables por un año más. Esto significa que por medio de la adjudicación se repartió material pedagógico de **SM** a todos los niños colombianos por un periodo de tres años;
  - (ii) la dimensión del daño de una conducta anticompetitiva que permea y desnaturaliza este proceso contractual es inmensa, ya que hace que el Estado colombiano desperdicie dinero por no haber contratado al mejor oferente (en condiciones de competencia), sino que además, los perjuicios son aún mayores para los niños, quienes se ven obligados a recibir un material pedagógico que no es necesariamente el idóneo, por lo que el derecho a la educación, la prevalencia del interés general y de los derechos de los niños se ven afectados en su núcleo y;
  - (iii) las adjudicaciones de las contrataciones no fueron realizadas directamente a **SM**. Estas fueron asignadas a la Unión Temporal **SM IV** y a la Unión Temporal **SM V**, quienes a su vez están conformadas por **SM de Ediciones S.A de C.V** (México) y **SM. Inc** (Puerto Rico). Los estados financieros de estas sociedades también deben ser evaluados al momento de graduar la sanción, pues estas sociedades percibieron utilidades de la adjudicación y de las órdenes de compra, y condiciones como su experiencia fueron consideradas para adjudicar finalmente los contratos.
- Los verbos rectores que deben observarse para la determinación de la responsabilidad de **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** son únicamente aquellos que se refieren a *“ejecutar”* y



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

"facilitar" y para **JAIME MARCO FRONTELO** "facilitar", "autorizar" y "tolerar" la comisión de la conducta. Se debe tener en cuenta que trataron de resistir u obstruir la investigación, debido a que presentaron una serie de explicaciones falsas, con el fin de que no se lograra encontrar todas las condiciones verdaderas en las que se materializó la conducta anticompetitiva.

**DÉCIMO:** Que de conformidad con el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el 21 de septiembre de 2019 se escuchó al Consejo Asesor de Competencia<sup>14</sup>, el cual recomendó sancionar a **SM** por incurrir en la prohibición prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Así mismo, recomendó sancionar a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) y **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) por incurrir en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la conducta imputada a **SM**.

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

### **11.1. Competencia funcional de la Superintendencia de Industria y Comercio**

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 2011 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, 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 los numerales 8, 11, 12 y 19 del artículo 3 *ibídem*, y los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 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 adoptar medidas u órdenes a que haya lugar de acuerdo con la ley, entre otras.

<sup>14</sup> Acta No. 80 del 23 de septiembre de 2019 del Consejo Asesor del Superintendente de Industria y Comercio. En dicha sesión se declaró impedido **ÁLVARO MOTTA NAVAS**, miembro del Consejo Asesor. El referido impedimento fue aceptado unánimemente por los demás miembros.



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

## 11.2. Marco Normativo

Mediante la Resolución de Apertura de Investigación, la Delegatura abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **SM** para determinar si en el proceso de selección contractual adelantado por **CCE**, dentro del marco del Convenio Interadministrativo No. 1207 de 2016 celebrado con el **MEN**, incurrió en la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Así mismo, abrió investigación y formuló pliego de cargos contra **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) y **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) para determinar si incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber colaborado, facilitado, autorizado, ejecutado y/o tolerado la conducta imputada a **SM**.

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

**“Artículo 1. Quedan prohibidos los acuerdos o convenios que directa o indirectamente tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios nacionales o extranjeros, y en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y a mantener o determinar precios inequitativos”.** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Esta Superintendencia<sup>15</sup> y la propia Corte Constitucional<sup>16</sup> han identificado tres conductas o prohibiciones independientes que se encuentran descritas en el artículo 1° de la Ley 155 de 1959: **(i)** la prohibición de celebrar acuerdos o convenios que, directa o indirectamente, tengan por objeto limitar la producción, abastecimiento, distribución o consumo de materias primas, productos, mercancías o servicios, ya sean nacionales o extranjeros; **(ii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia y **(iii)** la prohibición de toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a mantener o determinar precios inequitativos.

Es relevante anotar que, tal como lo indicó la Corte Constitucional en la Sentencia C-032 de 2017, dicha prohibición debe “(...) ser leída, interpretada y aplicada, en relación con el subsistema normativo al que pertenece” constituido por el régimen general de la competencia y también, por las reglas que rigen la competencia en cada mercado específico, en este caso, por los principios de la contratación pública que gobiernan la competencia entre los participantes en los diferentes procesos contractuales (i.e. transparencia, publicidad, igualdad, selección objetiva, entre otros).

En tal medida, el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 ha sido interpretado por la Superintendencia de Industria y Comercio como una prohibición general en materia de prácticas restrictivas de la competencia, en el sentido que prohíbe cualquier práctica que conlleve a restringir o limitar la libre competencia en un mercado<sup>17</sup>. De esta manera, la referida prohibición no tiene un carácter residual, ni excluye las conductas del Decreto 2153 de 1992, sino por el contrario, las incorpora.

En este orden de ideas, la prohibición general del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 comprende tanto las conductas o prácticas establecidas en el Decreto 2153 de 1992 (que el Decreto asume como tendientes a limitar la libre competencia), como aquellas conductas que, no obstante no están descritas en el Decreto 2153 de 1992, tienden a limitar la libre competencia. Así, cuando se establece que una conducta tiende a limitar la libre competencia, por lo menos se estaría violando la prohibición general, lo que incluso no impide que la conducta también se encuadre dentro de los actos, abusos o acuerdos prohibidos por el Decreto 2153 de 1992.

Así las cosas, en los casos de conductas contrarias de la libre competencia económica en procesos de selección contractual, no solo existe la posibilidad de que se configure el acuerdo restrictivo de la competencia proscrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, sino que también es posible la adecuación normativa de conductas enmarcadas en la segunda caracterización de la

<sup>15</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Entre otras, Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>16</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>17</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 6839 de 2010 y 65477 de 2010.



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

prohibición general como son las “*prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*”.

### 11.3. De la conducta investigada

Teniendo en cuenta la competencia funcional de esta Superintendencia, así como las normas jurídicas descritas previamente, lo que debe determinarse en este caso es si los comportamientos desplegados por **SM** en la etapa pre-contractual y hasta la presentación de propuestas en el proceso de contratación pública adelantado a través del Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico **LP-105-AG-2016**, configuraron la conducta descrita como prohibición general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

De encontrar que **SM** incurrió en la conducta imputada, deberá establecerse si **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) y **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**), colaboraron, facilitaron, autorizaron, ejecutaron o toleraron, 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, la conducta prevista como prohibición general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

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

La *economía social de mercado* es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política de Colombia, en el cual la libre competencia económica y, por ende, la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos al mercado, constituye su columna vertebral. Según la Corte Constitucional<sup>18</sup>, la libertad de competencia acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

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

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

(...)” (Subraya y negrilla fuera de texto original).

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

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

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

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

<sup>18</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.



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

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

Se desprende de las normas constitucionales citadas que la libre competencia económica es un derecho colectivo, cuyo cumplimiento redundará en beneficio de todos, esto es, tanto de los consumidores en general como de los distintos jugadores del mercado, sean estos competidores o productores, que componen la economía nacional. En consecuencia, cuando un determinado agente del mercado infringe la libre competencia viola un derecho de todos, lo que incluye tanto a los ciudadanos como a las empresas que concurren o llegaren a concurrir a ese mercado, en cualquier eslabón de la cadena.

Al respecto, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la libre competencia económica, además de ser un derecho subjetivo individual, constituye un principio rector de la economía que involucra reglas de comportamiento para los agentes económicos. Sobre el particular, indicó lo siguiente:

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

*La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.”<sup>19</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para todos los ciudadanos y empresarios. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las naciones con mercados domésticos con importantes niveles de competencia, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en las que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia<sup>20</sup>.

De acuerdo con la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (en adelante “OCDE”):

*“Resulta claro que los sectores con mayor competencia experimentan crecimientos de la productividad, una tesis confirmada por numerosos estudios empíricos en diferentes sectores y empresas. Algunos estudios han intentado explicar las diferencias en el crecimiento de la productividad entre los diferentes sectores a la luz de la intensidad de la competencia a la que se enfrentan. Otros se han centrado en los efectos de intervenciones favorecedoras de la competencia concretas, en particular en las medidas de liberalización del comercio o la introducción de la competencia en sectores previamente regulados y monopolísticos (como el de la electricidad).*

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

<sup>20</sup> Consejo Privado de Competitividad: “Informe Nacional de Competitividad 2011-2012. Capítulo de Promoción y Protección de la Competencia”. Citando a Centre For Competition, Investment, and Economic Regulation, “Competition Policy and Economic Growth: Is There a Causal Factor? No. 4, 2008.



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

*Cabe decir que esta tesis no se cumple solamente en las economías «occidentales», sino que también se ha demostrado en estudios sobre las experiencias japonesas y surcoreanas, así como de ciertos países en vías de desarrollo.*

*Además, los efectos de una competencia más fuerte se hacen patentes más allá de donde se ha introducido efectivamente una mayor competencia. En concreto, una fuerte competencia aguas arriba en la cadena de producción puede entrañar una mejora «en cascada» de la productividad y el empleo aguas abajo en la misma cadena, y en la economía en general.*

*Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o **los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico.** Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios”<sup>21</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En efecto, la libre competencia económica es uno de los pilares del sistema de economía social de mercado reconocido en la Constitución Política de 1991, su columna vertebral, y constituye la herramienta más efectiva que tiene el Estado para que sus ciudadanos y empresarios reciban precios más bajos y bienes de mayor calidad, que sus industrias sean competitivas nacional e internacionalmente, que la competitividad de sus empresas no esté ligada a la protección del Estado sino a la eficiencia de cada agente dentro del mercado. La sana rivalidad o la sana y leal competencia entre empresas, deriva en beneficios para los consumidores, en el buen funcionamiento de los mercados y en la eficiencia económica.

En contraste, las conductas anticompetitivas deterioran el crecimiento productivo, al eliminar o disminuir la rivalidad o competencia empresarial. También afecta el poder adquisitivo de los consumidores finales, quienes deben pagar precios más altos por los productos y servicios que adquieren, bienes con menor calidad, con menor innovación, con menor funcionalidad, con menor servicio al cliente, etc.

Pero estos beneficios de la libre competencia económica se ven a menudo amenazados por lo que las legislaciones del mundo denominan prácticas restrictivas de la competencia, esto es, ciertas conductas empresariales que pretenden dejar de lado las bondades de la libre competencia económica, para apropiarse indebidamente de los beneficios de una economía social de mercado, convirtiéndola al servicio, ya no de todos sino de unos pocos. Estas conductas comprenden los acuerdos y actos anticompetitivos, abusos de posición de dominio en el mercado y, en general, toda clase de prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia. Las cuales perjudican a los consumidores a través del incremento en los precios y la restricción de la oferta haciendo los bienes y servicios completamente inaccesibles para algunos compradores y, además, lesiona a los competidores que esperan acudir en igualdad de condiciones a la conquista de determinado mercado de bienes y servicios.

Es así que en el ámbito de la contratación estatal la adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permite 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, igualdad de oportunidades y selección objetiva en los procesos contractuales sino también la libre competencia en el mercado. De esta manera, 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.

En consecuencia, comportamientos dirigidos a modificar artificialmente los resultados de una adjudicación defrauda el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales y, además,

<sup>21</sup> OCDE, “Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia”. Octubre de 2014, p. 2 y 3.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

los intereses legítimos de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esa conducta es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto, esta Superintendencia ha señalado que:

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

*Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado."*<sup>22</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Tal y como lo ha reiterado esta Superintendencia en otras oportunidades<sup>23</sup>, conductas contrarias a la libre competencia en la contratación estatal, pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: **(i)** limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia; **(ii)** el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos; **(iii)** se generan asimetrías de información entre los proponentes; **(iv)** pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad; **(v)** se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irreparable de eficiencia en el mercado debido al aumento indebido de las utilidades percibidas por algunos participantes.

Por lo anterior, las conductas anticompetitivas en procesos de contratación pública, no solo 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, sino además son censuradas a través de la segunda caracterización de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como son las "*prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia*".

No está de más recordar en este punto que cualquier forma que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación de la conducta prevista como delito en el artículo 410-A del Código Penal<sup>24</sup>.

Dadas las consideraciones anteriores, este Despacho pasará a analizar el caso concreto, con el fin de determinar si los investigados incurrieron en las conductas imputadas.

<sup>22</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

<sup>23</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

<sup>24</sup> "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. (...)".



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

### 11.5. Sobre la práctica tendiente a limitar la libre competencia en el caso concreto

Para la Superintendencia de Industria y Comercio está plenamente acreditado, de acuerdo con las pruebas obrantes en el Expediente, que **SM** tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso de selección contractual objeto de investigación, con la que logró materializar dicha ventaja en decisiones que le permitieron participar desde una posición privilegiada y resultar adjudicatario sin presión competitiva, conducta que se adecúa perfectamente a la descripción típica prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como una *práctica tendiente a limitar la libre competencia económica*.

Así mismo, se encuentra demostrado, de acuerdo con las pruebas obrantes en el Expediente, que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) y **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado la práctica tendiente a limitar la libre competencia.

Para dar cuenta de lo anterior, este Despacho, en primer lugar, hará algunas consideraciones previas sobre la definición del mercado afectado en el presente caso. Luego, se expondrán ciertas particularidades sobre la importancia y confidencialidad de la información en un proceso de selección contractual. Seguidamente, se hará mención a las pruebas que permiten determinar qué información y hasta qué momento era considerada como confidencial y, así mismo, la ventaja que le representó a **SM** acceder a ella antes de su publicación oficial en el proceso de contratación objeto de investigación. Finalmente, se presentarán las conclusiones respecto de la conducta anticompetitiva, de cara a los hechos demostrados en el marco de la presente actuación administrativa.

#### 11.5.1. Sobre la definición del mercado afectado

La Superintendencia de Industria y Comercio se ha pronunciado sobre la definición del mercado afectado en los casos de prácticas comerciales restrictivas ejecutadas en el marco de procesos de contratación pública. Al respecto, ha indicado que, en dichos casos, dado que la competencia se da únicamente entre los agentes de mercado que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, el mercado corresponde a cada proceso de contratación en el que se presentó la conducta restrictiva de la libre competencia económica.

En efecto, en la Resolución No. 40875 de 2013, se señaló lo siguiente:

*"Para este Despacho es claro que en un proceso de selección celebrado por una entidad del Estado, **la competencia no abarca la totalidad de las personas naturales o jurídicas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, sino que se limita a aquellas personas que estén en la capacidad de cumplir con el objeto, pero que adicionalmente hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección**"<sup>25</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Adicionalmente, en la Resolución No. 19890 de 2017, se indicó que:

*"(...) a diferencia de otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia, en los casos que involucran procesos de compras públicas **el mercado relevante es precisamente el proceso de contratación pública en sí mismo**, pues el mercado es el resultado de la interacción entre la demanda (constituida por la necesidad de la entidad pública contratante) y la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos, conocidos como proponentes"<sup>26</sup>. (Negrilla fuera de texto original).*

La definición del mercado para los casos de colusión en procesos de selección contractual, difiere de la definición geográfica y de producto que se utiliza en otros tipos de prácticas restrictivas de la competencia. En efecto, el mercado para los casos de colusión nace de la interacción entre la demanda representada en la necesidad que tiene la entidad contratante y que la lleva a actuar como comprador en busca de ofrecimientos en las mejores condiciones para satisfacerla y

<sup>25</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 40875 de 2013.

<sup>26</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 de 2017 y Resolución No. 4604 de 2018.



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

la oferta de bienes y servicios de los agentes económicos conocidos como proponentes que pretenden ser adjudicatarios.

Las condiciones especiales de este mercado lo caracterizan como: (i) temporal por cuanto nace con la intención de la entidad contratante y finaliza con la terminación anormal del proceso de selección o con la liquidación del contrato en que deviene; (ii) excluyente por cuanto una vez definido no resulta procedente la inclusión de nuevos agentes al mismo (barrera a la entrada), excluyendo de esta forma cualquier futura competencia por la adjudicación del contrato e (iii) independiente en razón a que el escenario de contienda que se genera es ajeno a los demás mercados en los que los agentes participantes pueden competir.

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

*“De manera constante, **cada mercado público que pasa por un procedimiento de solicitud de ofertas constituye un mercado pertinente**. Tal mercado es el resultado de la confrontación entre la demanda de quien necesita la obra y de las propuestas hechas por los candidatos que responden a dicha solicitud”<sup>27</sup>. (Traducción libre, subraya y negrilla fuera de texto original).*

Sobre el mismo punto, la autoridad de la competencia de Hungría señaló:

*“En los casos de contratación pública, una de las obligaciones del licitador es que debe especificar la fecha hasta la que se pueden presentar las propuestas. Después de esa fecha, queda claro para el licitador cuán amplio o estrecho es el círculo de empresas que pueden presentar una oferta y, por lo tanto, pueden considerarse como competidores. **El licitador puede identificar a estos competidores, por lo que no es necesario el método habitual de definición de mercado**. Sostenemos que el objetivo mismo de la definición de mercado es identificar qué compañías están presentes en un mercado determinado y cómo pueden competir unas con otras. Si se puede responder a estas preguntas sin la medida habitual de sustituibilidad de producto y geográfica, entonces se puede prescindir de la definición de mercado. La influencia de una empresa en el resultado de la licitación pública (poder de mercado) es proporcional al número de competidores independientes que también pueden presentar una oferta. (...)”<sup>28</sup>. (Traducción libre, subraya y negrilla fuera de texto original).*

En el mismo sentido se refirió el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia de Chile, quien estableció en la sentencia No. 112/2011 del 22 de junio de 2011, que en los casos de colusión en licitaciones públicas el mercado relevante es determinado por cada concurso específico en el cual se presentó la conducta investigada. Puntualmente señaló lo siguiente:

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

*[E]ste Tribunal comparte el criterio de **definición de mercado relevante que, en materia de licitaciones públicas como las de la especie, ha definido la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) (...), en el sentido que aquél viene definido por los objetos licitados en cada proceso de licitación, pues sólo con ocasión de cada proceso específico surge la posibilidad de alterar su resultado***

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

<sup>28</sup> OECD. Policy Roundtable, *Market Definition*, Competition Division, Paris, 2012, pp. 250. Disponible en: <http://www.oecd.org/daf/competition/Marketdefinition2012.pdf>



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

*ejerciendo el poder de mercado que pueda obtenerse mediante un acuerdo colusorio celebrado al efecto*<sup>29</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Teniendo en cuenta lo anterior, se concluye que el mercado relevante aquí investigado se circunscribe al proceso de contratación pública adelantado por **CCE** a través del Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico **LP-105-AG-2016**, dentro del marco del Convenio Interadministrativo No. 1207 de 2016 celebrado con el **MEN**.

A continuación, este Despacho realizará una descripción del mecanismo de agregación de demanda analizado en el presente caso a partir de **(i)** sus condiciones y características principales; **(ii)** la participación y adjudicación en el mismo y; **(iii)** las fechas relevantes del proceso de selección contractual.

Según **CCE**, los instrumentos de agregación de demanda son un mecanismo previsto por la ley para que las entidades estatales sumen sus necesidades y actúen en forma coordinada en el mercado para obtener eficiencia en el gasto y un mejor provecho de los recursos públicos<sup>30</sup>. De tal manera, los mecanismos de agregación de demanda permiten al Estado obtener mayor valor por dinero en el sistema de contratación pública al eliminar costos de intermediación y al hacer más ágil y simple los procesos de contratación.

De acuerdo con la información publicada en el **SECOP II**<sup>31</sup>, el 28 de junio de 2016 **CCE**, en cumplimiento del Convenio Interadministrativo No. 1206<sup>32</sup> celebrado con el **MEN**, publicó el aviso de convocatoria, estudios previos y proyecto de pliego de condiciones para la contratación pública de un instrumento de agregación de demanda para la edición y distribución de material pedagógico, que tenía como objeto contractual establecer: “**(a)** las condiciones en las cuales los proveedores realizan la edición y distribución de material pedagógico; **(b)** las condiciones en las cuales las entidades compradoras se vinculan al instrumento de agregación de demanda; y **(c)** las condiciones de pago para la edición y distribución de material pedagógico por parte de las entidades compradoras y a favor de los proveedores”<sup>33</sup>.

