



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

RESOLUCIÓN 28694 - - - DE 2020

( 16 JUN 2020 )

Radicación No. 17-292981

**VERSIÓN PÚBLICA**

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

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

En ejercicio de sus facultades legales, en especial de las previstas en la Ley 1340 de 2009, el Decreto 2153 de 1992<sup>1</sup>, el Decreto 4886 de 2011, y

**CONSIDERANDO**

**PRIMERO:** Que mediante Resolución No. 71584 del 9 de diciembre de 2019 (en adelante "Resolución No. 71584 de 2019" o "Resolución Sancionatoria"), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN<sup>2</sup>** (en adelante "**ALIMENTOS DAZA**"), **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.** (en adelante "**DISFRUVER**"), **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.** (en adelante "**ALIMENTOS SPRESS**"), **NAMASTÉ FOOD S.A.S.** (en adelante "**NAMASTÉ**") y **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.** (en adelante "**BESTCOLFRUITS**"), violaron la libre competencia por haber actuado en contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 (colusión en licitación pública) en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** adelantado por la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** (en adelante "**CCE**").

Igualmente, se estableció que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, 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 cuanto toleraron y/o ejecutaron, las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso las siguientes sanciones pecuniarias a los agentes de mercado investigados y a las personas naturales a ellos vinculadas:

**Tabla No. 1: Sanciones Impuestas mediante Resolución No. 71584 de 2019**

AGENTES DE MERCADO		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN	\$ 521.713.080
2	HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ	\$ 173.904.360
3	COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.	\$ 790.850.780
4	ALIMENTOS SPRESS S.A.S.	\$ 335.386.980
5	NAMASTÉ FOOD S.A.S.	\$ 219.450.740

<sup>1</sup> Modificado por el Decreto 19 de 2012.

<sup>2</sup> Mediante Acta No. 14 del Accionista único, del 29 de octubre de 2019, inscrita el 31 de octubre de 2019 en la Cámara de Comercio de Bogotá bajo el número 2520489 del libro IX, la sociedad fue declarada disuelta y en estado de liquidación.

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

6	BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.	\$ 248.434.800
<b>PERSONAS NATURALES VINCULADAS A LOS AGENTES DE MERCADO</b>		
	<b>SANCIONADO</b>	<b>MONTO DE LA SANCIÓN</b>
1	JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ	\$9.109.276
2	ANDREA ROSAS DÍAZ	\$62.108.700
3	NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA	\$13.249.856
4	STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ	\$33.124.640
5	GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR	\$8.281.160

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

Por otro lado, se archivó la investigación en favor de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** por no haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 respecto del proceso de selección LP-AMP-129-2016 y en favor de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, respecto del mismo proceso de selección, por no 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.

Finalmente, la Resolución Sancionatoria archivó la investigación en favor de **ALIMENTOS DAZA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, DISFRUVER, ALIMENTOS SPRESS, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** y **HÉCTOR HUGO CASTELBLANCO CASTELBLANCO**, por no haber infringido lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 en el marco del proceso de selección SA-SI-AG-140-2017; y en favor de **ANDREA ROSAS DÍAZ, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR, STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, por no 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 para el referido proceso de selección.

**SEGUNDO:** Que una vez notificada la Resolución Sancionatoria y dentro del término legal correspondiente, los siguientes sancionados interpusieron recursos de reposición contra dicho acto administrativo y solicitaron su revocatoria con base en los argumentos que se presentan a continuación:

### 2.1. Argumentos presentados por ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ

- La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en una vía de hecho al haberse negado de una manera obstinada e injustificada a investigar el error en que incurrió la **SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DISTRITAL** (en adelante "**SED**") al determinar el precio de la fruta dentro del proceso LP-AMP-129-2016. Incluso desde la etapa de pre-pliegos dentro del proceso de la referencia se formularon observaciones en torno a lo injusto de dicho precio, lo que le imponía a la Superintendencia de Industria y Comercio la obligación de investigar este punto en tanto se constituía en un "*tema de la prueba*".
- Tal omisión vulneró el derecho de defensa dado que, pese a haber existido un acuerdo entre los investigados, este nunca resultó lesivo por cuanto el proceso contractual LP-AMP-129-2016 se estructuró sobre el precio de un mercado que no era el relevante. Esto es, que la **SED**, para fijar el precio de la fruta, se fundamentó en el precio de la **CORPORACIÓN DE ABASTECIMIENTO DE BOGOTÁ** (en adelante "**CORABASTOS**"), a través de su indicador Sistema de Información de Precios y Abastecimiento del Sector Agropecuario (en adelante "**SIPSA**").
- Sin embargo, **CORABASTOS** por su propia naturaleza no suministra el tipo de fruta requerida por la **SED** para el **PLAN DE ALIMENTACIÓN ESCOLAR** (en adelante "**PAE**"), lo que lleva a

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

concluir que el precio de la fruta fijado por la **SED** se estructuró sobre el precio de un mercado que no era el relevante y que, ni **ALIMENTOS DAZA**, como ninguno de los otros investigados han sido competidores o agentes del mercado en el que compite **CORABASTOS**. Por ende, la **SED** debió haber consultado a los verdaderos agentes del mercado de las frutas para el **PAE**.

- El precio inicialmente fijado por la **SED** sí fue tenido en cuenta por la Superintendencia de Industria y Comercio para justificar y cuantificar el valor de la multa, pues de otro modo no habría podido construir ese juicio de dosificación de la multa. No obstante lo anterior, cuando se trató de la defensa de los investigados, consideró que dicho precio resultaba superfluo.
- El aparte destinado a desarrollar el impacto económico de la conducta utilizó la expresión "*asignación ineficiente de recursos*", lo que indica que para esta Superintendencia el supuesto acuerdo colusorio imputado a los investigados no sólo provocó que veinticinco (25) segmentos de fruta dentro del proceso **LP-AMP-129-2016** se hubieran declarado desiertos, sino que ello forzó un incremento injustificado en el precio de la fruta.
- El problema reside en que para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda referirse a una "*asignación ineficiente de recursos*" debió haber probado que el precio de \$274 establecido por la **SED** dentro del proceso **LP-AMP-129-2016** sí constituía una asignación eficiente de recursos. En otras palabras, que era este y no otro el precio óptimo por un producto de recomendable calidad.
- Dentro del proceso **LP-AMP-129-2016** no sólo resultaron desiertos veinticinco (25) segmentos de fruta sino también los segmentos correspondientes a la galleta tipo wafer, galleta con chips de chocolate, gelatina de pata, maní con sal y mezcla de frutos secos. Ello obedeció al bajo precio establecido por la **SED**, según consta en las observaciones presentadas al proyecto de pliego de condiciones y al mismo pliego, circunstancia que también tuvo lugar en el segmento de la fruta, con la única diferencia de que allí apareció **FRUTAS Y ALIMENTOS DE COLOMBIA S.A.S.** (en adelante "**FAC**").
- Otro elemento adicional que genera un cuestionamiento acerca de la afirmación consistente en que existió una "*asignación ineficiente de recursos*", radica en que ello implicó aceptar que la oferta de \$273 por parte de **FAC** sí constituyó una asignación eficiente de recursos, lo que no está probado. Por el contrario, no tuvo por probado lo que sí está probado, esto es, que el precio de \$274 ofrecido por la **SED** y **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** (en adelante "**CCE**") no era un precio correcto, ni justo, lo que en efecto no constituía una asignación eficiente de recursos.
- Y, además debió, para poder referirse a una "*asignación ineficiente de recursos*", haber probado que el precio de \$397 establecido por la **SED** dentro del proceso **SA-SI-AG-140-2017**, que le fue igualmente reconocido a **FAC** a partir del mes de julio de 2017 para los cinco (5) segmentos que le fueron adjudicados dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**, constituyó una "*asignación ineficiente de recursos*".
- Si la Superintendencia hubiera verificado que el incremento del precio observado en el proceso **SA-SI-AG-140-2017** obedeció a una corrección lógica del precio erróneamente establecido en el proceso **LP-AMP-129-2016**, se habrían generado dos posibles alternativas: (i) que los investigados hubieran sido absueltos como consecuencia de una duda razonable a su favor o que, (ii) se les hubiera impuesto una multa notoriamente inferior por no haberse hallado probado el impacto económico.
- La Delegatura para la Protección de la Competencia no se ha pronunciado acerca de la denuncia presentada contra **CCE** y **FAC** por las irregularidades que se presentaron dentro del proceso **LP-AMP-129-2016** y en la ejecución del contrato **CCE-542-1-AMP-2017**, derivado del primero (de las cuales se presentó un recuento detallado de las mismas). Entre ellas, el que la **SED** tomó como precio base para el suministro de fruta en el año 2017 los precios de 2016, que incluso se extenderían hasta el primer semestre de 2018. Así como también que existió un