Ahora bien, para entender el proceso de contratación es menester explicar sus condiciones y características principales, de conformidad con lo dispuesto en el proyecto de pliego de condiciones, los pliegos de condiciones definitivos y su única adenda.

#### • Condiciones y características principales

En primer lugar, es importante anotar que uno de los pilares del Plan Nacional de Desarrollo 2014 - 2018 “*Todos por un Nuevo País*” era la educación, en el marco de la meta de ser el país más educado de América Latina en 2025. Con el fin de contribuir a esta meta, mejorando la calidad de la educación básica y media, el **MEN** estableció estrategias tendientes a mejorar los procesos de formación y acompañamiento de los docentes y gestionar recursos para el mejoramiento de las condiciones básicas, entre otras<sup>34</sup>.

Específicamente, el **MEN** creó un programa denominado “*Todos a Aprender*” (en adelante “**PTA**”) cuyo propósito era mejorar el aprendizaje de los estudiantes del país en lenguaje y matemáticas,

<sup>29</sup> Tribunal de Defensa de la Libre Competencia (TDLC), Sentencia No. 112/2011, del 22 de junio de 2011, caso “*Radios*”, celebración de acuerdos destinados a eliminar la competencia entre los oferentes de diversos procesos de licitación para el otorgamiento de concesiones de radiodifusión sonora de frecuencia modulada, p. 34. Disponible en: <http://www.cooperativa.cl/noticias/site/artic/20120111/asocfile/20120111215127/tldc1.pdf>

<sup>30</sup> **CCE**. Definición disponible en: <https://www.colombiacompra.gov.co/content/que-es-agregar-demanda>. Consultado el 15 de noviembre de 2019.

<sup>31</sup> Folios 12 a 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

<sup>32</sup> Folio 6 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>33</sup> Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

<sup>34</sup> **CCE**. Estudio de Mercado soporte de la licitación pública para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico. Disponible en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.71802&isFromPublicA rea=True&isModal=true&asPopupView=true>. Consultado el 14 de agosto de 2019.



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

enfocado en establecimientos educativos con desempeño insuficiente<sup>35</sup>. En el marco del PTA, el MEN tenía como responsabilidad brindar referentes curriculares que indicaran los objetivos de aprendizaje, así como las herramientas apropiadas de evaluación, y “trabajar en la selección y uso de materiales educativos para los maestros y estudiantes, los cuales deben estar acordes con los ambientes de aprendizajes”<sup>36</sup>. La meta de esta iniciativa era beneficiar a más de dos millones de estudiantes con resultados ineficientes, con el fin de reducir las brechas y minimizar las debilidades del sistema educativo público colombiano.

De esta manera, el MEN seleccionó un conjunto de establecimientos educativos oficiales basado en criterios relacionados con puntajes obtenidos en lenguaje y matemáticas en las pruebas Saber de grado quinto (5°), la estrategia de jornada única, el número de sedes y la dispersión geográfica. Este grupo de establecimientos compondrían la demanda de los materiales pedagógicos referidos en el proceso de selección.

Así, el término “Materiales Pedagógicos” fue definido en el pliego de condiciones definitivos<sup>37</sup> como los textos escolares de lenguaje y matemáticas de 1° a 11°. Entre 1° y 5°, estaban compuestos por el cuaderno del estudiante, el libro del estudiante y la guía del docente, y entre 6° y 11° comprendían únicamente el libro del estudiante y la guía del docente.

En segundo lugar, la segmentación del proceso estaba en función de los grados de escolaridad y la asignatura. Así, en relación con (i) matemáticas, el segmento uno correspondía a los grados de 1° a 5°; el segmento dos a los grados de 6° a 9° y el segmento tres a 10° y 11°. Acerca de (ii) lenguaje, el segmento cuatro correspondía a los grados de 1° a 5°; el segmento cinco a los grados de 6° a 9° y el segmento seis a 10° y 11°.

Adicionalmente, el MEN realizó proyecciones de demanda para el periodo en el cual se mantendría vigente el Instrumento de Agregación de Demanda, tanto para el material de lenguaje como para el de matemáticas. A continuación se presenta una tabla que resume dichas proyecciones –que se presentó a los potenciales oferentes del proceso en la convocatoria a través del estudio de mercado elaborado por CCE en junio de 2016–.

**Tabla No. 1. Proyecciones de demanda del Instrumento de Agregación de Demanda**

Grado	2017		2018		2019	
	Lenguaje	Matemáticas	Lenguaje	Matemáticas	Lenguaje	Matemáticas
Primaria	483.750	249.025	505.373	415.872	641.116	594.697
Secundaria	210.309	210.309	351.216	351.216	502.239	502.239
Media	80.262	80.262	134.038	134.038	191.674	191.674
<b>Total</b>	<b>774.321</b>	<b>539.596</b>	<b>990.627</b>	<b>901.126</b>	<b>1.335.028</b>	<b>1.288.610</b>

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>38</sup>.

En dicho estudio, CCE también efectuó un análisis de la oferta de material pedagógico, identificando los principales proveedores. En este documento presentó la cadena de producción de los bienes demandados, la capacidad financiera del sector y la estructura de costos de los potenciales proveedores, identificando 41 empresas dedicadas a la edición de libros que presentaron unos indicadores financieros positivos y que ya habían participado en procesos análogos ante diferentes entidades estatales, con lo cual podrían constituirse en potenciales proveedores de estos materiales.

<sup>35</sup> En sus inicios, durante el periodo 2010-2014, el programa estaba enfocado a nivel básico. Sin embargo, a partir de 2014 se fortaleció incluyendo los grados de sexto a once.

<sup>36</sup> MEN. Comunicado de prensa “Todos a Aprender”: Programa para la Transformación de la Calidad Educativa. Disponible en: [https://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/articles-299245\\_recurso\\_1.pdf](https://www.mineducacion.gov.co/cvn/1665/articles-299245_recurso_1.pdf). Consultado el 14 de agosto de 2019.

<sup>37</sup> Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente. “Pliego de Condiciones para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico” publicado el 12 de agosto de 2016.

<sup>38</sup> CCE. Estudio de Mercado soporte de la licitación pública para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico. Disponible en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.71802&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true>. Consultado el 14 de agosto de 2019.



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

Entre el conjunto de posibles oferentes estaban **EDUCAR EDITORES S.A., SM, TEACHING AND TUTORING T&T COLLEGE DE COLOMBIA S.A., EXPRECARDS C.I. S.A.S., VILLEGAS ASOCIADOS S.A., IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA, FUNDACIÓN INTERNACIONAL DE PEDAGOGÍA CONCEPTUAL ALBERTO MERANI, FUNDACIÓN SALDARRIAGA CONCHA**, entre otros.

En tercer lugar, en cuanto a la presentación de la oferta, los proponentes debían entregar una muestra de los Materiales Pedagógicos requeridos para cada uno de los segmentos a los que se presentarían. Lo anterior para que dichos materiales pasaran por la evaluación técnica que unos equipos de evaluadores externos, contratados por el **MEN**<sup>39</sup>, debía hacer según el anexo técnico de los pliegos de condiciones. Las muestras solicitadas para cada segmento eran las siguientes:

**Tabla No. 2. Material pedagógico que requirió CCE por cada segmento**

Segmento	Material Requerido	Especificación del material a presentar como muestra
1	2° y 5°	Presentación de seis libros: (i) cuaderno del estudiante; (ii) libro del estudiante; y (iii) guía del docente, para los dos grados.
2	6° y 9°	Presentación de cuatro libros: (i) el libro del estudiante; y (ii) la guía del docente, para los dos grados.
3	11°	Presentación de dos libros: (i) el libro del estudiante; y (ii) la guía del docente, para un solo grado.
4	2° y 5°	Presentación de seis libros: (i) cuaderno del estudiante; (ii) libro del estudiante; y (iii) guía del docente, para los dos grados.
5	6° y 9°	Presentación de cuatro libros: (i) el libro del estudiante; y (ii) la guía del docente, para los dos grados.
6	11°	Presentación de dos libros: (i) el libro del estudiante; y (ii) la guía del docente para un solo grado.

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>40</sup>.

En cuarto lugar, el requisito habilitante de experiencia mínima debía ser acreditado por los proponentes en valores expresados en Salarios Mínimos Mensuales Legales Vigentes (**SMMLV**) y en actividades identificadas por los códigos del **CLASIFICADOR DE BIENES Y SERVICIOS DE NACIONES UNIDAS (UNSPSC)**. La experiencia mínima fue modificada en varias etapas del proceso de contratación. Después de la publicación del proyecto de pliego de condiciones se hizo una primera modificación mediante el pliego de condiciones definitivo. La segunda y última ocurrió a través de la única adenda. Las modificaciones a la experiencia mínima se encuentran sintetizadas en la siguiente tabla, en la que se observa que en la última modificación se estableció el mismo requisito habilitante de experiencia mínima para todos los segmentos.

**Tabla No. 3. Valor requerido de experiencia en distintos momentos**

Segmento	Valor mínimo de experiencia (SMMLV) en el proyecto de pliego de condiciones	Valor mínimo de experiencia (SMMLV) en el pliego de condiciones definitivo	Valor mínimo de experiencia (SMMLV) en el pliego de condiciones definitivo con adenda
1	2.929	6.702	855
2	2.474	5.660	855
3	944	2.160	855
4	3.791	8.675	855
5	2.474	5.660	855

<sup>39</sup> Folio 6 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>40</sup> Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente. “Pliego de Condiciones para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico” publicado el 12 de agosto de 2016, p. 23.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Segmento	Valor mínimo de experiencia (SMMLV) en el proyecto de pliego de condiciones	Valor mínimo de experiencia (SMMLV) en el pliego de condiciones definitivo	Valor mínimo de experiencia (SMMLV) en el pliego de condiciones definitivo con adenda
6	944	2.160	855

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>41</sup>.

En quinto lugar, en cuanto al requisito de experiencia específica hay que tener en cuenta que, si bien el proceso de contratación tenía por objeto la edición, impresión y distribución de Materiales Pedagógicos, en el proyecto de pliegos de condiciones, en el pliego de condiciones definitivo y en la adenda se sostuvo que la actividad principal sería la edición, mientras que la provisión de la impresión y la distribución serían los servicios conexos que los proponentes debían acreditar.

De este modo, la experiencia específica implicaba la presentación de hasta cuatro certificaciones de contratos que cumplieran dos condiciones: (i) que el contrato tuviera por objeto la impresión de al menos 271.000 libros y (ii) que el contrato tuviera como objeto la distribución de al menos 271.000 libros en tres departamentos distintos dentro del país. Para acreditar estas condiciones se permitió que los proponentes que no contaran con estas certificaciones presentaran un convenio vigente suscrito con quien se encargaría de la impresión y distribución, pero en ese caso sería ese tercero quien tendría que demostrar el cumplimiento de la experiencia específica.

En sexto lugar, los criterios de evaluación de las ofertas estaban divididos en tres factores: apoyo a la industria nacional, un factor económico y otro técnico. En el primero se podía obtener un puntaje máximo de diez (10) puntos condicionado al origen de los servicios que se prestarían. El segundo factor tenía un puntaje máximo de cuarenta (40) puntos calculado a partir de su oferta económica presentada por cada proponente, la cual debía mostrar un precio para cada uno de los Materiales Pedagógicos de cada segmento a los que se fuera a presentar según la región y el tiraje. A partir de esta cotización **CCE** calcularía la puntuación con una fórmula preestablecida.

Con respecto al factor técnico, este tenía una puntuación máxima de cincuenta (50) puntos, que se podían conseguir a partir de la evaluación de cinco categorías:

- (i) Desarrollo curricular, que consistía en verificar que los conceptos fueran adecuados para el grado al que correspondía el material pedagógico respectivo. Esta categoría tenía un puntaje máximo de catorce (14) puntos.
- (ii) Didáctica, que hacía referencia a la forma como se presentaban los contenidos. Tenía una calificación máxima de dieciséis (16) puntos.
- (iii) Aspectos relacionados con el lenguaje, que era un criterio atinente a los aspectos léxicos y morfosintácticos del material pedagógico. Podía tener un máximo de cuatro (4) puntos.
- (iv) Evaluación, es decir, si el material pedagógico tenía una propuesta continua, integrada a la secuencia didáctica, que cumpliera su propósito de seguimiento y que sirviera para la valoración del aprendizaje. Tenía asignada una puntuación máxima de ocho y medio (8,5) puntos.
- (v) Diseño gráfico, que consistía en verificar, entre otras características, si el material pedagógico era estético, tenía diagramación agradable y era ameno. Este factor podía recibir máximo de siete y medio (7,5) puntos.

Por último, una condición o característica es que el proceso de contratación tuvo una única adenda, la cual incluyó varias modificaciones en respuesta a observaciones sobre la elaboración de los Materiales Pedagógicos, como el tipo de pegado, el gramaje y los días de entrega en las regiones,

<sup>41</sup> Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente. "Pliego de Condiciones para seleccionar los Proveedores de un Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico" publicado el 12 de agosto de 2016, p. 21.



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

entre otros. Sin embargo, ninguna observación presentada logró que se otorgara una prórroga en el cronograma inicial, el cual siempre se mantuvo intacto.

• **Participación y adjudicación**

De acuerdo con el “Informe de evaluación consolidado Material Pedagógico”<sup>42</sup> publicado el 20 de octubre de 2016 por CCE, los proponentes y adjudicatarios por segmentos fueron los siguientes:

**Tabla No. 4. Proponentes y adjudicatarios por segmento**

Segmento	Proponentes	Integrantes	Adjudicatario
1	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV	SM DE EDICIONES S.A. DE C.V. (México) SM	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV
	UNIÓN TEMPORAL SANTILLANA CHC	SANTILLANA DEL PACÍFICO S.A. DE EDICIONES (Chile)	
		EDITORIAL SANTILLANA S.A.S (SANTILLANA)	
UNIÓN TEMPORAL L&L/IN	EDITORIAL LIBROS Y LIBROS S.A. (L&L) IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA		
2	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV	SM DE EDICIONES S.A. DE C.V. (México) SM	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV
3	DIFUSORA LAROUSSE DE COLOMBIA LIMITADA	-	DIFUSORA LAROUSSE DE COLOMBIA LIMITADA
4	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV	SM DE EDICIONES S.A. DE C.V. (México) SM	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV
	UNIÓN TEMPORAL SANTILLANA CHC	SANTILLANA DEL PACÍFICO S.A. DE EDICIONES (Chile)	
		SANTILLANA	
UNIÓN TEMPORAL L&L/IN	L&L IMPRENTA NACIONAL DE COLOMBIA		
5	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV	SM DE EDICIONES S.A. DE C.V. (México) SM	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV
6	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM V	EDICIONES SM, INC. (Puerto Rico)	UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM V
		SM	

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio<sup>43</sup>.

Sobre la actuación de los proponentes es conveniente destacar varios aspectos. De un lado, solamente en dos segmentos hubo varios proponentes, los cuales corresponden a los segmentos 1 y 4 de los grados de 1° a 5° en matemáticas y lenguaje, respectivamente. De otra parte, en los segmentos de bachillerato solamente hubo un proponente.

Adicionalmente, **SM** se presentó a cinco de los seis segmentos a través de dos uniones temporales, **UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM IV**, en la que se asoció con **SM DE EDICIONES S.A. DE C.V.**, de México, y **UNIÓN TEMPORAL EDICIONES SM V** con **EDICIONES SM, INC.**, de Puerto Rico.

<sup>42</sup> Folio 1576 del cuaderno público No. 9 del Expediente.

<sup>43</sup> Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente.



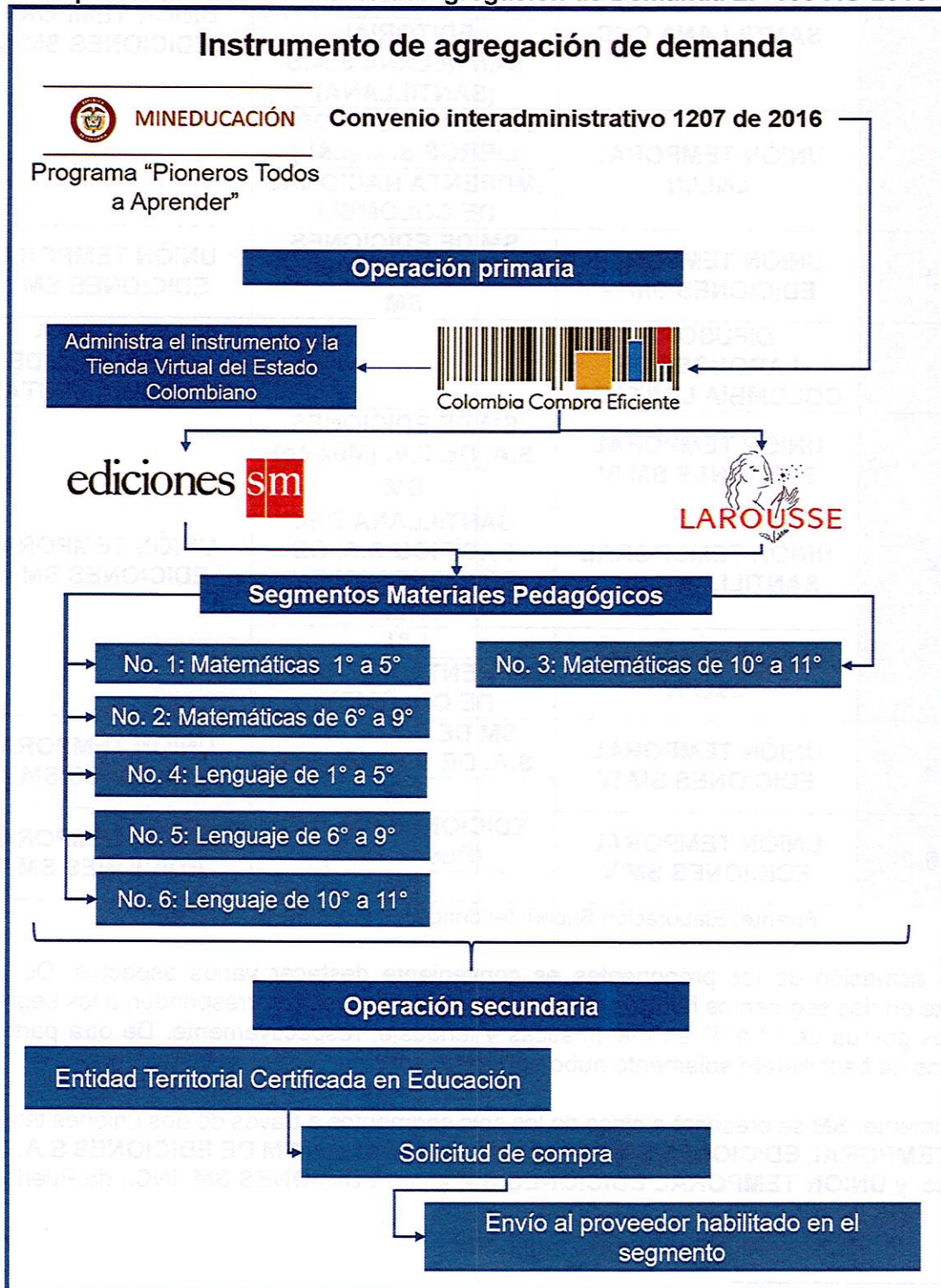
“Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia”

Con respecto al único segmento al que **SM** no se presentó, el cual corresponde al segmento 3, el único proponente de este segmento fue **LAROUSSE**, quien participó con los Materiales Pedagógicos editados por **SM** de conformidad con el “*Contrato de licencia para la explotación de una obra literaria*”<sup>44</sup> celebrado el 1 de agosto de 2016 entre estas dos empresas con el propósito de que **LAROUSSE** fuera la licenciataria de los Materiales Pedagógicos preparados por **SM** para presentarse exclusivamente al proceso contractual.