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

pacto o acuerdo entre **FAC** y **CCE** que se tradujo en un incremento del precio unitario de compra de la fruta de \$274 a \$397.

- Dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**, **CCE** expidió el pliego de condiciones respecto del cual, en relación con el valor unitario de la fruta, decidió, de manera drástica y sin mayor fundamentación, unificarlo en \$274. Luego de la deducción del 8% por concepto de estampillas, el contratista terminaría recibiendo \$252,08, hecho plenamente conocido por la Delegatura para la Protección de la Competencia.
- El error en la determinación del precio de la fruta por parte de la **SED** y **CCE** generó una barrera de entrada artificial que inhibió de participar a los eventuales proponentes, siendo esta la única causa por la que se declararon desiertos los veinticinco (25) segmentos de la fruta y por la que se convocó a un nuevo proceso.
- El conjunto de inconsistencias por parte de la **SED** y **CCE** en la elaboración y ejecución del contrato **LP-AMP-129-2016**, hace que se presente una duda razonable que debe ser resuelta en favor de los investigados, es decir, que impide que legalmente se les pueda declarar responsables de las infracciones a las normas sobre protección de la competencia que les han sido imputadas.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no sólo se abstuvo de decretar pruebas de oficio que le permitieran demostrar la adecuación del precio de la fruta establecido para el proceso **LP-AMP-129-2016**, sino que se negó a decretar el dictamen pericial con el que pretendía probarse tal situación. Además, omitió valorar aquellas que de modo trascendente podrían haber incidido en la decisión que ahora es objeto de recurso.
- El argumento de que el precio de la fruta era algo irrelevante porque el presunto acuerdo colusorio imputado era ilegal tan sólo por su objeto, no tiene cabida bajo la interpretación y aplicación constitucional de la ley. Por lo tanto, al haberse negado injustificadamente el Superintendente de Industria y Comercio a valorar la totalidad de las pruebas, incurrió en un defecto fáctico negativo.
- Existió un acuerdo ilícito colusorio entre **FAC**, la **SED** y **CCE**, el cual era necesario porque a estas entidades no les convenía que los treinta (30) segmentos del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** fueran declarados desiertos, pues no podían dejar ver dicho proceso ante sus superiores, las entidades de control, los colegios, los niños y los medios de comunicación, como un "*estruendoso fracaso*". **FAC** se crea entonces de manera sospechosa, y a pesar de su inexperiencia absoluta le es adjudicado el contrato, es mostrada como un modelo de eficiencia y con posterioridad logra un aumento en el precio de compra de la fruta.
- Mal puede la Superintendencia de Industria y Comercio sancionar a los investigados por el acuerdo colusorio entre **FAC**, la **SED** y **CCE**, ya que no fueron parte de este. En efecto, la libre competencia ya había sido quebrantada por la **SED** y **CCE** desde antes de comenzar el proceso **LP-AMP-129-2016**, cuando estructuraron incorrectamente el precio de la fruta.
- No existe prueba alguna que demuestre que **ALIMENTOS DAZA** y/o **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** hayan participado o intervenido, directa o indirectamente en la reunión del barrio Las Ferias o en la reunión del centro comercial Gran Estación.
- No existe una sola prueba que indique que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** asistió a las reuniones del 14 de enero de 2017 y 2 de febrero de 2017 como representante, agente, mandatario, apoderado, comisionado, encargado, o para tomar decisiones a nombre de **ALIMENTOS DAZA** y/o **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**.
- **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** en declaración ante esta Superintendencia, de manera espontánea y sin dudarle, indicó que era la única dueña de la empresa, que las decisiones las tomaba siempre ella, que a veces solicitaba asesoría de su padre, pero que este ni siquiera

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

tenía un puesto de trabajo en la empresa y que no era empleado de la misma, aunque sí la había apoyado como asesor para los procesos de licitación, labor por la que le pagó unos honorarios.