Finalmente, de acuerdo con el **MEN**, un proceso de agregación de demanda permitiría garantizar la idoneidad y estandarización del material pedagógico y agilizar el proceso de compra del mismo con el fin de evitar demoras en el despliegue de la estrategia educativa planteada por el **MEN**.

A continuación se presenta un esquema que permite una mejor comprensión de la estructuración del Instrumento de Agregación de Demanda descrito previamente.

**Esquema No. 1: Instrumento de Agregación de Demanda LP-105-AG-2016**



**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

<sup>44</sup> Folios 668 a 672 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.



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

#### • Fechas relevantes para el proceso contractual

En este punto, este Despacho considera pertinente hacer alusión a algunas de las fechas relevantes para el proceso de contratación objeto de análisis, con el fin de que las mismas sirvan como referencia para secciones posteriores en las que se examinará la conducta reprochada.

**(i) 28 de junio de 2016:** Publicación del aviso de convocatoria pública del proceso de Licitación Pública **LP-105-AG-2016** “*para seleccionar a través de una licitación pública a los Proveedores del Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico*”<sup>45</sup>, en conjunto con los estudios previos del mismo y el proyecto de pliego de condiciones. Se otorgó a los interesados un plazo de 15 días para presentar observaciones al mismo.

Dicho pre-pliego definió los seis (6) segmentos en los que se agrupó la edición y distribución del material pedagógico, estableció las regiones del país y el tiempo requerido para la distribución, así como otras condiciones técnicas del material, presentó los requisitos habilitantes a ser considerados, entre los que se incluyó la experiencia requerida para cada segmento y la capacidad financiera de los oferentes.

Adicionalmente, presentó los criterios de evaluación de las ofertas en los que se estableció que el factor técnico, referente al desarrollo curricular, didáctica, diseño y evaluación del material pedagógico, tenía el mayor puntaje (50/100), por encima del factor económico (40/100 puntos) y el puntaje para estimular la industria nacional (10/100 puntos).

En el proyecto de pliego de condiciones se establecieron las siguientes fechas como parte del cronograma del proceso.

**(i) 25 de julio de 2016:** Respuesta a las observaciones al proyecto de pliego de condiciones, expedición del acto administrativo de apertura del proceso de selección y publicación del pliego de condiciones definitivo. Se otorgó un plazo hasta el 4 de agosto de 2016 para presentar observaciones al pliego de condiciones definitivo.

**(ii) 28 de julio de 2016:** Audiencia de asignación de riesgos.

**(iii) 12 de agosto de 2016:** Adenda en la que se modificaron criterios relacionados con la experiencia para la participación en los diferentes segmentos. Específicamente, se redujo la experiencia necesaria para participar en cada uno de los segmentos, entre otros cambios menores.

**(iv) 19 de agosto de 2016:** Fecha de cierre, presentación de las ofertas por parte de los interesados. Lo anterior incluía la presentación de la garantía de seriedad de la oferta y copias del material pedagógico en físico y en DVD.

**(v) 13 de septiembre de 2016:** Publicación del informe de evaluación de las ofertas. Se otorgó un plazo hasta el 20 de septiembre de 2016 para presentar observaciones a dicho informe.

**(vi) 29 de septiembre de 2016:** Audiencia de adjudicación en la que se adjudicaron a **SM** –o a las uniones temporales formadas por este y otros agentes de mercado– 5 de los 6 segmentos y a **LAROUSSE** el segmento restante (material pedagógico de matemáticas de 10° a 11°).

**(vii) 3 de octubre de 2016:** Firma del Instrumento de Agregación de Demanda.

#### 11.5.2. Sobre la importancia y confidencialidad de la información en un proceso de selección contractual

Para la teoría económica la información es un recurso valioso<sup>46</sup> al punto que diversos estudios<sup>47</sup> han demostrado que la existencia de asimetrías de información entre diversos agentes económicos en

<sup>45</sup> **CCE.** Aviso de Convocatoria Licitación Pública No. LP-105-AG-2016, Disponible en: <https://community.secop.gov.co/Public/Tendering/OpportunityDetail/Index?noticeUID=CO1.NTC.71802&isFromPublicArea=True&isModal=true&asPopupView=true>. Consultado el 6 de octubre de 2019.

<sup>46</sup> Stigler, G.J. (1961). The economics of information. *Journal of Political Economy*, 69(3). pp. 213-225.

<sup>47</sup> Entre otros, Akerlof, G.A. (1970). “*The market for lemons*” y Stiglitz, J.E. (1981) “*Credit Rationing in Markets with Imperfect Information*”.



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

determinados mercados convierten la información en un elemento determinante en la toma de decisiones. Esto, en la medida en que la falta de la misma representa un problema de incertidumbre para los agentes tomadores de decisiones pues no podrían saber con exactitud cuáles serían los consecuencias de sus actos.

En este sentido, se reconoce que al tener mejor información, las personas pueden reducir dicha incertidumbre y, por lo tanto, llegar a mejores decisiones que les proporcionarán niveles de utilidad más altos<sup>48</sup>. Tan importante resulta este recurso que el acceso a información pública es reconocido en diferentes instrumentos nacionales<sup>49</sup> e internacionales<sup>50</sup> como un derecho autónomo e independiente. Incluso, la **OCDE** ha destacado la importancia de la información en la adopción de estrategias eficientes y efectivas de los jugadores de un mercado.

*“(...) después de todo, el modelo ideal de competencia perfecta tiene como premisa la información perfecta del mercado desde el lado de la demanda y de la oferta. **El conocimiento del mercado y de sus características claves** (e.g. características de la demanda, capacidad de producción disponible, planes de inversión, etc.) **facilitan el desarrollo de estrategias comerciales eficientes y efectivas de los jugadores del mercado**”<sup>51</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En idéntico sentido, otras autoridades de competencia han sostenido que si una empresa tiene información a la que otras no pueden acceder o replicar fácilmente y que es valiosa para competir, podría darse el caso de que potenciales competidores se vean imposibilitados para entrar al mercado<sup>52</sup>.

Desde esa perspectiva, en el ámbito de la contratación pública, el principio de publicidad de la información relacionada con el proceso contractual es considerado un aspecto indiscutiblemente relevante para garantizar una competencia en igualdad de oportunidades. Este principio, tiene una doble dimensión, como deber y como derecho. De una parte, constituye un deber para las entidades públicas comunicar a los administrados la totalidad de las actuaciones que llevan a cabo dentro de los procesos de selección contractual a través de los diferentes mecanismos previstos en la ley. Así, la publicación de información referida a procesos de contratación que adelantan entidades públicas permite a los interesados, tanto futuros proponentes como la ciudadanía en general, conocer la actividad contractual, lo que representa una garantía de transparencia<sup>53</sup> y es esencial para el ejercicio de otros derechos.

Específicamente, en materia de contratación estatal existen mecanismos e instrumentos por medio de los cuales las entidades públicas cumplen con las obligaciones de publicidad del proceso contractual, por ejemplo, el Sistema Electrónico para la Contratación Pública creado en la Ley 1150 de 2007. Incluso, la Ley 1712 de 2014 o de *Transparencia y del Derecho de Acceso a la Información Pública*, ratificó la aplicación del referido principio en los procesos de contratación pública.

En esa óptica, el principio de publicidad de la información relacionada con la contratación pública como el presupuesto, criterios de selección, estudios de mercado, pliegos de condiciones y, en

<sup>48</sup> Nicholson, W. (2008). *Teoría Microeconómica: Principios Básicos y Ampliaciones*. Cengage Learning. Novena Edición. p. 563.

<sup>49</sup> Constitución Política de 1991. Artículo 74.

<sup>50</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 en su artículo 19. Convención Americana de Derechos Humanos de 1978 en su artículo 13.

<sup>51</sup> Trade Associations OCDE Policy Roundtables (2007). Traducción libre. “(...) *after all, the ideal model of perfect competition is premised on demand-side and supply-side perfect information about the market. The knowledge of the market and its key features (e.g., characteristics of demand, available production capacity, investment plans, etc.) facilitates the development of efficient and effective commercial strategies by the market players.*” p. 35. Disponible en: <http://www.oecd.org/regreform/sectors/41646059.pdf>.

<sup>52</sup> Comisión Federal de Competencia Económica – **COFECE**. *Repensar la competencia en la Economía Digital* (2018). Estudios de Promoción de la Competencia. p. 25. Disponible en: [https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/RepensarlaCompetenciaenlaEconomiaDigital\\_01022018.pdf](https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/RepensarlaCompetenciaenlaEconomiaDigital_01022018.pdf).

<sup>53</sup> Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 29 de agosto de 2007. Rad. No. 850012331000 1996 00309 01(15324). Al respecto, se ha sostenido que “(...) *las actuaciones de la Administración deben ser puestas en conocimiento de los administrados con lo cual ha de garantizarse su transparencia; con mayor razón cuando se trata de adelantar alguno de los procedimientos de selección de contratistas (...)*”.



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

general sus condiciones y exigencias, se traduce, entre otras cuestiones, en que los interesados en participar en un proceso contractual tengan idénticas oportunidades respecto de otros oferentes, por lo que resulta indebido que la entidad pública propicie cualquier tratamiento discriminatorio en los procesos de selección, como también le está prohibido beneficiar a uno de los interesados o participantes en perjuicio de los demás<sup>54</sup>. Sobre el particular, la Ley 1150 de 2007 trajo consigo la obligación de la publicación de los estudios que fundamentaron el proceso de contratación y el proyecto de pliego de condiciones como un intento por prevenir precisamente el direccionamiento de los procesos de selección o los denominados “*pliegos sastre*”, es decir, aquellos pliegos de condiciones que son elaborados a la medida de las necesidades o exigencias de determinado oferente con lo que se limita la libre competencia y se deja a otros competidores sin la posibilidad real de ser tenidos en cuenta.

Precisamente, esta Superintendencia ha considerado que dentro de las prácticas más comunes que afectan la libre competencia en los procesos de contratación pública se encuentra el intercambio de información entre los funcionarios de la entidad contratante y los futuros proponentes<sup>55</sup>. Según la **OCDE**, la ocurrencia de estas prácticas en los procesos de contratación puede desalentar la participación de compañías competidoras, disminuir la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavar los beneficios de un mercado competitivo<sup>56</sup>.

En tal medida, en la estructuración de un proceso de contratación existe determinada información que por sus particularidades, el momento en que es manejada por la entidad pública y su relevancia en la confección de los criterios de selección del que será el futuro contratista, resulta confidencial. De ese modo, todas las personas o interesados en contratar con el Estado deben gozar de idénticas oportunidades respecto del acceso a la información relacionada con el proceso licitatorio en los tiempos y a través de los mecanismos previstos en la ley, con lo que se garantiza la libre concurrencia en condiciones de igualdad de aquellos oferentes potencialmente habilitados para participar según las exigencias de cada proceso contractual y, a su vez, se beneficia a la entidad pública de las ventajas económicas que la competencia en el mercado le puede generar.

Así las cosas, en el desarrollo de las actividades propias de la contratación estatal, la publicidad y la igualdad de oportunidades son elementos fundamentales para garantizar que todos los agentes participantes puedan actuar en condiciones que garanticen el libre desarrollo del proceso competitivo y, por esa vía, materialicen el principio de selección objetiva, es decir, que la escogencia se lleve a cabo con el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva<sup>57</sup>. Entonces, cualquier distorsión injustificada de estas condiciones afecta el desenvolvimiento natural de sus participantes y la igualdad de oportunidades en las que se espera que estos concurren a rivalizar en los procesos de contratación estatal.

En efecto, cuando un interesado en contratar con el Estado se anticipa indebidamente a las condiciones o exigencias que tendrá un proceso contractual a través del acceso fraudulento a información confidencial, en forma inmerecida se atribuye una ventaja competitiva frente a los demás interesados, circunstancia que limita la libre competencia en el proceso contractual. Esta situación se configura, por ejemplo, cuando uno de los agentes del mercado se entera de determinadas condiciones o exigencias que aún no han sido públicamente reveladas por quien dirige un proceso de contratación estatal y esa información es relevante y concreta para el desarrollo del proceso de selección o suficiente para darle ventaja a quien accede a la misma para participar en el proceso.

Lo anterior, debido a que la entidad contratante se reserva esta información porque, por su naturaleza, se requiere que los competidores no tengan acceso a ella ni puedan usarla antes del momento oportuno, puesto que su revelación o filtración anticipada tiene la potencialidad de

<sup>54</sup> CCE. Etapa precontractual. Disponible en: <https://sintesis.colombiacompra.gov.co/jurisprudencia/sintesis/12248>.

<sup>55</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Guía Práctica. Combatir la colusión en las licitaciones. Disponible en: [https://www.sic.gov.co/recursos\\_user/documentos/articulos/2010/Guia\\_Contratacion.pdf](https://www.sic.gov.co/recursos_user/documentos/articulos/2010/Guia_Contratacion.pdf).

<sup>56</sup> OCDE. Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. 2014. Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/competition/2014\\_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia\\_SPA.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf).

<sup>57</sup> Ley 1150 de 2007, artículo 5.



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

beneficiar injustificadamente a quien la obtenga antes de tiempo. Dicho de otro modo, si lo que pretende un proceso competitivo es que la adjudicación realizada por el Estado quede en cabeza de la firma más eficiente y competitiva, para tal valoración –selección objetiva– la entidad contratante requiere la garantía de que los competidores han accedido a un mercado en igualdad de condiciones. Algo distinto, se reitera, impide el desarrollo del proceso competitivo y distorsiona la percepción objetiva de cuál es la firma más eficiente.

En resumen, la revelación, filtración o acceso anticipado de información relacionada con el proceso contractual genera dos problemas: uno, a nivel jurídico, que consiste en que, cuando una persona puede “competir” mejor porque se entera ilegítimamente de algo que los demás competidores no saben o aún no deben saber, contraría el derecho colectivo a la libre competencia económica; y otro, de tipo económico, es que el mercado pierde eficiencia porque se produce una asimetría de información entre competidores respecto del proceso contractual que beneficia artificialmente a un solo agente económico y que no permite que el mercado opere libremente. Esto último se materializa en que, finalmente, el proponente beneficiado con el acceso a la información en realidad no está compitiendo, pues debido a que los demás proponentes no estarán en igualdad de condiciones, el proponente beneficiado no soportará las mismas presiones competitivas que tendría que encarar en un escenario de verdadera competencia.

Lo anterior tiene que ver entonces con información que no es pública en determinado momento y que puede favorecer ilegítimamente a algún interesado en el proceso contractual. Ello se ha entendido como acceso y/o uso de información confidencial y privilegiada que para el caso en particular, y tomando como referencia lo dispuesto en el artículo 75 de la Ley 45 de 1990, en el artículo 2.11.4.2.1. del Decreto 2555 de 2010 y en el artículo 258 del Código Penal, así como algunos conceptos de la Superintendencia Financiera<sup>58</sup>, es aquella información que (i) debe darse a conocer al público pero no fue o aún no ha sido revelada; (ii) es concreta; y (iii) trae un beneficio para quien la tenga.

### **11.5.3. Sobre la existencia y acceso a información confidencial en el proceso de contratación objeto de investigación**

Para esta Superintendencia existen suficientes pruebas que permiten determinar la existencia de información confidencial en la preparación y estructuración del proceso de contratación adelantado a través del Instrumento de Agregación de Demanda **LP-105-AG-2016** y, adicionalmente, que demuestran el acceso que a la misma tuvieron los investigados antes de su publicación oficial.

En efecto, la información confidencial corresponde a la que fue compartida en la cadena de correos electrónicos del 10 al 17 de junio de 2016. Al respecto, se cuenta con la cadena de correos electrónicos iniciada el 10 de junio de 2016 y finalizada el 17 de junio de 2016, en la que participaron **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos), **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**<sup>59</sup>).

La anterior comunicación permite apreciar no solo la existencia de información confidencial relacionada con aspectos claves de la estructuración del Instrumento de Agregación de Demanda, sino además el acceso que a la misma tuvo **SM**, en un momento en que dicha información no era pública para los interesados en participar del proceso contractual.

A efectos de analizar la pertinencia y utilidad de la información que se intercambiaba en la cadena de correos electrónicos referida, y que a continuación será presentada, es importante tener en cuenta tres aspectos. El primer aspecto que resulta relevante es el momento en que sucedió el intercambio de información. Efectivamente, este comenzó el 10 de junio de 2016 y terminó antes de la publicación del aviso de convocatoria pública del proceso contractual en el **SECOP II**<sup>60</sup>, esto es, el 28 de junio de 2016. El segundo aspecto que es importante destacar está relacionado con que las tres personas involucradas en la cadena de correos electrónicos ocupaban en esa época cargos de

<sup>58</sup> Superintendencia Financiera. Concepto No. 2007057761-003 del 28 de noviembre de 2007 y Concepto No. 2008051364-001 del 14 de agosto de 2008.

<sup>59</sup> Folio 1586 del cuaderno público No. 9 del Expediente. Preservación Web, “*Nuestro Equipo – Organigrama SM*”. Disponible en <http://www.grupo-sm.com/sm/organigrama>. Consultada el 22 de mayo de 2018.

<sup>60</sup> Folios 12 a 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

dirección dentro de **SM**<sup>61</sup>, lo que les facultaba para decidir qué hacer con la información sin necesidad de autorizaciones o permisos de terceros. El último aspecto atañe al contenido de la información, la cual se caracteriza, de un lado, por ser acertada y específica con respecto a lo que se iba a establecer en los pliegos de condiciones y, del otro, por ser confidencial para la fecha de la cadena de correos electrónicos objeto de análisis.

A continuación se presentarán los mensajes más relevantes que hicieron parte de la cadena de correos electrónicos objeto de análisis y que permiten dar cuenta de la existencia y acceso a información confidencial por parte de **SM**.

El primer mensaje que es importante destacar fue enviado el 10 de junio de 2016 con el asunto "Grupo licitación MEN" por **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) a **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) y a **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**). En dicho correo se admitió expresamente que la información que se compartiría en el curso de la conversación tenía el carácter de "confidencial".

*"De: Arboleda Zapata, Isabel Cristina  
Enviado: viernes, 10 de junio de 2016 04:27 p.m.  
Para: García López, Rodrigo; Marco Frontelo, Jaime  
Asunto: Grupo licitación MEN*

*Buenas tardes Rodrigo, Jaime,*

**Si les parece bien, a través de este mail podemos ir compartiendo información confidencial y opiniones para ir adelantando el trabajo de cara a la licitación del MEN.**

**Acabo de reunirme con mi amigo del Ministerio y me contó algunas cosas que nos pueden servir para ir pensando como adelantarnos. Me dijo que el lunes firman el acuerdo definitivo de confidencialidad, así que me imagino que empezará a contarme menos....**

- Uno de los factores claves que evaluarán son los DBA (Derechos básicos de aprendizaje). Podemos ir revisando cuáles están de forma explícita en nuestros libros, cuales hay que explicitar más y cuáles no están y debemos incluir.
- Están bastante inclinados a no comprar sin formación. Uno de los puntos que evaluarán y pagarán de la propuesta es el programa de formación que acompañe los libros. Esto me parece complejo porque son muchos docentes en muchos municipios de Colombia...Hay que pensarlo bien.
- Están inclinados a dividir los grados en grupos y así pedir libros que cubran varios grados. Es decir: Un libro de 1 a 3, otro de 4 y 5 y así....Podríamos ir viendo qué tanto contenido de más (de los DBA) hay en nuestros libros para ir pensando en un recorte.
- En el equipo de evaluadores de lenguaje tenemos personas que pueden no estar muy del lado de SM. En el de matemáticas tenemos gente cercana.
- Están planteando lanzar la licitación a mediados de julio y dar un mes para entregar la oferta. Están evaluando pedir un solo libro y a partir de ahí adjudicar el resto por tiempo, pero no han cerrado este tema porque no saben si aceptar varias editoriales por área o no. Si el tiempo efectivamente es tan corto, tenemos que ir asegurando gente. Esto ya lo hablamos ayer con Jaime.

Saludos,<sup>62</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, la prueba presentada permite evidenciar claramente que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** tenía un "amigo del Ministerio" que para el 10 de junio de 2016 le proporcionó información de carácter confidencial respecto del proceso licitatorio en que **SM** se encontraba interesado en participar para esa época. Este acceso anticipado e indebido de información tenía como inequívoco propósito o finalidad "ir adelantando el trabajo de cara a la licitación del MEN".

<sup>61</sup> Folios 834 a 837 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

<sup>62</sup> Folio 1534 del cuaderno público No. 9 del Expediente. Ruta de acceso: 01\_PC\_ISABEL\_ARBOLEDA\_GTE\_GRAL\_SM.ad1/C:\Windows[NTFS]/[root]/Users/IARBOLEDA/Documents/Archivos de Outlook/archive.pst/[deleted]/RE: Grupo licitación MEN. Object ID 1524523. Tomado del computador de **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** en visita administrativa del 27 de noviembre de 2017.



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

Así mismo, puede concluirse que la firma del acuerdo de confidencialidad al que se hizo referencia en el mensaje no sería el fin del intercambio de información confidencial, porque a lo sumo implicaría que ese “*amigo del Ministerio*” le contaría menos a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos). En esa medida, **SM** no solo aseguraba de forma indebida una posición privilegiada respecto de potenciales competidores desde antes de la publicación oficial del proceso contractual, sino que con este contacto mantendría esa ventaja ilegítima sobre los demás proponentes.

El segundo correo que es relevante resaltar en esta oportunidad corresponde al que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** remitió a **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**) en respuesta a una indicación de este último. Dicho mensaje permite apreciar que el flujo de información confidencial al que accedió ilegítimamente **SM** tuvo lugar de manera progresiva.

“**De:** García López, Rodrigo  
**Enviado:** lunes, 13 de junio de 2016 03:50 p.m.  
**Para:** Arboleda Zapata, Isabel Cristina  
**CC:** Marco Frontelo, Jaime  
**Asunto:** Re: Grupo licitación MEN

*Hablamos cuando haya novedades  
Un abrazo  
R*

*Grupo Editorial SM*

*El 13 jun 2016, a las 22:40, Arboleda Zapata, Isabel Cristina <isabel.arboleda@grupo-sm.com> escribió:*

*Hola Rodrigo,  
Nos reunimos al medio día y decidimos lo siguiente:*

- *Vamos a comenzar ya a trabajar sobre Applica. Jaime revisará si con el equipo que tenemos estamos bien. Si no, buscará gente.*
- *Es cierto que hay una clave importante en el # de páginas. Pero no tenemos información sobre esto. Y creo que no la tendremos hasta que salgan los pre pliegos.*
- *No sabemos nada ni de la formación ni de la guía del docente. Mañana tienen reunión en el MEN y quedé de hablar con mi amigo finalizando la tarde...Vamos a ver si hay algo nuevo.*

*Saludos,*<sup>63</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

La prueba presentada evidencia que para el 13 de junio de 2016 **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) aunque sabía en ese momento que **SM** debería elaborar una “*guía del docente*” para participar en el proceso de selección contractual, todavía no tenía conocimiento preciso de las condiciones que serían exigidas en relación con ese documento.

Adicionalmente, puede evidenciarse que para superar la falta de información respecto de lo que serían las exigencias para participar en el proceso contractual, **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** continuaría recibiendo información confidencial acerca de las actuaciones del **MEN**, pues además de que estaba enterada de las reuniones que se llevaban a cabo sobre el particular, cualquier información relevante le sería transmitida por su “*amigo*” del **MEN**.

El tercer correo, se trata del mensaje que el 17 de junio de 2016 remitió **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**). Dicha comunicación permite evidenciar a qué información

<sup>63</sup> Folio 1534 del cuaderno público No. 9 del Expediente. Ruta de acceso: 01\_PC\_ISABEL\_ARBOLEDA\_GTE\_GRAL\_SM.ad1/C:\:Windows[NTFS]/[root]/Users/IARBOLEDA/Documents/Archivo s de Outlook/archive.pst/[deleted]/RE: Grupo licitaciÃ³n MEN. Object ID 1525223.



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

concretamente tuvo acceso **SM** respecto de la estructuración de las exigencias que tendría el proceso contractual y, así mismo, la ventaja que le representó conocerla anticipadamente.

“El 17 jun 2016, a las 18:27, Marco Frontelo, Jaime <jaime.marco@grupo-sm.com> escribió:

Hola Rodrigo e Isabel,

**Acabamos de tener acceso a nueva información de la licitación.** En principio, parece que salen los prepliegos el lunes.

**El material con el que van a evaluar es el siguiente:**

- 2° y 5°: libro, cuaderno y guía
- 6°, 9° y 11°: libro y guía

Estos materiales se van a tener que presentar a evaluación en el mes y medio que estaba previsto, aunque **para esta primera fase habrá que desarrollar muchos más materiales de los que inicialmente pensábamos.**

Sin esperar a más **vamos concretando hoy colaboradores externos.**

**Hemos avanzado estos días varias tareas** (reducción de páginas cumpliendo estándares, autorías de los DBA faltantes, una propuesta de organización de los materiales en función de los DBA) que el lunes –si finalmente salen los prepliegos- contrastaremos.

**Si tenemos acceso a alguna nueva información vamos escribiendo.**

Un abrazo

Jaime (...)”<sup>64</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, el 17 de junio de 2016, antes de la publicación oficial del proceso de selección contractual, **SM** a diferencia de otros competidores tuvo “**acceso a nueva información de la licitación**” relacionada con aspectos clave que le permitirían asegurarse una participación sin ninguna preocupación por la presión competitiva que otros interesados le pudieran generar.

En tal medida, no es de recibo para este Despacho el argumento presentado por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado según el cual la información fue catalogada como confidencial en algunos correos, no porque tuviera ese carácter, sino que a nivel interno de **SM** únicamente era accesible a altos directivos, sin que fuera confidencial de mercado. Al respecto, se debe señalar que el contenido del correo electrónico es suficientemente demostrativo para concluir que la confidencialidad de la información a la que se referían estaba directamente relacionada con el proceso de selección contractual en que estaban interesados en participar, no por otra razón se señaló con claridad que “*El material con el que van a evaluar es el siguiente: (...) 2° y 5°: libro, cuaderno y guía (...) 6°, 9° y 11°: libro y guía*”. De tal manera, una lectura completa y en contexto de la prueba permite una valoración integral de su verdadero contenido y alcance.

En consecuencia, la información a la que tuvo acceso **SM** antes de la publicación oficial del proceso contractual fue clave, al menos, por dos aspectos. En primer lugar, porque tuvo conocimiento del material que se evaluaría con la presentación de las ofertas, esto le permitió organizarse internamente para lograr alcanzar la meta de unos entregables totalmente definidos desde el 17 de junio de 2016. Nótese que **SM** esperaba que para cuando finalmente se publicaran los “prepliegos” simplemente tuvieran que contrastarlo con el material que tendrían preparado o definido.

Así, **SM** habría obtenido al menos dieciocho (18) días calendario de ventaja sobre los demás interesados que se enteraron de las condiciones y términos del proceso de selección contractual solo hasta el 28 de junio de 2016 con su publicación oficial en el **SECOP II**. Lo anterior resulta significativo en un escenario en el que los potenciales oferentes tuvieron un total de cincuenta y dos (52) días entre la publicación del pre pliego de condiciones y la fecha de presentación de las ofertas -19 de agosto de 2016-. En otras palabras, **SM** tuvo aproximadamente un 34,61% más de tiempo respecto del que otros competidores tuvieron en el proceso contractual para preparar y presentar sus ofertas.

<sup>64</sup> Ibídem.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

En este punto es importante señalar que particularmente en el proceso de selección contractual objeto de investigación, ninguna observación presentada al pre pliego de condiciones logró que se otorgara una prórroga en el cronograma inicial, el cual siempre se mantuvo intacto. Precisamente, sobre el particular los investigados señalaron en sus observaciones al Informe Motivado que una de las razones por las cuáles se opusieron a la ampliación del plazo para la entrega de ofertas es que si se toman en cuenta los tiempos de producción, impresión y distribución de material pedagógico, una extensión en el mismo era inviable para el sector educativo. En su concepto, lo anterior hubiera significado un retraso, por lo menos, de un mes en la entrega del material, privando a los estudiantes de gozar de su derecho fundamental a la educación.

En primer lugar, para este Despacho el hecho que **SM** se opusiera a la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas no desvirtúa la práctica anticompetitiva en que incurrió. Por el contrario, es un indicio que valorado en conjunto con las demás pruebas, que evidencian que **SM** accedió a información confidencial relevante con al menos dieciocho (18) días de anticipación, permite deducir que la razón por la que estuvo de acuerdo con el cronograma inicial, mientras que sus demás competidores solicitaban una prórroga, lejos de estar justificado en que supuestamente una extensión del plazo era inviable para el sector educativo, era el resultado de contar con la ilegítima ventaja que le otorgó el acceso prematuro a información confidencial, en un proceso de selección contractual en que como lo señalaron los investigados "*los tiempos son claves!*"<sup>65</sup>.

En ese sentido, tampoco es de recibo el argumento según el cual la razón por la que se opusieron a la ampliación del plazo era por supuestos fines altruistas para no privar a los estudiantes de su derecho a la educación. La excusa presentada por los investigados no solo es un argumento *ad misericordiam*, sino que, aparte de pretender que a diferencia de sus pares, se considere a **SM** como la única empresa altruista en el mercado de ese proceso, también resulta absolutamente impertinente e irrelevante en lo que concierne al objeto de la actuación administrativa. De aceptarse las postulaciones de los investigados, dirigidas a excusar la conducta ilegal que desplegaron a partir de los supuestos fines benévolos que perseguían, haría carrera la tesis de que el fin justifica los medios bajo cualquier circunstancia y se desquiciaría por completo el régimen de protección de la libre competencia económica o cualquier otro régimen administrativo sancionatorio. Así, cualquier agente económico podría perpetrar una conducta anticompetitiva, como en este caso acceder a información confidencial, en perjuicio de otros competidores, para atribuirse ilegítimamente una ventaja competitiva, con la excusa de estar protegiendo fines altruistas, lo cual es inaceptable.

Precisado lo anterior, la información a la que accedió **SM** fue fundamental porque conoció con anticipación los plazos que se establecerían, lo que facilitó que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO**, dado los cargos de dirección que tenían al interior de la compañía, pudieran planear y priorizar en tiempo real su agenda de trabajo editorial y anticiparse a cualquier otro competidor interesado en participar.

Todo lo expuesto previamente, es suficiente para rechazar el argumento de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado según el cual no existe una definición acertada de qué constituyó información confidencial y en qué momento se convirtió en pública.

Finalmente, se cuenta con el mensaje que el 18 de junio de 2016 envió **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) a **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) y a **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**) en respuesta a la información circulada el 17 de junio de 2016.

**From:** "Arboleda Zapata, Isabel Cristina" <GRUPO EDITORIAL SM/EXCHANGE ADMINISTRATIVE GROUP (FYDIBOHF23SPDLT)/RECIPIENTS/IARBOLEDA>  
**Sent:** 6/18/2016 8:52:09 PM +0000  
**To:** "Marco Frontelo, Jaime" <jaime.marco@grupo-sm.com>; "García López, Rodrigo" <rodrigo.garcia@grupo-sm.com>  
**Subject:**

*RE: Grupo licitación MEN*

<sup>65</sup> Correo de 6 de julio de 2016, remitido por **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** a **JAIME MARCO FRONTELO** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**). (Informe Motivado, p. 80).



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

*Perfecto Jaime! Gracias! **Yo creo que debemos avanzar con la contratación el lunes, salgan o no los pre pliegos.***

*Saludos*<sup>66</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

La anterior comunicación permite apreciar la relevancia de la información confidencial a la que tuvo acceso **SM**, debido a que no existe una explicación razonable, distinta a que **SM** conoció anticipadamente de las exigencias o condiciones que le permitirían sin ninguna presión competitiva preparar su oferta, para que un agente económico en un proceso de selección contractual tome la decisión de "*avanzar con la contratación*", esto es, en la preparación de aspectos trascendentales para la preparación de su propuesta, sin preocuparse por conocer lo que se estipularía en el "*pre pliego*" de condiciones.

A partir de las pruebas expuestas, es claro que la información que está contenida en los correos electrónicos previamente presentados, además de ser reconocida como confidencial por los propios investigados, tenía efectivamente ese carácter para el momento en que **SM** accedió a la misma. En efecto, se encuentra suficientemente acreditado que la información que se compartió, en particular aquella relacionada con las muestras que deberían entregarse al presentar la oferta, no había sido divulgada al público ni a ningún interesado en participar en el proceso de selección contractual para el **17 de junio de 2016**.

A ello debe agregarse que tener acceso a esa información con la antelación con la que **SM** la conoció le reportó a la compañía de manera ilegítima una ventaja competitiva fundamental en el marco de un proceso de selección en el que, como lo manifestaron expresamente los investigados, "*los tiempos son claves*"<sup>67</sup>.

De tal manera, este Despacho concuerda con la postura de la Delegatura al sostener que las muestras de los Materiales Pedagógicos –y, sobre todo, la determinación de los grados en relación con los cuales se exigirían– se convirtieron, para ese momento, en un factor clave y fundamental para lograr la entrega de la oferta. En efecto, esta iba a ser y fue la variable a partir de la cual se evaluó el factor técnico, que era el que mayor puntaje recibiría en la evaluación. En consecuencia, tener información concreta sobre este elemento garantizaría una mayor probabilidad de adjudicación, como en efecto ocurrió.

La importancia del anterior aspecto fue explicada en el testimonio que rindió **YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ** (Gerente de Materiales del **MEN** para la época de los hechos):

*"SM: "De este proceso usted también nos mencionó que si bien se pedían libros por grado, y le pediría que le ilustre al Despacho, que si bien se pidieron libros por grado, no se estaban pidiendo todos, es decir, solamente después de la adjudicación era la obligación del proponente adjudicatario.*

**YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ: Teniendo en cuenta los tiempos, nosotros no podíamos pedir que pues que para un segmento nos presentaran de primero a quinto, todos los libros, porque sabíamos la, la carga que significaba esto para las editoriales.** *Entonces nosotros hicimos, fue, y eso lo hizo más que todo los disciplinares, que seleccionaron, que son pues los técnicos, seleccionaron dos, eh, grados. Puedo hablar específicamente del segmento, por ejemplo, de segundo a quinto, se seleccionó el segundo y quinto porque esos grados representan como continuidad y se puede ver como continuidad y se puede ver que haya una línea frente a todo el segmento, **solamente se pidieron, eh, digamos que presentación de propuestas en estos dos.** De sexto a noveno, creo que también era séptimo y noveno, y décimo y once, solamente se pidió once. Y la idea, una vez se adjudicara el proceso, eh, ya la editorial debía, digamos, que subsanar los hallazgos que se hayan encontrado en la, en la presentación de la propuesta, y adicional, hacer los otros materiales"*<sup>68</sup>.

<sup>66</sup> Folio 1534 del cuaderno público No. 9 del Expediente. Ruta de acceso: 03\_PC\_JAIME\_MARCO\_FRONTTELO\_GTE\_EDITORIAL\_SM.ad1/C:\:\NONAME[NTFS][\root]\Users\jmarco\AppData\Local\Microsoft\Outlook\archive.pst\archive\Principio del archivo de datos de Outlook\Jaime1\RE: Grupo licitaciÃ³n MEN. Object ID 5510731.

<sup>67</sup> Correo del 6 de julio de 2016, remitido por ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA a JAIME MARCO FRONTTELO y RODRIGO GARCÍA LÓPEZ (Subdirector General Internacional del GRUPO SM).

<sup>68</sup> Folio 3516 del cuaderno público No. 19 del Expediente.



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

Como puede observarse, la solución que encontró el **MEN** para que, a pesar de los tiempos tan justos del proceso contractual, sí se presentaran proponentes y se pudiera dar la adjudicación, fue pedir muestras de los Materiales Pedagógicos para la propuesta<sup>69</sup>:

“**DELEGATURA:** “Usted mencionó algo de calidad, me pareció entenderle, que mencionó algo sobre la calidad.”

**YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ:** Pues no. Hablo en general de la calidad de los libros, porque igual después del proceso de evaluación, estos mismos evaluadores tenían que evaluar los materiales que iba a tener que dar, digamos, el proponente ganador. La, la propuesta que se hizo, digamos, había un segmento, de segundo a quinto, entonces no se pidieron los libros de segundo a quinto, se pidieron solamente dos grados, el proponente que ganara, digamos, después de adjudicada la licitación, tenía que presentar todos los libros de todos los, de todos los cinco grados, entonces ahí hay que preservar como una línea de calidad frente a la evaluación que se hizo al principio, y la evaluación que se hizo al final. Esa información se les dio en ese momento, ya era público, por eso se les dio a los entrevistados.”

De modo que las muestras eran la pieza clave para utilizar eficientemente el tiempo tan corto, enfocar los esfuerzos editoriales y resultar adjudicatario del proceso de selección contractual. En este punto, es fundamental precisar en qué momento **CCE** dio a conocer oficialmente cuáles eran las muestras de Materiales Pedagógicos a entregar con la propuesta. Frente a este aspecto, **YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ** (Gerente de Materiales del **MEN** para la época de los hechos) afirmó durante su testimonio:

“**DELEGATURA:** “Para, para precisar esa, esa, eso que usted nos menciona de segundo y quinto, ¿sí? Segundo y quinto, ¿eso en qué momento se les dio a conocer a las editoriales eso?”

**YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ:** En la publicación de la... ¡En los pliegos! ¡Desde los pre-pliesgos está establecido! Incluso hay un anexo que explica por qué cada uno de los grados.”<sup>70</sup>

Las pruebas testimoniales presentadas, junto con el correo del 17 de junio de 2016, ratifican el carácter confidencial que tuvo la información a la que accedió **SM** respecto a la estructuración y evaluación del proceso de selección contractual, en particular los grados en relación con los cuales debían presentarse las muestras, hasta tanto no fue oficialmente publicada por **CCE** en el **SECOP II**, esto es, el 28 de junio de 2016. En otras palabras, la evidencia permite corroborar, sin duda alguna, que los investigados tuvieron información fidedigna y veraz sobre cuáles eran las muestras requeridas para la elaboración de la propuesta antes que estos datos fueran oficialmente publicados y antes que cualquier otro interesado en participar pudiera conocerlos.

Para mayor claridad, a continuación se presenta una tabla que permite evidenciar cómo la información advertida previamente en las diferentes pruebas que se presentaron tenía el carácter de confidencial o privilegiada.

**Tabla No. 5. Aplicación de criterios de información confidencial en el caso concreto**

criterio	Aplicación al caso	Se cumple
Debe darse al público pero no fue o aún no ha sido revelada	La información del proceso de selección contractual se hizo pública el 28 de junio de 2016 con la publicación en <b>SECOP II</b> por <b>CCE</b> . Con anterioridad a esa fecha, la información era confidencial.  A partir de las fechas de la cadena de correos electrónicos, que empezó el 10 de junio de 2016 y terminó el 17 de junio de 2016, se tiene que la información confidencial a la que accedieron los investigados tiene fecha anterior a la publicación oficial en <b>SECOP II</b> .	✓
Es concreta		

<sup>69</sup> Folio 3516 del cuaderno público No. 19 del Expediente.

<sup>70</sup> Folio 3516 del cuaderno público No. 19 del Expediente.