- **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** efectuó las observaciones al pliego de condiciones en conjunto con su equipo de trabajo, valiéndose de su propio análisis al histórico de los precios y del benchmarking que ella misma realizaba. En tal virtud, la afirmación según la cual ella se limitó a recibir órdenes de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** carece de fundamento y contraviene la evidencia arrojada por el material probatorio obrante en el Expediente<sup>3</sup>.
- La información extraída del celular corporativo de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y del computador de su oficina, no evidencia que ella fuera subordinada de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, ni que recibiera órdenes de él.
- **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** coincidieron en afirmar que actualmente la actividad de este último se limita a una eventual asesoría y apoyo comercial a la empresa de su hija.
- Dado que durante años **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** participó en el mercado de las frutas para el PAE, era natural que algunos agentes los relacionaran con **ALIMENTOS DAZA**, sumado al hecho de que es el padre de la única dueña de la empresa, pero ello no basta para afirmar que él es su controlante competitivo.
- Respecto del documento al que aludió esta Superintendencia, el cual se usó en la reunión del 2 de febrero de 2017, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** niegan expresamente su autoría, no lo reconocen y lo rechazan porque no fue suscrito por ninguno de los dos.
- Tan solo en la decisión que ahora es objeto de recurso esta Superintendencia se refirió a la noción de "controlante competitivo", por lo que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción y defensa. Además, respecto de dicha noción, surgen dos observaciones: (i) la ingeniera **JENNIFER OCAMPO LÓPEZ**, en su calidad de Jefe de Calidad, también influyó junto con el contador de la empresa en la formulación de observaciones, luego eso los hace controlantes, e (ii) incluso si se aceptara que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** ejercía un control competitivo, no está probado sin lugar a dudas que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** hubiera tomado la decisión de observar y de no presentarse por la influencia ejercida por su padre.
- Según lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, necesariamente debe hacerse remisión al artículo 4 de la Ley 155 de 1959 que establece que en virtud de ciertas operaciones efectuadas entre empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, puede surgir la adquisición de control de una por otra. Sin embargo, dentro del Expediente no se encuentra demostrado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** hubiera tenido conformada una empresa dedicada a la misma actividad económica ejercida por **ALIMENTOS DAZA**, ni que participara en la misma cadena de valor.
- La propia doctrina de la Superintendencia de Industria y Comercio ha reiterado que el control sobreviene como consecuencia de una operación, la cual debe ser informada a esta Autoridad. Razón por la cual el argumento esgrimido por este Despacho acerca del control competitivo ejercido por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** es un contrasentido.
- La atribución de responsabilidad a **ALIMENTOS DAZA** es un acto arbitrario, ya que el material probatorio no demuestra que alguien haya acudido a las reuniones representándola y, por el

<sup>3</sup> Cuando se haga referencia al "Expediente" debe tenerse en cuenta que es el identificado con el radicado No. 17-292981.

contrario, demuestran que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** lideró la determinación de observar y de no presentarse.

- La **SED** y **CCE** agredieron violentamente al mercado natural de las frutas para el **PAE** al establecer un precio extraído de un mercado totalmente ajeno a ese mercado, lo cual suscitó una reacción natural de defenderse a través del mecanismo legítimo de las observaciones a los pliegos y de abstenerse de presentar oferta, lo que en la doctrina se conoce como "*Boicot de Defensa*", lo que en todo caso no implica aceptación de responsabilidad alguna.
- En relación con la responsabilidad que le fue atribuida a **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, la misma deriva de una inferencia que surge con ocasión de los siguientes dos hechos: (i) que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** asistió a las reuniones y, (ii) que pactó el supuesto acuerdo colusorio. Sin embargo, la Superintendencia omitió justificar o motivar su hipótesis, luego ello se convirtió en una simple suposición o sospecha. A más de ello, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** no tenía la obligación legal de saber o conocer qué actividades desarrollaba **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, así como tampoco este tenía porque reportarlas.
- Frente a la responsabilidad de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, está demostrado que él nunca convocó a las reuniones, las lideró o jugó un rol determinante en ellas. En torno a las amenazas a **FAC**, el mismo **RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO** reconoció que lo que hizo **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** fue aconsejarlo. Finalmente, este no opera a través de una empresa motivo por el cual de él no puede predicarse la condición de agente de mercado.
- **ALIMENTOS DAZA** se encuentra en estado de liquidación, razón por la cual, en caso de mantenerse la sanción impuesta, debe reconsiderarse la cuantía de la misma.