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

Criterio	Aplicación al caso	Se cumple
	<p>Como se observa en la cadena de correos electrónicos del 10 al 17 de junio de 2016, se accedió a datos puntuales de la estructuración y evaluación del proceso de selección contractual.</p> <p>Por ejemplo, la citada cadena de correos muestra no solo información detallada sino abundante:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(i) Se iba a evaluar un programa de formación.</li> <li>(ii) En el equipo de evaluadores de lenguaje no había personas cercanas a <b>SM</b>, pero en matemáticas sí.</li> <li>(iii) Se iban a dividir los grados escolares en grupos.</li> <li>(iv) Lo clave era el número de páginas.</li> <li>(v) El plazo de entrega de los Materiales Pedagógicos de muestra.</li> <li>(vi) <u>Las muestras que el MEN pediría de los Materiales Pedagógicos para presentar la oferta.</u></li> </ul>	✓
<p><b>Trae un beneficio para quien la tenga</b></p>	<p>A partir del acceso a información confidencial, el beneficio se materializó en que: (i) desde ese momento concentraron y diseñaron tareas, trabajos preliminares y contacto de potencial y futuro personal externo; (ii) <b>SM</b> fue la única empresa que cubrió todos los segmentos del proceso de selección a pesar de lo justo del tiempo; (iii) tuvieron suficiente tiempo para licenciar una parte de los Materiales Pedagógicos y con esto que <b>LAROUSSE</b> se presentara al segmento 3; (iv) fueron adjudicatarios directos e indirectos de todos los segmentos ofertados; y (v) lograron sortear con comodidad el hecho de que en procesos de contratación pública era la primera vez que se incluía como objeto contractual la edición de los textos educativos, lo cual implicaba un esfuerzo novedoso para las editoriales.</p>	✓

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

A partir de la tabla presentada es posible desvirtuar los argumentos de los investigados en sus observaciones al Informe Motivado en los que sostuvieron que no se probó que existiera información confidencial y que se obtuviera algún beneficio de la misma. Por el contrario, las pruebas que obran en el Expediente precisamente permiten determinar que a partir del acceso a información confidencial que respecto del proceso de selección contractual tuvo **SM**, esta compañía logró tener una ventaja ilegítima y suficientemente significativa para garantizar su participación sin la presión competitiva que tuvieron que soportar otros competidores.

En otras palabras, la conducta proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se encuadró perfectamente en el comportamiento desplegado por los investigados en razón a que **SM** participó en el proceso de selección contractual en unas condiciones que fueron indebidamente ventajosas y limitaron la competencia en el proceso competitivo, lo que a su vez implicó una vulneración a las condiciones de igualdad de oportunidades que debieron tener todos los proponentes y, así mismo, impidió que el **MEN** hubiera podido llevar a cabo una verdadera selección objetiva.

En virtud de la razones expuestas, este Despacho encuentra plenamente acreditado que **SM** tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso contractual objeto de investigación con lo que logró materializar decisiones que le permitieron participar desde una posición privilegiada y resultar adjudicatario sin presión competitiva significativa, conducta que se adecúa perfectamente a la descripción típica prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como una **práctica tendiente a limitar la libre competencia económica**. De tal modo, no le asiste razón a los investigados en el argumento según el cual supuestamente los cargos formulados se vincularon de manera arbitraria y sin fundamento legal con la prohibición general de la Ley 155 de 1959. Todo lo contrario, el análisis en conjunto de las pruebas presentadas permite evidenciar que las conductas desplegadas por los investigados sí cumplen con los elementos previstos en la norma y, por tanto, fueron tipificados de manera correcta y son completamente congruentes con lo que se encuentra acreditado en el presente acto administrativo.

Así mismo, se encuentra demostrado, de acuerdo con las pruebas obrantes en el Expediente, que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) y **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado la práctica tendiente a limitar la libre competencia.

En efecto, a partir del material probatorio que fue presentado previamente, es posible concluir que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** fue quien tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la preparación y estructuración del proceso de selección contractual y, además, que por su calidad de Representante Legal Principal y Gerente General de **SM** para el momento de ocurrencia de los hechos, logró materializar decisiones que finalmente llevaron a que **SM** participara desde el comienzo en una posición privilegiada, pues para el momento en que los otros interesados y proponentes apenas conocían de las condiciones en que había quedado estructurado en el proceso de selección contractual, **SM** bajo su dirección y el aprovechamiento ilegítimo de información confidencial, logró participar y resultar adjudicatario sin ninguna presión competitiva significativa.

Así las cosas, su comportamiento se adecuó a 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, al haber ejecutado la conducta restrictiva de la libre competencia económica proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Igualmente, el material probatorio recaudado durante el procedimiento administrativo sancionatorio permite concluir que **JAIME MARCO FRONTELO** también tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso de selección contractual objeto de investigación y, además, que por su calidad de Director Editorial de **SM** para el momento de ocurrencia de los hechos pertinentes para el caso, logró materializar decisiones que finalmente llevaron a que **SM** participara desde el comienzo en una posición privilegiada, pues para el momento en que los otros interesados y proponentes apenas conocían de las condiciones en que había quedado estructurado el proceso de selección contractual, el conocimiento y dirección editorial de **JAIME MARCO FRONTELO** permitió hacer un aprovechamiento ilegítimo de la información confidencial a la que accedieron, lo que le permitió a **SM** participar y resultar adjudicatario sin ninguna presión competitiva significativa.

En tal medida, su comportamiento se adecuó a 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, al haber ejecutado la conducta restrictiva de la libre competencia económica proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

#### 11.5.4. Conclusiones

- La existencia de asimetrías de información entre diversos agentes económicos en determinados mercados convierten la información en un recurso valioso que es determinante en la toma de decisiones.
- En la estructuración de un proceso de contratación existe determinada información que por sus particularidades, el manejo por parte de la entidad contratante y su relevancia en la confección de los criterios de selección del que será el futuro contratista, resulta confidencial. Dicha información se caracteriza por los siguientes aspectos: (i) debe darse a conocer al público pero no fue o aún no ha sido revelada; (ii) es concreta; y (iii) trae un beneficio para quien la tenga.
- Todas los interesados en contratar con el Estado deben gozar de idénticas oportunidades respecto del acceso a la información relacionada con el proceso licitatorio en los tiempos y a través de los mecanismos previstos en la ley, con lo que se garantiza la libre concurrencia en condiciones de igualdad de aquellos oferentes potencialmente habilitados para participar según las exigencias de cada proceso contractual y, a su vez, se beneficia a la entidad pública de las ventajas económicas que la competencia en el mercado le puede generar.
- En el ámbito de la contratación estatal, la publicidad de la información y la igualdad de oportunidades son elementos fundamentales para garantizar que todos los agentes participantes puedan actuar en condiciones que garanticen el libre desarrollo del proceso competitivo y materialicen el principio de selección objetiva.
- La información que fue compartida en la cadena de correos electrónicos del 10 al 17 de junio de 2016 tenía carácter confidencial, en particular aquella relacionada con las muestras que deberían entregarse al presentar la oferta, la cual no había sido divulgada al público ni a ningún interesado en participar en el proceso de selección contractual para el 17 de junio de 2016.



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

- Los investigados tuvieron acceso a información fidedigna y veraz sobre cuáles eran las muestras requeridas para la elaboración de la propuesta antes que estos datos fueran oficialmente publicados y antes que cualquier otro interesado en participar pudiera conocerlos.
- El acceso a la información confidencial le significó a **SM** de manera ilegítima una ventaja competitiva fundamental en el marco de un proceso de selección en el que, como lo manifestaron expresamente los investigados, “*los tiempos son claves!*”.

**DÉCIMO SEGUNDO:** Frente a las observaciones al Informe Motivado presentadas por los investigados, a continuación este Despacho abordará los argumentos que no hayan sido respondidos en consideraciones anteriores.

### **12.1. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la confidencialidad de la información**

En forma coincidente **SM**, **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO** señalaron en sus observaciones al Informe Motivado que existían múltiples factores de los cuales provino la información que se presume como confidencial: (i) experiencia; (ii) rumores y (iii) información manifestada en el taller del 1 de junio de 2016, así como la manifestada en el taller del 9 de junio de 2016 -que no era confidencial- y que la Delegatura reconoce como entregada de manera informal por el **MEN**. Agregaron que la información detallada en los correos del 10 al 17 de junio de 2016 no fue acertada con respecto a los requisitos de los pliegos de condiciones.

Para los investigados la información confidencial que el **MEN** buscaba proteger, evitar su divulgación y era esencial para la participación en el proceso de contratación pertenece a los criterios de evaluación incluidos en los pliegos de condiciones: (i) factor económico; (ii) factor técnico y (iii) puntaje para estimular la industria nacional. **SM** ni sus empleados tenían conocimiento o información sobre dichos factores.

Así mismo, sostuvieron que si hubieran tenido acceso a información confidencial y relevante probablemente hubieran ofrecido precios más altos y beneficiosos, toda vez que era grande la superioridad en el factor técnico. Está demostrado que no obtuvieron acceso a información cuyo contenido sí era verdaderamente confidencial, el factor económico. El carácter competitivo de los precios demuestra que **SM** en ningún momento dio por ganada la licitación y su propuesta iba encaminada a competir en todos los factores que otorgaban puntaje.

De otra parte, señalaron que los criterios de evaluación que fueron mencionados en los testimonios por funcionarias del **MEN** es lo único que se probó como confidencial y que solo fueron conocidos cuando **CCE** procedió con su publicación.

Por último, agregaron que la declaración de **JAIME MARCO FRONTELO** al señalar que no todos los rumores son tenidos en cuenta ni compartidos con sus superiores, sino únicamente los que parecen más plausibles, es consistente con lo denominado por la doctrina sobre “*Rumorología*” como “*cascada de información*”. En ese sentido, los rumores que circulaban en el medio editorial fueron sustentados por varios testimonios.

Los argumentos presentados por los investigados, que en esencia se dirigen a tratar de cuestionar el carácter confidencial o privilegiado de la información a la que accedieron, no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, es necesario precisar que para este Despacho se encuentra acreditado que el acceso a la información sobre la programación del taller del 9 de junio de 2016, ni la posición de **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** en la **CCL** fueron los factores determinantes que dieron una ventaja anticompetitiva a **SM**.

De otra parte, se encuentra suficientemente demostrado a través de prueba directa que la información compartida en la cadena de correos electrónicos del 10 al 17 de junio de 2016 era la que tenía carácter confidencial, en particular aquella relacionada con las muestras que deberían entregarse al presentar la oferta, la cual no había sido divulgada para el 17 de junio de 2016 al público ni a ningún interesado en participar en el proceso de selección contractual.



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

Sobre el particular, debe anotarse que las muestras de los Materiales Pedagógicos –y, sobre todo, la determinación de los grados en relación con los cuales se exigirían las muestras– se convirtieron, para el momento en que fueron conocidas por **SM**, en un factor clave y fundamental para lograr la entrega de la oferta. En efecto, esta iba a ser y fue la variable a partir de la cual se evaluó el factor técnico que era el que mayor puntaje recibiría para el proceso de selección contractual objeto de investigación. De manera que tener información sobre este elemento garantizaría una mayor probabilidad de adjudicación, como en efecto ocurrió.

Así mismo, no se encuentra una explicación razonable para que si la información supuestamente era pública los investigados precisamente refirieran en los correos que la misma tenía carácter “confidencial”. Más aún, si en realidad la información tenía carácter público, no se justificaría la contradictoria necesidad de los investigados de recurrir a distintas fuentes alternativas a través de las cuales aparentemente habrían accedido a dicha información, fuentes que, además, no se encuentran identificadas en forma fidedigna (i.e. “rumorología”).

De tal modo, no resulta de recibo para este Despacho ninguno de los múltiples factores de los cuales los investigados pretenden demostrar que provino la información y, por esa vía, probar que era pública, así como tampoco logra desvirtuarse el carácter confidencial de la misma.

## **12.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el acceso a la información y el uso ventajoso de la misma**

Los investigados censuraron que no hay prueba de que **SM** haya iniciado el desarrollo editorial con anticipación a la publicación del proyecto de pliego de condiciones. Por el contrario, se encuentra probado que en la “etapa previa”, todas las empresas empiezan a gestionar internamente tareas y toma de decisiones relacionadas con las licitaciones, sin que implique una inversión en términos económicos. En ese sentido, agregaron que las editoriales inician ciertas labores antes de la publicación del proyecto de pliego de condiciones en preparación para una licitación. No obstante, al tomar estas decisiones a ciegas y sin información cierta y veraz, los trabajos previos suelen ser un riesgo, pues las condiciones del proceso pueden cambiar.

Así, los investigados precisaron que iniciaron trabajos previos a partir del 9 de junio de 2016, cuando los funcionarios del **MEN** informaron a las editoriales que se iba a abrir un proceso de licitación. Sin embargo, los trabajos realizados hasta el 28 de junio de 2016 consistían meramente en trabajos previos y administrativos al interior de **SM** para prepararse para la elaboración de la propuesta y los materiales pedagógicos una vez se publicara el proyecto de pliegos de condiciones, pues no contaban con información suficiente para poder adelantar otras labores. En ese orden de ideas, señalaron que el 1 de julio de 2016 se realizó la primera contratación por parte de **SM**, días después de la publicación del pliego de condiciones, lo que se encuentra probado mediante contratos que fueron aportados como prueba y que, pese a ello, se cuestionó la veracidad de sus fechas, aduciendo que no proporcionaron información veraz.

De otra parte, sostuvieron que el correo electrónico del 5 de julio de 2016 enviado por **JAIME MARCO FRONTELO** a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** se excluyó deliberadamente del análisis probatorio pese a que demostraría que a esa fecha “los Investigados no habían iniciado el desarrollo editorial y que apenas se encontraban en la etapa de análisis del proyecto de pliegos de condiciones y formación de los equipos”. En el mismo correo, **JAIME MARCO FRONTELO** advirtió a sus superiores “estar haciendo encargos sin tener un presupuesto aprobado, pero la urgencia es tal que o encargo ya o no vamos a alcanzar más tarde”. A juicio de los investigados, lo anterior indicaría que el cronograma y las labores editoriales se iniciaron después de publicado el proyecto de pliego de condiciones y sin tener un presupuesto por efectos del tiempo con el que contaban y que la experiencia de los investigados era suficiente para poder hacer los cálculos de tiempo y presupuesto necesarios para su participación.

Adicionalmente, los investigados indicaron que cuando **SM** inició su desarrollo editorial y realizó inversiones económicas se había publicado el proyecto de pliego de condiciones, por lo cual contaba con suficiente información para poder adelantar cualquier tipo de trabajos y establecer un cronograma. Además, **SM** participó en procesos de contratación con condiciones similares e incluso fue adjudicatario de uno por agregación de demanda a nivel nacional (proceso **LP-MEN-19-2015**), lo cual le otorgó la experiencia suficiente para anticipar las condiciones del proceso de contratación.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Alegaron que se tergiversó la declaración de **JUAN PABLO PÉREZ MOLINA**, representante legal de **SM**, quien no dijo que se necesitaba "un presupuesto confirmado y establecido por la entidad contratante", sino "un presupuesto de la empresa". Así, en ningún momento se manifestó que se necesitaba tener "un presupuesto cerrado sin posibilidades de tener márgenes de error". Al igual, los representantes legales de **EDUCAR** y **SANTILLANA** manifestaron que "sus empresas toman decisiones y empiezan a desarrollar trabajos a partir de la publicación del proyecto de pliego de condiciones, es decir, antes de tener un presupuesto cerrado".

Los investigados también señalaron que se acusó sin fundamento a **SM** y sus empleados de tergiversar las fechas de los trabajos para que "cuadraran con los tiempos del proceso". Esto demuestra un ejercicio subjetivo y malintencionado para concluir que la defensa se inventó su propio cronograma de trabajo para que no resultara sospechoso. Por el contrario, las fechas en que **SM** inició su trabajo editorial coinciden con las fechas en que también lo hicieron las demás editoriales.

Finalmente, resaltaron que el factor determinante no era el tiempo sino la calidad del material elaborado por las editoriales. En esa medida, las muestras de las demás editoriales (**SANTILLANA** y **L&L**) fueron evaluadas, pero el factor técnico determinó que sería **SM** la empresa adjudicataria por lo que se cometió un error al argumentar que el éxito de **SM** obedeció al tiempo que tuvo para preparar las muestras, sin enfocarse en que su material era superior a otras editoriales.

Los argumentos presentados por los investigados que en esencia se dirigen a tratar de cuestionar el carácter confidencial o privilegiado de la información a la que accedieron no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

Sobre el particular, las observaciones de los investigados giran en los siguientes aspectos: (i) que podían iniciar el cronograma de trabajo sin tener un presupuesto cerrado porque tenían la suficiente experiencia para tomar este tipo de decisiones; (ii) que para avanzar en un proceso que se adelanta como agregación de demanda no hay que tener presupuesto cerrado; y (iii) que el trabajo editorial de las muestras empezó el 5 de julio de 2016.

En primer lugar, es importante señalar que los términos y condiciones del proceso de selección contractual eran diferentes a las otras contrataciones públicas a las que se presentó **SM**. De manera que, al ser distinto y novedoso en varios aspectos, particularmente porque planteaba un trabajo editorial más dispendioso y complejo, generaba incertidumbre y riesgos que no podían ser perfectamente equiparables a lo acontecido en procesos anteriores. Así, los investigados pudieron sortear esas dificultades porque, gracias a la información confidencial a la que accedieron, tuvieron más tiempo y una hoja de ruta de trabajo más clara desde el 10 de junio de 2016, como se encuentra suficientemente acreditado. En este punto es importante señalar que acreditar experiencia y éxito en procesos de contratación pública nada dice sobre la posibilidad que tiene un competidor en el mercado para acceder a información confidencial de manera indebida y a las ventajas que puede obtener y materializar con ese acceso.

En segundo lugar, si bien es cierto que en un instrumento por agregación de demanda, la demanda influye en el cálculo del presupuesto, es importante tener en cuenta dos aspectos de cara a la decisión de presentar una propuesta: (i) **SM** debía al menos tener una aproximación de sus costos y (ii) un acercamiento de lo que sería la demanda proyectada de las órdenes de compra canalizadas a través de la Tienda Virtual del Estado Colombiano, principalmente para definir sus ingresos.

En línea con lo anterior, es contradictorio que los investigados aduzcan que no es necesario tener cerrado un presupuesto para iniciar tareas, cuando **JUAN PABLO PÉREZ MOLINA** (Representante Legal Principal y Gerente General actual de **SM**)<sup>71</sup> reconoció la importancia de tener un presupuesto listo para determinar si se presentan o no a un proyecto:

**"SANTILLANA":** "Es el único procedimiento que existe al interior de **SM**, ¿Para participar en una licitación pública?"

**JUAN PABLO PÉREZ MOLINA:** *Esto son los frentes, digamos que estoy mencionando los frentes generales, por supuesto mirar la viabilidad técnica pues requiere los detalles editoriales, de los detalles de operación, del producto, del tiempo de producción, hay muchos ítems orientados a operaciones, y en finanzas pues bueno hay que hacer un*

<sup>71</sup> Folios 3542 y 3543 del cuaderno público No. 19 del Expediente. Interrogatorio de parte del 18 de febrero de 2019.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

presupuesto, hay que revisarlo y re-contra revisarlo interna y globalmente, para poder presentarse."

Como puede apreciarse, el argumento dirigido a señalar que se tergiversó la anterior declaración resulta absolutamente infundado, máxime cuando de su lectura, sin mayor interpretación, se desprende fácilmente su alcance. Esto sumado a que, valorado en conjunto con otras pruebas, es concordante lo dicho por **JUAN PABLO PÉREZ MOLINA**. En efecto, en similar sentido, al rendir declaración durante visita administrativa de inspección **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** destacó, en relación con una de las variables que conforman un presupuesto, la necesidad y la relevancia de saber los costos de producción y estimar los precios con que diligenciarían la oferta económica<sup>72</sup>, sostuvo que:

**"ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA:** *"La matriz de precios o sea, la conozco yo, el financiero y de pronto la jefe de contabilidad y nadie más. Porque es que esa es la estrategia de, de SM. O sea mejor dicho ese cuadro de Excel lo tengo yo, JAIME con los costos editoriales, pero es un tema, o sea nosotros estamos convencidos que como el conocimiento que tenemos de eso es lo que nos da una ventaja competitiva (...)"*<sup>73</sup>.