## 2.2. Argumentos presentados por **ALIMENTOS SPRESS**, **NAMASTÉ** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**

- En el presente caso existen pruebas ilícitas que se obtuvieron con violación del debido proceso y de otros derechos fundamentales como el derecho a la intimidad. Lo anterior, de conformidad con la sentencia C-165 de 2019 en la que la Corte Constitucional sostuvo que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede realizar interceptaciones o registros ni otras actividades probatorias que, según la Constitución Política, se encuentran sometidas a reserva judicial.
- La Delegatura obtuvo sin orden judicial información que reposaba en computadores personales, correos electrónicos y teléfonos celulares no corporativos. En particular, se tomó información del equipo celular de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** que, además de ser tomada ilegítimamente –de manera que resulta nula–, corresponde a mensajes enviados a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** que no fueron respondidos por ella y que, a pesar de esto, fueron pieza fundamental para sancionarla.
- La valoración de pruebas ilícitas conduce a un "*fallo arbitrario, en el cual solo se busca justificar actuaciones que no se compadecen con nuestro bloque de constitucionalidad*". Por tal razón, es menester que la Superintendencia de Industria y Comercio excluya dichas pruebas del Expediente.
- La Superintendencia de Industria y Comercio incurrió en una contradicción, pues, por un lado, señaló que solo se da competencia entre los agentes de mercado que estuvieran en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato a celebrar, y por otro, sancionó a **ALIMENTOS SPRESS** y a **NAMASTÉ**, empresas que no se encontraban en capacidad de participar en el segmento de "*frutas y hortalizas*" del proceso **LP-AMP-129-2016**. Lo anterior, en la medida en que ninguna de ellas contaba con capacidad jurídica pues, la primera de ellas se dedicaba a panadería, y la segunda, a lácteos. Esto se refleja en que, de acuerdo con el **RUP** de las empresas, ninguna tiene registrada la actividad requerida para poder participar en el segmento objeto de análisis.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Por la ausencia de capacidad jurídica de **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** de participar en el segmento de frutas, no era posible obtener ningún tipo de beneficio con el acuerdo pues no podrían alcanzar la condición de proponentes. Es menester cuestionarse sobre el interés de dichas empresas o de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** en el resultado del proceso, de la razón de su no participación en el proceso **SA-SI-AG-140-2017** y del beneficio obtenido por la supuesta conducta –tales como pruebas de subcontratos, suministros u otras operaciones–.
- Si conforme lo señalaron **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ** los participantes en las reuniones afirmaron que no participarían en los procesos, ¿qué respuesta hubiera tenido que dar **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** si se le hubiera preguntado si su empresa (**ALIMENTOS SPRESS**) no tenía capacidad para participar?
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no es controlante de **NAMASTÉ**. No existe prueba en el Expediente que permita determinar que esta tuviera la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial, la iniciación de los bienes o derechos esenciales para el desarrollo de la actividad de la empresa, tal y como lo exige el artículo 45 del Decreto 2153 de 1992.
- La mera coincidencia de aspectos técnicos, que nada tienen que ver con el precio de los productos, no es suficiente para predicar la existencia de control competitivo por parte de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**. Tampoco hay evidencia de que la última diseñara o asesorara en los distintos procesos en los que participaría **NAMASTÉ**.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no amenazó ni presionó a **FIDEL ALDANA CORTÉS** para que dejara de participar, con **FAC**, en el proceso **LP-AMP-129-2016**. De acuerdo con la declaración del último, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** nunca utilizó ningún tipo de presión o violencia, y ni siquiera lo llamó para constreñir su voluntad de participar en dicho proceso.
- **FIDEL ALDANA CORTÉS** no allegó elementos que permitieran concluir que efectivamente **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** lo hubiera amenazado o presionado.
- Si **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, **NAMASTÉ** o **ALIMENTOS SPRESS** no podían participar en el proceso **LP-AMP-129-2016**, ¿para qué habrían de amenazar a **FIDEL ALDANA CORTÉS**?
- Es importante tener en cuenta que **FIDEL ALDANA CORTÉS** no puso dichos hechos en conocimiento de la autoridad, que no existe en el Expediente prueba del mensaje de texto que contenía la amenaza y que tampoco existe certeza de que dicho mensaje proviniera del teléfono de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**.
- "¿Puede como lo hizo en este caso el Despacho corroborar la versión dada por el señor **ALDANA** con fundamento en la versión de **LIGIA COBOS**, la cual además fue clara en manifestar que era el mismo señor **ALDANA** la fuente de la información que estaba presentando?"
- Durante la ratificación del testimonio de **PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ**, este manifestó que no había sido **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** la que hizo oposición a su participación en la reunión, como lo había indicado en su testimonio inicial, sino que fue su padre el que le dijo que la misma no lo había dejado entrar.
- **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** en su declaración siempre afirmó que recibieron presiones para no participar en el proceso de contratación objeto de análisis. Sin embargo, al ser interrogada por parte del apoderado de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, fue categórica en afirmar que no recibió llamada alguna de esta.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** asistió a las reuniones como representante de la **ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE DIETISTAS Y NUTRICIONISTAS** (en adelante "**ACODIN**")

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

y no como representante de **ALIMENTOS SPRESS**, ni como supuesta controlante de **NAMASTÉ**. Esto es soportado por pruebas como la publicidad del congreso y las facturas de compra de puestos en el mismo por parte de los investigados, así como por las ratificaciones de testimonios como los de **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**.

- En la declaración de ratificación de **ANDRÉA ROSAS DÍAZ** se señaló que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** asistió a las reuniones a ofrecer su congreso y no para acordar nada con otras empresas. Este cambio de versión pudo tener su raíz en los incentivos que tenía la primera de ingresar al **PBC** y aquellos durante el proceso, una vez no fue admitida al mismo.
- Las observaciones presentadas por **NAMASTÉ** en el marco del proceso correspondieron a factores técnicos, como las características de la fruta y a la necesidad de incluir la naranja en el menú. Estos aspectos en nada impactaban el precio de las frutas y, adicionalmente, las observaciones no fueron tenidas en cuenta. En esta medida, no puede predicarse que la empresa haya coordinado la presentación de observaciones si ninguna de las que presentó se refirió al precio de los productos demandados.
- *"¿Cómo puede predicarse la participación en un cartel en el que no se obtendría ningún beneficio por el solo hecho de observar los puntos de los prepliegos de la licitación?"*.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no ejecutó ningún acuerdo anticompetitivo por cuanto las conductas que le fueron endilgadas solo pueden imputarse a modo de culpa o dolo y esto fue omitido deliberadamente por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- En el presente caso no hay evidencia de que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** haya puesto en marcha o en obra algún acuerdo anticompetitivo por cuanto no obtendría ningún beneficio del mismo, no la empresa de la cual era representante legal, obtendría algún provecho.
- De manera subsidiaria se solicita reducir significativamente las multas impuestas pues sancionar con el 18% del patrimonio a empresas que se reconoce no podrían participar en el acuerdo y que, en efecto no lo hicieron, viola el principio de proporcionalidad.