Asimismo, como otra de las variables que son fundamentales para determinar un presupuesto, **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** destacó en su interrogatorio la importancia de las cantidades demandadas. Más exactamente para este caso, cuántos libros potencialmente se comprarían:

**"ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA:** *"(...) Discutimos otros temas de la licitación, como por ejemplo, que la cantidad mínima de libros a entregar era muy poquita o por ejemplo el tema de costos (...)"*<sup>74</sup>.

Así las cosas, en cualquier caso, este Despacho encuentra que el material probatorio que obra en el Expediente permite concluir que **SM** tuvo acceso a información confidencial antes que esta estuviera públicamente disponible en igualdad de condiciones para los demás competidores, lo que le permitió anticiparse en condiciones ilegítimamente ventajosas que limitaron la libre competencia, pues no de otra forma puede explicarse cómo los investigados lograron tener detalles concretos y específicos sobre algunas de las condiciones del proceso de selección contractual desde el 10 de junio de 2016. Por lo tanto, el acceso a esta información le permitió a **SM** sacar provecho de la brevedad del tiempo otorgado por **CCE** para entregar la propuesta.

De otra parte, es necesario reiterar que a partir del acceso a información confidencial, el beneficio para los investigados se materializó en que: **(i)** desde ese momento concentraron y diseñaron tareas, trabajos preliminares y contacto de potencial y futuro personal externo; **(ii)** **SM** fue la única empresa que cubrió todos los segmentos del proceso de selección a pesar de lo justo del tiempo; **(iii)** tuvieron suficiente tiempo para licenciar una parte de los Materiales Pedagógicos y con esto que **LAROUSSE** se presentara al segmento 3; **(iv)** fueron adjudicatarios directos e indirectos de todos los segmentos ofertados; y **(v)** lograron con comodidad el hecho de que en procesos de contratación pública era la primera vez que se incluía como objeto contractual la edición de los textos educativos, lo cual implicaba un esfuerzo novedoso para las editoriales.

Lo anterior se encuentra acreditado con la cadena de correos electrónicos del 10 al 17 de junio de 2016 y del 6 de julio de 2016 en que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** afirmó expresamente que *"este es el proceso más importante en el que hemos estado y, seguramente, en el que estaremos en un buen tiempo"*<sup>75</sup>.

*"From: "Arboleda Zapata, Isabel Cristina" <GRUPO EDITORIAL SM/EXCHANGE ADMINISTRATIVE GROUP (FYDIBOHF23SPDLT)/RECIPIENTS/IARBOLEDA>*

<sup>72</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 70190 del 20 de septiembre de 2018. Imagen No. 2 en la Hoja No. 14.

<sup>73</sup> Folio 1543 del cuaderno reservado de **SM** No. 1 del Expediente. Declaración tomada en Visita Administrativa a **SM** el 27 de noviembre de 2017.

<sup>74</sup> Folios 3542 y 3543 del cuaderno público No. 19 del Expediente. Interrogatorio de parte del 18 de febrero de 2019.

<sup>75</sup> Correo de 6 de julio de 2016 remitido por **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** a **JAIME MARCO FRONTELO** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Pág. 36 de la Resolución 70190 de 20 de septiembre de 2018).



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Sent: 7/6/2016 1:23:10 PM +0000  
To: "García López, Rodrigo" <rodrigo.garcia@grupo-sm.com>; "Marco Frontelo, Jaime" <jaime.marco@grupo-sm.com>  
Subject: RE: Estado avances de la licitación

Hola Jaime,

Me uno a lo que dice Rodrigo. **Apreciamos el informe porque este es el proceso más importante en el que hemos estado y, seguramente, en el que estaremos en un buen tiempo.** Algunos comentarios:

**De acuerdo con que arranques sin tener cerrado el presupuesto. Aquí los tiempos son claves! Ya iremos cerrando el ppto.**

Tenemos que poder llegar a 160 páginas y cubrir todo lo que se pide.

Has revisado las guías que hiciste con María Alexandra para la licitación de Ecuador?

Si vemos grave el desarrollo del grado 11, úes nos presentamos con lo que tenemos y cotizaremos con el precio más bajo posible.

Nos vemos la próxima semana.

Saludos,

(...) (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Igualmente, el beneficio para los investigados se encuentra acreditado con la posición que el acceso a la información confidencial le dio a **SM** para hacer el trabajo editorial sobre la muestras de Materiales Pedagógicos que serían evaluados, utilizando la brevedad del tiempo que tuvieron sus competidores a su favor, el inicio de un cronograma de trabajo editorial que, en últimas, permitió que **SM** fuera el único proponente en presentar los Materiales Pedagógicos de muestra a todos los segmentos y ser adjudicatario tal y como se evidencia en la **Tabla No. 4** del presente acto administrativo.

En tal sentido, para este Despacho los diferentes argumentos presentados por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado que en esencia están dirigidos a cuestionar que el acceso a la información relacionada con el proceso de selección contractual, en cualquier caso, no les representó ninguna ventaja ilegítima, no son de recibo y se rechazan por improcedentes.

Sobre el particular, debe reiterarse que precisamente las muestras de los Materiales Pedagógicos –y, sobre todo, la determinación de los grados en relación con los cuales se exigirían las muestras– se convirtieron, para el momento en que fueron conocidas por **SM**, en un factor fundamental para lograr la entrega de la oferta. En efecto, esta iba a ser y fue la variable a partir de la cual se evaluó el factor técnico que era el que mayor puntaje recibiría para el proceso de selección contractual objeto de investigación. De manera que tener información sobre este elemento garantizaría una mayor probabilidad de adjudicación, como en efecto ocurrió.

De modo que diferentes pruebas que obran en el Expediente permiten a este Despacho determinar que el conocimiento de la información relacionada con qué muestras específicamente iban a ser evaluadas, en particular los grados en relación con los cuales debían presentarse las muestras, eran la pieza clave para utilizar eficientemente el tiempo, enfocar los esfuerzos editoriales y resultar adjudicatario del proceso contractual, máxime cuando esa información no fue oficialmente publicada por **CCE** en el **SECOP II** sino hasta el 28 de junio de 2016 y la fecha de presentación de las ofertas fue prevista para el 19 de agosto de 2016. De tal modo, los investigados tuvieron acceso a información fidedigna y veraz sobre cuáles eran las muestras requeridas para la propuesta antes que estos datos fueran oficialmente publicados.

De manera que está probado que antes de la publicación del proceso de selección contractual en el **SECOP II**, los investigados se habían enterado, con un nivel de detalle imposible de predecir hasta para el agente más experimentado de este mercado o de explicar como una coincidencia, acerca de cuáles serían exactamente las muestras de Materiales Pedagógicos a evaluar en cada uno de los segmentos –las cuales se mantuvieron idénticas en el proyecto de pliego de condiciones y pliegos de condiciones definitivos–. En esa medida, tuvieron la suficiente ventaja de tiempo para concentrar sus esfuerzos y recursos en editar exclusivamente esos Materiales Pedagógicos de



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

muestra de todos los segmentos, así como para asegurar las correspondientes contrataciones de profesionales externos para ese propósito antes que los demás competidores.

De acuerdo con lo anterior, el hecho de que **SM** hubiera tenido acceso a esta información tan precisa sobre las muestras a entregar definitivamente determinó su éxito en el proceso contractual, en el que precisamente el tiempo era muy corto, comportamiento que, sin lugar a duda, limitó la libre competencia económica.

Finalmente, en relación con el argumento presentado por los investigados en sus observaciones al Informe Motivado en el sentido de que antes del proyecto de pliego de condiciones solo hubo trabajos preliminares, que no tuvieron que ver con el planteamiento y desarrollo del cronograma editorial del proceso contractual objeto de investigación, de manera que haber conocido en ese momento cuáles eran las muestras supuestamente carecía de importancia, es un argumento que no está llamado a prosperar y resulta bastante cuestionable si se toma lo dicho por **MARA ROCÍO BENAVIDES REINA** (Gerente Editorial de contenidos editoriales para América Latina de **EDITORIAL NORMA** para la época de los hechos)<sup>76</sup> en cuanto a que todas y cada una de las características o elementos que se conozcan sobre el trabajo editorial son fundamentales, lo que incluso fue ratificado en la declaración rendida por **JAIME MARCO FRONTELO**:

*“**APODERADO DE JAIME MARCO FRONTELO:** “Dentro de esa información, si le entendí bien y para precisar, ¿el número de páginas que debe contener un material es importante para iniciar el proceso editorial?”*

***MARA ROCÍO BENAVIDES REINA:** Claro, claro porque son características de producto, no es lo mismo escribir sobre la célula una página que una enciclopedia. Uno puede hacer de un contenido, una página, un párrafo, como en un diccionario, o toda una enciclopedia. Si yo tengo 300 páginas para escribir el programa de matemáticas de tercero, no es lo mismo que tener 150 páginas para escribir el programa de matemáticas de tercero. ¿Sí? **Entonces todas las características son importantes.** Hay licitaciones como las de Chile en las que le miden a uno, cuántas niñas, cuántos niños, en qué actividades están y eso hace parte de los criterios de revisión de los materiales, para que entiendan la especificidad.”<sup>77</sup>*

Como puede apreciarse, “todas las características son importantes”. Lo anterior cobra aún más relevancia si se piensa que, dada la gran demanda que tiene el personal “free lance” del mundo editorial, saber casi dos semanas antes qué grados escolares serían evaluados permitía saber si, por ejemplo, se necesitaba más ilustradores, diagramadores, correctores, entre otros, que se ajustaran mejor y más específicamente a las necesidades de edición concretas de los Materiales Pedagógicos de muestra, es decir, 2°, 5°, 6°, 9° y 11°, que las de cualquier otro grado.

Las razones expuestas son suficientes para rechazar por improcedentes cada uno de los argumentos presentados por los investigados en relación con que no tuvieron ninguna ventaja con el acceso a información confidencial respecto del proceso de selección contractual objeto de investigación.

### **12.3. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el “amigo” del MEN**

Los investigados censuraron que pese a determinarse que **WILLIAM MEJÍA BOTERO** no era el *amigo* del **MEN**, no se demostró quién lo era. Así, señalaron que debe contarse con la certeza de quién era el presunto emisor de “información confidencial”, sin lo cual “no existen elementos de juicio suficientes que soporten una eventual sanción, pues el origen del caso se queda sin sustento”.

En ese sentido, sostuvieron que existió discrepancia en las manifestaciones de **WILLIAM MEJÍA BOTERO** y las funcionarias del **MEN** sobre la calidad de la información. El primero, manifestó que en la reunión del 1 de junio de 2016 los funcionarios del **MEN** no calificaron como confidencial o reservada la misma, mientras las funcionarias del **MEN** sí expresaron haber comunicado que era confidencial.

<sup>76</sup> Folio 3541 del cuaderno público No. 19. Testimonio del 28 de febrero de 2019.

<sup>77</sup> Folios 3542 y 3543 del cuaderno público No. 19 del Expediente. Interrogatorio de parte del 18 de febrero de 2019. Minuto 31:32.



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

Por último, agregaron que el hecho de que **WILLIAM MEJÍA BOTERO** no recuerde haber manifestado a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** lo dicho en la reunión del 1 de junio de 2016 no significa que esto no haya sucedido, debido a que para la época del testimonio había transcurrido casi tres (3) años desde que se dio la conversación. Además, tampoco existen manifestaciones uniformes que logren concluir el supuesto acceso a información confidencial por parte de **SM** y sus directivos.

Los argumentos presentados por los investigados no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, debe resaltarse que el “*amigo del Ministerio*” mencionado en la cadena de correos y que los investigados dijeron que era **WILLIAM MEJÍA BOTERO** no era él y que, además, la información que fue circulada y que se le atribuyó a **WILLIAM MEJÍA BOTERO** como pública, en cualquier caso, era confidencial en la medida en que –si hubiera sido él la fuente de la información– sí firmó un compromiso de esta índole desde el 2 de junio de 2016.

En efecto, los investigados en el transcurso de la investigación señalaron que el “*amigo del Ministerio*” en realidad no se trataba de una persona vinculada al **MEN**, sino que era **WILLIAM MEJÍA BOTERO**, quien había sido contactado para ser evaluador de textos del proceso contractual y había declinado su interés en prestar sus servicios sin haberse obligado con cláusula de confidencialidad alguna. Por lo tanto, según esta explicación de los investigados la información que **WILLIAM MEJÍA BOTERO** les proporcionó –y que quedó plasmada en la referida cadena de correos electrónicos– era pública.

Sin embargo, se encuentra demostrado que las justificaciones planteadas por los investigados son falsas. De hecho, cuando se le preguntó específicamente a **WILLIAM MEJÍA BOTERO** si él le había proporcionado a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** la información contenida en el correo del 10 de junio de 2016, en la que ella claramente mencionó a su “*amigo del Ministerio*” al decir que se había reunido con él y que le había entregado información, respondió lo siguiente:

**“APODERADO DE SANTILLANA:** *“¿Se reunió usted con ISABEL CRISTINA el día 10 de junio de 2016?”*

**WILLIAM MEJÍA BOTERO:** *No me reuní.*

(...)

**APODERADO DE SANTILLANA:** *Para hacer breves las preguntas, de la información que está plasmada en ese correo electrónico, ¿Qué información entregó usted a ISABEL CRISTINA ARBOLEDA?”*

**WILLIAM MEJÍA BOTERO:** *No le entregué información porque yo no me reuní con ella el 10 de junio*<sup>78</sup>.

De manera que, incluso abiertamente, **WILLIAM MEJÍA BOTERO** confirmó que él no se había reunido ni le había entregado la información que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** plasmó en el correo del 10 de junio de 2016. La claridad y el análisis en conjunto de la declaración presentada con otros medios de prueba que obran en el Expediente resultan suficientes para descartar de plano el argumento según el cual que el testigo no recuerde no significa que el hecho no haya sucedido. Nótese que contrario a que el testigo afirmara que no recordaba si el hecho sucedió o no, su respuesta estuvo inequívocamente dirigida a negar categóricamente la existencia de la reunión y, por ende, precisó que no entregó ninguna información.

En línea con lo anterior, vale la pena agregar que, dado que los investigados faltaron a la verdad en decir que el “*amigo del Ministerio*” era **WILLIAM MEJÍA BOTERO**, para este Despacho ese comportamiento, consistente en no haber suministrado información veraz en el curso de la investigación, es considerado como un indicio en su contra según lo dispuesto en el artículo 241 del Código General del Proceso.

En segundo lugar, y aunque en gracia de discusión se admitiera que el “*amigo del Ministerio*” en efecto hubiera sido **WILLIAM MEJÍA BOTERO**, los investigados señalaron que esa información era

<sup>78</sup> Folios 3542 y 3543 del cuaderno público No. 19 del Expediente. Testimonio del 18 de febrero de 2019.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

pública porque para ese momento él no había firmado ningún acuerdo de confidencialidad, por lo tanto, todo lo que les habría comunicado era público. Al respecto, también se encuentra acreditado que esta parte de un supuesto que no es cierto, en la medida en que **WILLIAM MEJÍA BOTERO** había firmado una carta de confidencialidad desde el 2 de junio de 2016 y, por lo tanto, aun cuando no fue contratista, en el marco de esa cláusula de confidencialidad él sabía que con este compromiso no podía revelar nada que hubiera sabido por parte del **MEN** sobre el proceso contractual objeto de investigación.

Para estos efectos, a continuación se presenta el correo electrónico con el asunto "*Licitación de libros de texto escolar*" y que fue remitido el 14 de julio de 2016 por **WILLIAM MEJÍA BOTERO** a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**, que además contiene una manifestación que aquel le presentó a la Gerente de Materiales del **MEN**, en el que se evidencia que expresamente indicó al final que "*puede tener la seguridad de que no divulgaré la información confidencial del proyecto recibida hasta hoy*", lo cual implica que él reconocía la naturaleza de confidencialidad de la información y su obligación de no revelarla:

**"From:** William Mejia <William.mejiabotero@gmail.com>  
**Sent:** Thursday, July 14, 2016 2:49 PM  
**To:** Enrique González; Arboleda Zapata, Isabel Cristina  
**Subject:** Licitación de libros de texto escolar

*Buenas tardes, Isabel y Enrique:*

*Para su información, les remito una parte de las comunicaciones que acabo de enviarle a Angelica Ortega, Gerente de Materiales del Ministerio de Educación.*

*Buenas tardes, Angélica.*

*Ante su demora en responder mis correos, que contrasta con la urgencia con que yo debía contestar los recibidos del Ministerio de Educación Nacional, me percaté de que la comunicación con ustedes no era suficientemente clara, fluida y completa, lo cual riñe con mi estilo de trabajo.*

*Por ejemplo, solo hasta hoy pude verificar que los honorarios bajos, ofrecidos por el MEN y que cuestionamos varios de los posibles evaluadores en la reunión de junio 1, se habían incrementado en más del 100% para el caso de los evaluadores de lenguaje, área en la que yo iba a participar. Pasaron 43 días para saber, por escrito, cómo había cambiado esta regla de juego.*

*Durante el tiempo en el que esperaba, empecé a buscar posibilidades de trabajo free lance donde no existiera esa condición: "la recepción de los documentos NO ES UNA GARANTÍA de la contratación", lo que de alguna manera deja entre paréntesis la vinculación de personas que, como yo, nunca han sido contratistas del Estado y que deben presentar una amplia documentación (como los 15 documentos que pedían que entregara el 23 de junio).*

*En consecuencia, lamento informarle que he decidido no intervenir en este proyecto.*

*Agradezco el hecho de haber sido invitado a participar. Como no voy a hacerlo, solicito la destrucción de la documentación que entregué el 23 de junio, conforme a lo que me pidieron, pues no voy a ser contratista del Estado.*

**Puede tener la seguridad de que no divulgaré la información confidencial del proyecto recibida hasta hoy.**

*Reciba un cordial saludo.*

*William*

*(...)"<sup>79</sup> (Subrayas y negrillas fuera de texto original).*

Con todo, hay que precisar que la confidencialidad de una información no depende exclusivamente de la existencia o suscripción de un acuerdo de confidencialidad. Más concretamente, un acuerdo de confidencialidad sirve como un medio para reconocer y delimitar el alcance de la confidencialidad

<sup>79</sup> Folios 1942, 2399 y 2902 del cuaderno reservado general No. 3 del Expediente.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

y, sobre todo, sirve para generar derechos y obligaciones encaminadas a comprometer a una de las partes o a ambas a garantizar el carácter reservado de la información. Puntualmente, el acuerdo de confidencialidad no es una condición necesaria para la existencia de una información confidencial, por lo que cualquier argumento de los investigados, dirigido a exigir que para que una información sea confidencial requiere necesariamente de un acuerdo de confidencialidad o condiciones similares, no es aceptable.

Del mismo modo, no es aceptable el argumento según el cual por el hecho de que se acreditó que **WILLIAM MEJÍA BOTERO** no era el "amigo del Ministerio", debía entonces probarse quien sí lo era para que fuera procedente establecer la responsabilidad de los investigados. Al respecto, debe anotarse que basta con que se encuentre suficientemente demostrado que la información a la que accedió **SM** respecto del proceso de selección contractual tenía carácter confidencial. Dicho de otro modo, el hecho de identificar quien suministró o filtró la información no es relevante a efectos de establecer la existencia de una práctica que limitó la libre competencia, máxime cuando tal exigencia no se desprende del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y, además, se encuentra suficientemente probado que la información tenía carácter privilegiado.

Como si lo anterior no fuera suficiente, a partir de la queja<sup>80</sup> identificada con No. 16-445553-0 del 6 de diciembre de 2016, se encontró que con ocasión de la preparación y estructuración que hizo el **MEN** y **CCE**, se habían firmado acuerdos de confidencialidad<sup>81</sup> que tenían como propósito mantener la reserva de la información que se compartiera con cualquier persona que conociera una parte o la totalidad de los detalles del proceso contractual.

Sobre el particular, existe prueba directa que permite no solo contextualizar la confidencialidad de la información del proceso contractual, sino además evidenciar que **WILLIAM MEJÍA BOTERO** firmó el 2 de junio de 2016 un acuerdo sobre el particular:

**ESPACIO EN BLANCO**

**ESPACIO EN BLANCO**

<sup>80</sup> Folios 1 a 6 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

<sup>81</sup> De conformidad con la información obrante a folio 6 del cuaderno público No. 1 y folios 3542 y 3543 del cuaderno público No. 19 del Expediente, todas las cartas de confidencialidad que fueron firmadas son idénticas.



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

### Imagen No. 1. Carta de confidencialidad de WILLIAM MEJÍA BOTERO

Bogotá 2 de junio de 2016.

Señores

Ministerio de Educación Nacional

E. S. M.

REFERENCIA: CLÁUSULA DE CONFIDENCIALIDAD

Respetados señores:

Yo **William Mejía Botero**, identificado con la C.C No. 19.050.549 de Bogotá, de manera atenta me permito informar que deseo participar en el proceso para la elección del equipo de trabajo que tendrá como propósito (*Evaluar el material educativo que hará parte del proceso de dotación que ha implementado el Ministerio de Educación Nacional, a través de la Dirección de Calidad*); en virtud de que durante este proceso se divulgará información confidencial que será utilizada en procesos contractuales me permito manifestar:

**CONFIDENCIALIDAD.** Durante el proceso precontractual, contractual y poscontractual me comprometo a: 1) Manejar de manera confidencial la información que como tal sea presentada y entregada, y toda aquella que se genere en torno a ella como fruto de la prestación de los servicios. 2) Guardar confidencialidad sobre esa información y no emplearla en beneficio propio o de terceros mientras conserve sus características de confidencialidad o mientras sea manejada como un secreto empresarial o comercial. 3) Solicitar previamente y por escrito autorización para cualquier publicación relacionada con el tema del contrato, autorización que debe solicitarse ante el Supervisor y/o Interventor del contrato presentando el texto a publicar con un mes de antelación a la fecha en que desea enviar a edición. 4) Informar inmediatamente, al Ministerio de Educación Nacional sobre cualquier hallazgo o innovación alcanzada en el desarrollo de su trabajo, a colaborar con la mayor diligencia en la documentación y declaración de lo hallado y a mantener sobre todo ello los compromisos de confidencialidad requeridos y necesarios.

Cordialmente,



William Mejía Botero

C.C No. 19.050.549 de Bogotá

Fuente: Documento contenido en el Expediente<sup>82</sup>. (Recuadros rojos no originales).

La prueba presentada permite corroborar la existencia de información que por sus características en la preparación y estructuración del proceso de selección contractual tenía carácter confidencial y, además, la prohibición de que esa información fuera utilizada en beneficio propio o de terceros mientras conservara ese carácter.

Así mismo, puede apreciarse que quienes firmaron la cláusula de confidencialidad aún no estaban contratados como evaluadores, ni se les caracterizaba por tener algún vínculo con el **MEN**. De forma que simplemente con el acercamiento o “*deseo de participar en el proceso para la elección*” de evaluadores tenían que firmar dicha cláusula. Igualmente, la fecha resulta relevante en la medida en que las firmas de estas cartas ocurrieron precisamente en la etapa de preparación y estructuración del proceso contractual, el cual, para ese momento, todavía no se había publicado oficialmente en el **SECOP II** y, por lo tanto, la información no circulaba públicamente. Justamente por esta razón es que las cartas de confidencialidad demuestran que antes de la publicación del oficial del proceso de selección contractual era imperativa la necesidad de mantener la reserva de la información.

Adicionalmente, la evidencia presentada analizada en conjunto corrobora lo escrito por **WILLIAM MEJÍA BOTERO** en su correo electrónico del 14 de julio de 2016 en que afirmó que “*puede tener la seguridad de que no divulgaré la información confidencial del proyecto recibida hasta hoy*”. Esa afirmación ratifica que sobre la información que el **MEN** le había entregado se reconocía el carácter confidencial con el que fue suministrada.

En virtud de las razones expuestas, se rechazan por completo los argumentos presentados por los investigados en las observaciones al Informe Motivado sobre el particular.

<sup>82</sup> Folio 3425 del cuaderno público No. 19 del Expediente.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

#### 12.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la experiencia de SM

Los investigados presentaron una serie de argumentos relacionados con ventajas competitivas legítimas que la empresa tenía sobre los demás proponentes y que, en su criterio, fueron las que llevaron a que se les adjudicara el contrato y no una ventaja ilegítima como lo indicó la Delegatura.

Así, señalaron que su participación en licitaciones anteriores, tanto a nivel nacional como internacional, dotó a **SM** y a sus directivos de una ventaja competitiva legítima. En ese sentido, resaltaron que su capacidad de entrega del material en la oferta presentada se debió entre otros a que contaba con un material del proceso **LP-MEN-19-2015** conocido como "Singapur". Los investigados hicieron énfasis que en el marco de dicha licitación, **SM** realizó importantes trabajos de autoría, adaptación, traducción y edición que incluso fueron más complejos y tuvieron un trabajo editorial más fuerte que el llevado a cabo en el proceso de selección contractual objeto de investigación.

Adicionalmente, argumentaron que su capacidad de entrega del material en la oferta presentada también se debió a que **SM** contaba con una metodología distintiva del sector privado que podía ser adaptada a las especificaciones del **MEN**. Así, manifestaron que tener como base la serie *Applica* del sector privado para editar de manera eficiente y eficaz para cumplir con los términos del proceso de contratación les otorgó otra ventaja competitiva. Agregaron que **SM** no creó un material nuevo desde cero, sino redujo el contenido de una serie creada en su inicio para el sector privado, hecho que les permitió tener una ventaja legítima para resultar adjudicatarios.

Los argumentos presentados por los investigados no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que se exponen a continuación.

En primer lugar, para este Despacho no son de recibo los argumentos presentados según los cuales la adjudicación que interesa en este caso puede explicarse como consecuencia de la asertividad, excelencia y experiencia que los investigados se atribuyen. Al respecto, esa experiencia, si se quiere, habría contribuido a su éxito en el proceso de selección contractual objeto de investigación, sin embargo, como lo demuestran las diferentes pruebas, la ventaja principal de la cual se derivó ese grado de asertividad proviene de la información confidencial y del momento en que **SM** tuvo acceso a la misma.

Así mismo, es relevante señalar que los diferentes procesos contractuales de donde los investigados atribuyen esa experiencia guardan importantes diferencias respecto al proceso de selección contractual objeto de investigación. En efecto, este proceso era el único, de los que fueron referidos por los investigados, que necesitó trabajo y actividad editorial. De hecho, era por eso que resultaba novedoso, pues al tener dentro de su objeto contractual la edición, se presentó un cambio en la manera como, hasta ese momento, el **MEN** había adelantado sus contrataciones. De esto dio cuenta **YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ** (Gerente de Materiales del **MEN** para la época de los hechos) durante su testimonio:

**"APODERADO DE SM:** "Decía usted que este era un proceso novedoso y que había una diferencia porque era un proceso de edición, impresión y distribución que era diferente a los anteriores, ¿Podría usted ilustrar al Despacho en qué correspondía cada etapa, edición, impresión, distribución?"

**YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ:** La edición, pues la elaboración de, del contenido de los libros, es decir, que, que, se llamaba, se llama Material Pedagógico porque es un, es un libro del estudiante, un cuadernillo del estudiante, y un libro del docente. **Con edición me refiero a la elaboración de contenidos, la elaboración del libro.** Eh, la, la impresión, pues todo lo que tiene el proceso de imprimir pues hacer los libros. Y la distribución es el proceso de que llegue al aula y a los estudiantes, o al colegio que se determine, en la cantidad que se determine por el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN**. Eh, novedoso porque **el MINISTERIO DE EDUCACIÓN llevaba manejando estos procesos de manera diferente, ni siquiera había hecho proceso de edición.** El proceso de edición, eh, es completamente, ¿no sé si es completamente nuevo! **Pero para ese momento, no se..., no se habían tenido como procesos recientes de edición de libros,** lo que sí se había hecho era lo que les decía, la, digamos, que el tema de Singapur, que se compró los libros y se imprimen y se distribuyen y el tema de Chile, que era un tema de lenguaje y se había manejado, entiendo yo, por diferente impresión con imprenta y distribución con **4-72**, lo que ampliaba los términos de entrega a un casi,



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

*cincuenta por ciento, o sea, es decir, los libros llegaban muy tarde a, a los lugares donde tenían que llegar”<sup>83</sup>.*

Como se lee de esta declaración, el trabajo de edición involucra una complejidad mayor, toda vez que deben elaborarse los contenidos según los requerimientos de la entidad contratante, en este caso, el **MEN**. De este modo, si bien los investigados pueden tener experiencia en procesos de contratación pública, la forma como la acreditaron solamente prueba una experiencia distinta, pues como puede evidenciarse, se tenían unos retos y unas condiciones completamente diferentes para la dinámica de contratación pública en la que los investigados habían estado inmersos. Con todo, aun si se admitiera que la experiencia de **SM** y las habilidades particulares de los demás investigados fueron relevantes, para el caso concreto existieron otros factores, estos sí determinantes, que garantizaron el éxito de **SM**.

Adicionalmente, como si lo anterior no fuera suficiente, existe una circunstancia que llama la atención de este Despacho y que, a su vez, deja en entredicho la supuesta asertividad que se atribuye **SM** a partir de su supuesta experiencia por la participación en diversos procesos de contratación. En efecto, resulta contradictorio que los investigados atribuyan el éxito de **SM** en la adjudicación del proceso de selección contractual a la experiencia y excelencia que habían tenido en otros procesos y, sin embargo, al mismo tiempo, hayan fallado en entender algo relativamente sencillo como era verificar el requisito de experiencia que debían acreditar por cada segmento.

Esta contradicción se refuerza si se tiene en cuenta que los investigados han reconocido que es necesario comprender bien los pliegos de condiciones y que esto es clave para el trabajo posterior. Al respecto, **JAIME MARCO FRONTELO** así lo destacó al absolver interrogatorio:

*“**JAIME MARCO FRONTELO:** “(...) cuando se publican los pre pliegos, hay un trabajo cuidadosísimo que insisto para mí es la clave de lectura de entender bien qué quiere el MINISTERIO, entender qué expectativas tiene, entender cómo tengo que plasmar en un contenido todo lo que se dice en los pliegos y a partir de ahí, arranca el desarrollo propiamente dicho (...)”<sup>84</sup>.*

A partir de lo expuesto, es bastante particular que a pesar de que **JAIME MARCO FRONTELO** destacó la importancia de un “trabajo cuidadosísimo” para entender bien lo que el **MEN** quería, todo el equipo de **SM** involucrado en el proceso de selección contractual objeto de investigación se hubiera equivocado en comprender el criterio de experiencia, el cual era sencillo. Además, llama la atención que los investigados solo advirtieron este error cuando se habían adjudicado los segmentos y solo porque un tercero los hizo caer en cuenta.

En efecto, **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**, al rendir declaración durante la visita administrativa de inspección a **SM**, admitió que advirtió el error con posterioridad a la adjudicación<sup>85</sup>:

*“**DELEGATURA:** “¿Cómo fue que surgió la idea de vender contenidos? **JAIME** en reunión...”*

***ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA:** No, no en reunión, se encontraron en la audiencia de riesgos, uno se encuentra con la competencia en reuniones y entonces **JAIME** vio a **CARLOS, LAROUSSE**, y le dijo ‘¿y vos te vas a presentar?’, o sea, como un tema ahí de... Entonces él le dijo algo que estaba negociando con México pero que él creía que México no iba a ser capaz de hacerle los contenidos y ya. Y **JAIME** vino y me dijo ‘ve, **ISABEL**, ¿y si vendemos los contenidos a **LAROUSSE**?’, porque **JAIME** estaba muy preocupado de, como de hacer el esfuerzo editorial de tener todo y que por un tema financiero no nos pudiéramos presentar. De hecho, le vendimos los contenidos a **LAROUSSE**, que eso pues obviamente nos genera menos ganancia a que si nos hubiéramos presentado nosotros directamente, y después, de hecho, es que me da como pena decir pero es así, nos dimos cuenta del error cuando **SANTILLANA** se quejó, o sea, porque con los abogados decíamos ‘pero, ¿**SANTILLANA** por qué dice que por qué no nos presentamos nosotros?’, Y yo, generalmente, yo decía ‘¿por qué dice eso?’ y con la*

<sup>83</sup> Folio 3516 del cuaderno público No. 19 del Expediente. Testimonio del 19 de febrero de 2019.

<sup>84</sup> Folios 3542 y 3543 del cuaderno público No. 19 del Expediente. Interrogatorio de parte del 18 de febrero de 2019.

<sup>85</sup> Folio 1543 del cuaderno reservado de **SM** No. 1 del Expediente. Declaración tomada en Visita Administrativa a **SM** el día 27 de noviembre de 2017.



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

*abogada nos sentamos a revisar los pliegos y ella fue la que me dijo a mí ‘ve, ¿en qué parte de los pliegos dice lo que uno no se puede poner en otro?’; entonces le dije, ‘siempre ha sido así, espérate revisamos el mail de **MARIA CONSTANZA**, de la contadora’. El mail de la contadora decía que no nos podíamos presentar porque ‘recuerden que un contrato no sé qué, no sé qué, no sé qué’, y ahí nos dimos cuenta. O sea, ya nos habíamos presentado, ya, ya nos la habíamos ganado y dijimos, muchos brutos, o sea, es que parece mentira pero fue así”.*

Como puede observarse, no deja de ser extraño que tantas personas experimentadas involucradas, que saben lo importante que es entender bien los pliegos de condiciones, que tenían clara la importancia del proceso de selección contractual objeto de investigación y que además supuestamente tenían una experiencia suficiente para prever o anticipar exitosamente las condiciones o exigencias fundamentales de la estructuración del proceso contractual, hayan incurrido en una equivocación –que pudo haber sido superada con la simple lectura de los documentos del proceso de selección– de la que no se dieron cuenta hasta mucho después y que, como si lo anotado fuera poco, les costó la participación directa en un segmento, circunstancia que, conforme lo afirmó **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** en la declaración recién citada, de haber sido lograda le habría representado a **SM** una mayor ganancia.

Así las cosas, los argumentos expuestos por los investigados no tienen la capacidad de desestimar la conducta anticompetitiva realizada, consistente en que **SM** tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso contractual objeto de investigación, la cual le permitió materializar decisiones que le llevaron a participar desde una posición privilegiada y resultar adjudicatario sin ninguna presión competitiva. En otras palabras, acreditar experiencia y éxito en procesos de contratación pública nada dice sobre la posibilidad que tiene un competidor en el mercado para acceder a información confidencial de manera indebida y a las ventajas que puede obtener y materializar con ese acceso.

#### **12.5. Argumentos relativos a la licencia para la explotación de una obra literaria celebrada entre SM y LAROUSSE**

Los investigados presentaron una serie de consideraciones relativas a los cuestionamientos que la Delegatura hizo respecto al momento en el cual se generó el acercamiento entre **SM** y **LAROUSSE**, la fecha de suscripción del contrato y la falta de diligencia empleada en la revisión de los materiales licenciados por **SM** a **LAROUSSE**.

Sobre el particular, este Despacho debe anotar que al margen de cualquier particularidad referente a la negociación y firma del “*Contrato de licencia para la explotación de una obra literaria*”<sup>86</sup> entre **SM** y **LAROUSSE**, lo cierto es que dichas circunstancias no descartan necesariamente que **SM** se hubiera aprovechado para concretar a través del referido contrato de licencia, la ventaja ilegítima adquirida al haber tenido acceso a información confidencial sobre todos los segmentos, ventaja que creía que iba a perder porque tenía unos Materiales Pedagógicos de muestra listos para un segmento al que por un supuesto error en la lectura del pliego de condiciones pensaba que no podía presentarse porque le faltaba acreditar experiencia.

De hecho, que **SM** se hubiera encontrado con una empresa muy interesada en participar - **LAROUSSE**-, pero con menos experiencia, se constituye en un indicio adicional que ratifica el beneficio ilegítimo que para **SM** le representó el acceso a información confidencial –concreta y relevante–. Dicho de otra forma, esa circunstancia fue otra de las maneras en que **SM** pudo concretar con facilidad la presentación, en forma indirecta, al único segmento que le faltaba por cubrir, incluso logrando reducir los cuestionamientos que pudieran formularse como resultado de la práctica anticompetitiva que desplegó en el proceso de selección contractual objeto de investigación.

#### **DÉCIMO TERCERO. Impacto de la conducta en el mercado**

En el 2018, el Producto Interno Bruto de Colombia fue de 978 billones de pesos, de los cuales 148.7 billones correspondieron al gasto de consumo final del gobierno general. En otras palabras, el gasto del gobierno representó cerca del 15% del gasto total de la economía. Lo anterior es ilustrativo de

<sup>86</sup> Folios 668 a 672 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.



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

la importancia de las compras públicas, a través de las cuales el gobierno se abastece de bienes y servicios necesarios para el correcto cumplimiento de sus funciones.

En este sentido, la adecuada ejecución de las compras públicas permite por un lado, el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección, y por otro, mayores beneficios al gobierno mediante la adquisición de bienes y servicios con mejores precios y mayor calidad. Lo anterior, en suma, permite que se logre una asignación eficiente de los recursos públicos.

Cualquier conducta anticompetitiva que no permita el correcto desarrollo y ejecución de las compras públicas es reprochable bajo el régimen de libre competencia económica en Colombia pues limita, y en algunos casos elimina, los beneficios que se derivan de una libre participación de las empresas en el mercado.

La Comisión Económica Para América Latina y el Caribe - **CEPAL**<sup>87</sup> ha destacado que las compras realizadas por el Estado, en el cumplimiento de sus funciones, comprenden una serie de beneficios agrupados en las siguientes categorías: (i) utilidad pública; (ii) de carácter administrativo; y (iii) de tipo económico, las cuales deben converger hacia un fin último y es el de satisfacer necesidades sociales. Por su parte, de acuerdo con la **OCDE**<sup>88</sup>, el principal objetivo de una política efectiva de compras por parte del Estado es “*el fomento de la eficiencia y el alcance de la mejor relación entre calidad y precio*”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es reprochable que los proponentes de un proceso de contratación pública realicen cualquier tipo de práctica o conducta para modificar artificialmente los resultados de la adjudicación de un contrato con el Estado, defraudando así el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales y a los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Este tipo de conductas son consideradas como unas de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulneran el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos.

En el caso que nos ocupa, el objeto del Instrumento de Agregación de Demanda propuesto por **CCE** y el **MEN** consistía en establecer las condiciones en las cuales se realizaría la edición y distribución de material pedagógico de matemáticas y lenguaje para los grados de primero de primaria a once de bachillerato, en el marco del programa “*Todos a Aprender*”, cuyo propósito era mejorar el aprendizaje de los estudiantes del país en lenguaje y matemáticas, enfocado en establecimientos educativos con desempeño insuficiente<sup>89</sup>.

Como fue resaltado en la sección correspondiente a consideraciones sobre el mercado afectado por la conducta, dicho programa tenía el fin de contribuir con la educación de más de dos millones de estudiantes con resultados ineficientes, para reducir las brechas y minimizar las debilidades del sistema educativo público en el país. Por tal razón, esta Superintendencia encuentra de suma importancia que los recursos destinados a la adquisición de material pedagógico por parte de las autoridades locales educativas sean utilizados de la manera más eficiente posible toda vez que los mismos son herramientas fundamentales para garantizar procesos de aprendizaje de calidad. Esto último redundaría en mejoras en el bienestar de los estudiantes, así como en aumentos en su productividad y desarrollo, factores que de acuerdo con una amplia literatura económica, son fundamentales para el crecimiento de un país y la mejora de la calidad de vida de sus habitantes.

Es importante resaltar que en el marco del instrumento de agregación de demanda, órdenes de compra por un valor de \$47.003.064.654 han sido emitidas en favor de **SM**, a través de las dos uniones temporales que utilizó para participar en el proceso y por valor de \$6.243.411.670 en favor de **LAROUSSE**, transacciones que indirectamente también benefician a **SM** por el contrato de licencia para la explotación de la obra literaria. Estos valores son indicativos del beneficio que ha logrado obtener **SM** en el mercado como resultado del éxito de su conducta anticompetitiva.

<sup>87</sup> **CEPAL**. (2017) “Estudio Económico de América Latina y el Caribe”. (LC/PUB.2017/17-P). Santiago de Chile.

<sup>88</sup> **OCDE**. (2017). “*Contratación Pública: Opciones de Política para Convenios Marco Eficientes e Inclusivos*”. Estudios de la OCDE sobre Gobernanza Pública. OCDE, París.

<sup>89</sup> En sus inicios, durante el periodo 2010-2014, el programa estaba enfocado a nivel básico. Sin embargo, a partir de 2014 se fortaleció incluyendo los grados de sexto a once.



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

En paralelo, el hecho de que los investigados hayan tenido la potencialidad de afectar el buen arbitrio de la entidad contratante, quien partió de la premisa de una competencia sana y transparente; y de cierta manera provocar ineficiencias administrativas, en un proceso de agregación de demanda que justamente propendía por agilizar el proceso de compra del material pedagógico, muestra la importancia de su consideración y análisis en el marco de los procesos de contratación estatal.

Finalmente, debe reiterarse que la ocurrencia de estas prácticas en los procesos de contratación puede desalentar la participación de compañías competidoras, disminuir la confianza del público en los procesos de contratación competitiva y socavar los beneficios de un mercado competitivo<sup>90</sup>.

**DÉCIMO CUARTO:** Que una vez acreditado el comportamiento anticompetitivo imputado previsto como prohibición general en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 y emitido un pronunciamiento sobre las observaciones de los investigados al Informe Motivado sin que ninguna tuviera mérito de prosperidad, este Despacho procederá a determinar la responsabilidad individual de los investigados.

#### **14.1. De la responsabilidad de SM**

A continuación, se procederá a establecer la responsabilidad en la que incurrió **SM** como consecuencia de la conducta anticompetitiva objeto de investigación.

De acuerdo con el material probatorio obrante en el Expediente, este Despacho demostró que **SM** utilizó la información confidencial, a la que accedió con antelación a la publicación oficial del proceso de selección contractual y sin que nada de este fuera oficialmente socializado por el **MEN** o **CCE**. Esta ventaja ilegítima consecuencia del acceso a la información confidencial se materializó en haber logrado editar y presentar la totalidad de Materiales Pedagógicos a todos los segmentos en que se dividió el proceso de selección contractual a pesar de todas las restricciones que este impuso para los demás proponentes e interesados, quienes al no haber accedido con igualdad de condiciones a esta información confidencial no tuvieron una oportunidad real de cumplir a tiempo y, mucho menos, de resultar adjudicatarios.

En razón a que este comportamiento efectivamente limitó la libre competencia económica en el proceso de selección contractual, en la medida en que los interesados y los proponentes no estuvieron en igualdad de oportunidades, precisamente por la posición privilegiada desde la que actuó **SM** se tiene que la actuación de dicha compañía se adecua perfectamente en una práctica que limitó la libre competencia de conformidad con lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

#### **14.2. De la responsabilidad de las personas naturales vinculadas a SM**

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. (...)** (Subrayas y negrilla fuera de texto original).

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:

<sup>90</sup> OCDE. Combatiendo la Colusión en los Procesos de Contratación Pública en Colombia. Informe del Secretariado sobre el Marco Jurídico y las Prácticas de Contratación Pública en Colombia. 2014. Disponible en: [https://www.oecd.org/daf/competition/2014\\_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia\\_SPA.pdf](https://www.oecd.org/daf/competition/2014_Fighting%20Bid%20Rigging%20Colombia_SPA.pdf).



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

(...)

**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. (...)** (Subrayas fuera del texto original).

A continuación, se procederá a establecer la responsabilidad en la que incurrieron las personas naturales vinculadas con los agentes del mercado en el presente trámite administrativo.

#### **14.2.1. Responsabilidad de ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**

De acuerdo con el material probatorio obrante en el Expediente, este Despacho demostró que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** fue quien tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la preparación y estructuración del proceso de selección contractual y, además, que por su calidad de Representante Legal Principal y Gerente General de **SM** para el momento de ocurrencia de los hechos logró materializar decisiones que finalmente llevaron a que **SM** participara desde el comienzo en una posición privilegiada, pues para el momento en que los otros interesados y proponentes apenas conocían de las condiciones en que había quedado estructurado en el proceso de selección contractual, **SM** bajo su dirección y el aprovechamiento ilegítimo de información confidencial, logró participar y resultar adjudicatario sin ninguna presión competitiva significativa.

Así las cosas, su comportamiento se adecuó a 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, al haber ejecutado la conducta restrictiva de la libre competencia económica proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

#### **14.2.2. Responsabilidad de JAIME MARCO FRONTELO**

De acuerdo con el material probatorio obrante en el Expediente, este Despacho demostró que **JAIME MARCO FRONTELO** también tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso de selección contractual objeto de investigación y, además, que por su calidad de Director Editorial de **SM** para el momento de ocurrencia de los hechos pertinentes para el caso logró materializar decisiones que finalmente llevaron a que **SM** participara desde el comienzo en una posición privilegiada, pues para el momento en que los otros interesados y proponentes apenas conocían de las condiciones en que había quedado estructurado el proceso de selección contractual, el conocimiento y dirección editorial de **JAIME MARCO FRONTELO** permitió hacer un aprovechamiento ilegítimo de la información confidencial a la que accedieron, lo que le permitió a **SM** participar y resultar adjudicatario sin ninguna presión competitiva significativa.

En tal medida, su comportamiento se adecuó a 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, al haber ejecutado la conducta restrictiva de la libre competencia económica proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

#### **14.3. Monto de las sanciones**

De conformidad con el principio de proporcionalidad que orienta el derecho administrativo sancionador, la autoridad administrativa debe ejercer su potestad sancionatoria en forma razonable y proporcionada, de modo que logre el equilibrio entre la sanción y la finalidad que la norma establece, 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 que:

*“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*



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

*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*<sup>91</sup>.

Es así como, para la adecuación razonable y proporcional de los hechos y la sanción aplicable, el operador jurídico debe, en primer lugar, analizar la gravedad de la falta, así como los efectos que la misma pudo haber generado en el mercado y el beneficio que pudo obtener el infractor, para luego analizar otras circunstancias concurrentes de graduación de la sanción, tales como la capacidad económica del investigado, la reiteración de la infracción, la colaboración del investigado para esclarecer los hechos investigados y su actuación procesal.

Estos criterios serán ponderados por la Superintendencia, de acuerdo con las características y pruebas de cada caso en concreto. En el presente trámite administrativo, este Despacho tiene en cuenta que la conducta que se está sancionando en esta Resolución está relacionada con compras públicas de material pedagógico para establecimientos educativos. Por consiguiente, cualquier conducta que restrinja la libre competencia económica y frustre un proceso de compras públicas eficiente tendrá un impacto negativo importante en la economía y el bienestar de la población.

Para la dosificación de la sanción, además, se tendrá en cuenta la información financiera de los sancionados, de tal forma que la sanción resulte disuasoria pero no confiscatoria. También, se tendrá en cuenta la conducta de los mismos durante el trámite de la investigación administrativa, así como la idoneidad de la conducta para causar daño en el mercado, y la sensibilidad de los bienes involucrados.

En este sentido, las multas impuestas serán el resultado de la aplicación de los criterios establecidos en los numerales 15 y 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificados por los artículos 25 y 26 de la Ley 1340 de 2009. Así, las observaciones que presentaron los investigados y el tercero interesado respecto de la dosificación de las sanciones serán resueltas conforme lo indicado en dichos criterios.

Bajo ese contexto, se advierte que, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, el Superintendente de Industria y Comercio deberá imponer sanciones pecuniarias derivadas de la violación de las normas sobre protección de la libre competencia económica, por cada vulneración y a cada infractor, hasta por **CIEN MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (100.000 SMLMV)**.

Así mismo, el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, establece las multas a cualquier persona natural que colabore, facilite, autorice, ejecute o tolere conductas violatorias de las normas sobre protección de la libre competencia económica, hasta por **DOS MIL SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2.000 SMLMV)**.

En virtud de lo anterior, el Despacho procede a determinar las sanciones para las personas jurídicas y naturales que se encontraron responsables en la presente actuación administrativa.

#### **14.3.1. Sanción a pagar por SM**

En cuanto a los criterios de graduación de la sanción a imponer a **SM**, de acuerdo con el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, respecto de la infracción a lo previsto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general), este Despacho indica lo siguiente:

Frente al *impacto de la conducta del mercado*, este Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre el impacto de la conducta en el mercado.

Se destaca que con la conducta desplegada por **SM**, se impidió el libre acceso de los oferentes al proceso de selección, así como el acceso del Estado a material pedagógico con las mejores condiciones de calidad y precios, en un ambiente de competencia sana y transparente. Lo anterior implica que se impidió una asignación eficiente de los recursos públicos.

<sup>91</sup> Corte Constitucional. Sentencia C- 125 de 2003.



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

Sobre la *dimensión del mercado afectado*, se encuentra que la conducta infractora afectó la totalidad del mismo, es decir, el proceso mediante el cual se estableció la edición y distribución de material pedagógico por parte de las entidades del Estado. En este mercado, por año, se proyectó una demanda de cerca de 2 millones de unidades de material pedagógico para estudiantes del sistema educativo público con resultados ineficientes en su desempeño.

En cuanto al *beneficio obtenido por el infractor de la conducta*, este Despacho encontró que como resultado directo de la conducta reprochada, **SM** resultó adjudicataria en cinco (5) de los seis (6) segmentos pertenecientes al proceso objeto de análisis, mostrando así el éxito de su comportamiento anticompetitivo. Adicionalmente, de manera indirecta, en el sexto (6) segmento, habiendo resultado adjudicado **LAROUSSE**, quién tenía la licencia del material pedagógico de **SM** en dicho segmento.

Sobre la *cuota de mercado de la empresa infractora*, se tiene que en tanto en el presente caso la competencia es por el mercado y no en el mercado, como en la mayoría de procesos de contratación pública, **SM** contó con el 100% del mercado en los cinco (5) segmentos en los que fue adjudicado.

En relación con el *grado de participación* en la conducta, se demostró que **SM** desarrolló activamente conductas que limitaron la libre competencia económica en el mercado afectado.

Frente a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no tiene reparo alguno sobre la actuación de **SM** en la investigación realizada, así como tampoco encuentra que la misma haya sido excepcional o haya colaborado con la autoridad, de modo que su conducta procesal se evaluará de manera neutra.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **SM** se le impondrá una multa de **MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.279.439.220.00)** equivalentes a **MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (1.545 SMMLV)**.

La anterior sanción equivale al 1,55% 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.

Esta sanción equivale al 14,9% aprox. de su patrimonio de 2018 y al 2,75% aprox. de sus ingresos del mismo año.

#### **14.3.2. Sanción a ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA, Gerente General y Representante Legal de SM para la época de los hechos**

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

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que la investigada participó activamente en la conducta anticompetitiva reprochada durante la totalidad del periodo investigado.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, este Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del mercado y la afectación que la conducta tuvo sobre el mismo, desarrollado al momento de dosificar la sanción impuesta a **SM**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que la investigada hubiese sido sancionada, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó ninguna conducta procesal reprochable ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en beneficio alguno, con lo cual se aplicará el criterio de forma neutra.



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** tuvo un rol protagónico en la implementación y ejecución de la conducta anticompetitiva, como se evidencia en la sección correspondiente a su responsabilidad.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** se le impondrá una multa de **NOVENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$95.233.340.00)** equivalentes a **CIENTO QUINCE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (115 SMMLV)**.

La anterior sanción equivale al 5,75% de la multa máxima potencialmente aplicable, de acuerdo con el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Esta sanción equivale al ■■■■% aprox. de su patrimonio de 2018 y al ■■■■% aprox. de sus ingresos del mismo año.

#### **14.3.3. Sanción a JAIME MARCO FRONTELO, Director Editorial de SM**

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

En cuanto a la *persistencia en la conducta infractora*, se encuentra demostrado que **JAIME MARCO FRONTELO** participó activamente en la conducta anticompetitiva reprochada durante la totalidad del periodo investigado, en su calidad de Director Editorial de **SM**.

En relación con el *impacto que la conducta tenga sobre el mercado*, este Despacho reitera el análisis efectuado en líneas precedentes sobre la importancia del mercado y la afectación que la conducta tuvo sobre el mismo, desarrollado al momento de dosificar la sanción impuesta a **SM**.

Sobre la *reiteración de la conducta prohibida*, este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia.

En cuanto a la *conducta procesal del investigado*, este Despacho no observó ninguna conducta procesal reprochable ni tampoco alguna actuación que pudiera derivar en beneficio alguno, con lo cual se aplicará el criterio de forma neutra.

Finalmente, en cuanto *al grado de participación* en la conducta reprochada, se encuentra demostrado que **JAIME MARCO FRONTELO** tuvo un rol fundamental en la implementación y ejecución de la conducta anticompetitiva, como se evidencia en la sección correspondiente a su responsabilidad.

De conformidad con los criterios anteriormente analizados, a **JAIME MARCO FRONTELO** se le impondrá una multa de **CINCO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.796.812.00)** equivalentes a **SIETE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (7 SMMLV)**.

La anterior sanción equivale al 0,35% 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.

Esta sanción equivale al ■■■■% aprox. de su patrimonio de 2018 y al ■■■■% aprox. de sus ingresos del mismo año.

En mérito de lo expuesto este Despacho,



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

### RESUELVE

**ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** que **SM EDUCACIÓN S.A.**, identificada con NIT. 900.080.694-8, incurrió en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, en los términos expuestos en la parte considerativa de la presente Resolución.

**ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER** a **SM EDUCACIÓN S.A.**, identificada con NIT. 900.080.694-8, por incurrir en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, una multa de **MIL DOSCIENTOS SETENTA Y NUEVE MILLONES CUATROCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$1.279.439.220.00)** equivalentes a **MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CINCO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (1.545 SMMLV)**.

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

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

**ARTÍCULO TERCERO: DECLARAR** que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.280.194 y **JAIME MARCO FRONTELO**, identificado con cédula de extranjería No. 529.198, incurrieron 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 la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de conformidad con los motivos expuestos en la presente Resolución.

**ARTÍCULO CUARTO: IMPONER** las siguientes sanciones a las siguientes personas naturales vinculadas con **SM EDUCACIÓN S.A.**, identificada con NIT. 900.080.694-8, por haber ejecutado la conducta violatoria de la libre competencia contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, de conformidad con los motivos expuestos en la presente Resolución:

**4.1. A ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.280.194, una multa de **NOVENTA Y CINCO MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MIL TRESCIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$95.233.340.00)** equivalentes a **CIENTO QUINCE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (115 SMMLV)**.

**4.2. A JAIME MARCO FRONTELO**, identificado con cédula de extranjería No. 529.198, una multa de **CINCO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL OCHOCIENTOS DOCE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$5.796.812.00)** equivalentes a **SIETE SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (7 SMMLV)**.

**ARTÍCULO QUINTO: ORDENAR** a las personas jurídicas y naturales sancionadas, en aplicación del artículo 17 de la Ley 1340 de 2009, modificado por el artículo 156 del Decreto 19 de 2012, que dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de la presente decisión, realicen la publicación del siguiente texto:

*"Por instrucciones de la Superintendencia de Industria y Comercio, **SM EDUCACIÓN S.A.**, **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO**, informan que:*

*Mediante Resolución No. **73079** de 2019 expedida por la Superintendencia de Industria y Comercio, se impuso una sanción contra **SM EDUCACIÓN S.A.** por haber incurrido en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. De igual forma, se impuso una sanción contra **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO** por haber incurrido en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.*



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

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

La publicación deberá realizarse en un lugar visible en un diario de amplia circulación nacional y deberá remitirse la respectiva constancia a esta Superintendencia dentro de los cinco (5) días siguientes a su realización.

**ARTÍCULO SEXTO:** Una vez en firme la presente decisión, **COMUNICAR** el contenido de la presente Resolución a **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** y al **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** Una vez en firme la presente decisión, **COMPULSAR** copias del contenido de la presente Resolución a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para lo de su competencia, por la presunta comisión de conductas punibles previstas en la Ley 599 de 2000 - Código Penal.

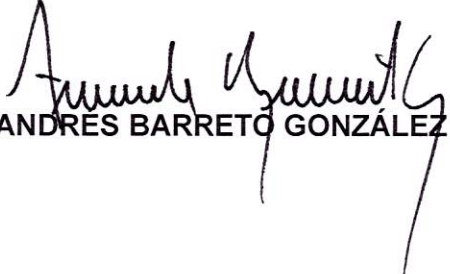
**ARTÍCULO OCTAVO:** **NOTIFICAR** personalmente el contenido de la presente Resolución a **SM EDUCACIÓN S.A.**, identificada con NIT. 900.080.694-8; **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.280.194; **JAIME MARCO FRONTELO**, identificado con cédula de extranjería No. 529.198 y **EDITORIAL SANTILLANA S.A.S.**, identificada con NIT. No. 800.024.265-0, en su condición de tercero interesado, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra procede recurso de reposición ante el Superintendente de Industria y Comercio, que podrá interponerse dentro de los diez (10) días siguientes a su notificación.

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

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE, PUBLÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C, a los **12 DIC 2019**

El Superintendente de Industria y Comercio,

  
ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

**NOTIFICAR:**

**SM EDUCACIÓN S.A.**

NIT. 900.080.694-8

**JAIME MARCO FRONTELO**

C.E. No. 529.198

Apoderado

**DANILO ROMERO RAAD**

C.C. No. 79.547.687

T.P. No. 79.289 del C. S. de la J.

Carrera 7 No. 71-21, Torre A, Piso 8, Bogotá D.C.

[daniilo.romeroraad@hklaw.com](mailto:daniilo.romeroraad@hklaw.com)

**ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**

C.C. No. 25.280.194

Apoderado

**BETTINA SOJO LIZARAZO**

C.C. No. 1.020.772.291

T.P. No. 271.530 del C. S. de la J.

Carrera 7 No. 71-21, Torre A, Piso 8, Bogotá D.C.

[bettina.sojo@hklaw.com](mailto:bettina.sojo@hklaw.com)



"Por la cual se imponen unas sanciones por infracciones al régimen de protección de la competencia"

**EDITORIAL SANTILLANA S.A.S.**

NIT. No. 800.024.265-0

Apoderado

**ALEJANDRO ACEVEDO ESCALLÓN**

C.C. No. 1.018.414.692

T.P. No. 196.243

Avenida Calle 92 No. 11-51

**COMUNICAR:**

**COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**

**AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

Carrera 7 No. 26 – 20 Piso 17,10 y 8, Edificio Tequendama

Bogotá D.C.

**MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**

**Viceministerio de Educación Preescolar, Básica y Media**

Calle 43 No. 57 – 14, Centro Administrativo Nacional

Bogotá D.C.

**FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**

Avenida Calle 24 No. 52 – 0, Ciudad Salitre

Bogotá D.C.

12 DIC 2019

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE  
AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA  
VICEMINISTERIO DE EDUCACIÓN PREESCOLAR, BÁSICA Y MEDIA  
MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL  
CARRERA 7 No. 26 – 20 PISO 17, 10 Y 8, EDIFICIO TEQUENDAMA  
BOGOTÁ D.C.