### 2.3. Argumentos presentados por **DISFRUVER**, **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**

- Solicitan convocar nuevamente al Consejo Asesor con el fin de que escuche las razones de defensa de los sancionados.
- El Consejo Asesor debe estar conformado por cinco (5) miembros. Sin embargo, para el presente caso, la reunión se llevó a cabo con la participación de solo tres (3) de sus miembros.
- La Resolución Sancionatoria no se pronunció sobre el memorial radicado el 6 de febrero de 2019 en el que se advirtió que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia fue entrevistado sobre el presente caso en la emisora W Radio, afectando la imparcialidad y el debido proceso de los investigados y puso a la opinión pública, al Superintendente y a los miembros del Consejo Asesor en situación de no poder contradecir las conclusiones que hizo públicas de manera anticipada.
- No se encuentra acreditado que el acuerdo sancionado tuviese por objeto: (i) acordar presentar observaciones para que se incrementaran los precios de la licitación; (ii) no presentar ofertas en esa licitación; o (iii) presionar a **FAC** para que no se presentara en el proceso.
- La licitación **LP-AMP-129-2016** era un proceso en el que no existía la posibilidad de que los eventuales oferentes pudiesen generar un aumento de precio, es decir que cualquier conducta no sería idónea para producir dicho efecto. Debe tenerse en cuenta que dicho proceso era un



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Acuerdo Marco de Precios (en adelante "AMP"). En este sentido, durante la celebración del acuerdo, en la operación primaria, no se comprometen recursos del Estado y tampoco se celebra un contrato para suministrar bienes o servicios. Es la operación secundaria la que desemboca en un contrato de suministro con un precio y en la que se pueden presentar nuevas ofertas económicas.

- El único beneficio que se derivaba de participar en el proceso **LP-AMP-129-2016** era hacer parte de los proveedores que se tendrían en cuenta para solicitar las cotizaciones de la fruta por parte de la **SED**.
- Teniendo en cuenta que, como lo señaló la Superintendencia de Industria y Comercio, cada proceso de selección es un mercado en sí mismo, y que en el presente caso **CCE** es la única compradora, existe un monopsonio en el que la entidad estatal tiene poder de mercado para decidir sobre el precio. En particular, sobre el precio máximo que impuso en el pliego de condiciones. De modo que cualquier observación para aumentar el precio de la fruta, incluso aunque fuera resultado de un acuerdo, no tenía la capacidad de generar un incremento de dichos precios.
- El poder de decisión de precio de **CCE** era tan significativo que la entidad estatal nunca aceptó las observaciones presentadas por un número considerable de oferentes y mantuvo el precio máximo que estaba dispuesta a pagar. Esta falta de voluntad de modificar los precios fue manifestada por testimonios de funcionarios de **CCE** y de la **SED**.
- Como lo mencionó **ANDREA ROSAS DÍAZ**, lo que se discutió era presentar observaciones al precio porque era muy bajo e implicaba presentar ofertas con precios artificialmente bajos. Pero para presentar dichas observaciones ni siquiera era necesario acordar pues ya varios de los presentes habían presentado sus observaciones con anterioridad a la reunión del 14 de enero.
- Hay que tener en cuenta que el aparte de la declaración de **ANDREA ROSAS DÍAZ** que rindió en el programa de beneficios por colaboración –la cual fue *"practicada de forma bastante agresiva y exigiendo de la señora ROSAS que tenía que reconocer que había realizado un acuerdo colusorio"*–, no se considera ratificado, entonces dicho aparte no puede ser usado como prueba.
- Las pruebas que según el Despacho resultaron contundentes para sancionar a los investigados fueron las mismas que se aportaron en el Programa de Beneficios por Colaboración (en adelante "**PBC**") y que fueron rechazadas por carecer de utilidad y ser insuficientes para justificar la admisión de los investigados al mismo.
- **DISFRUVER** presentó sus observaciones al proceso **LP-AMP-129-2016** antes de la reunión del 14 de enero de 2017. Las mismas fueron enviadas el 31 de diciembre de 2016 y dejaron claro que el estudio técnico del proceso estaba mal elaborado. Esto permite concluir que la decisión de **DISFRUVER** de no presentarse al proceso se tomó de manera anticipada e individual, *"pues nadie está obligado a presentarse a un proceso que daba pérdidas y que en la reunión de 14 de diciembre de 2016 no se compartió información que fuese secreta"*.
- De acuerdo con la Superintendencia de Industria y Comercio, **ANDREA ROSAS DÍAZ** tuvo una conducta procesal reprochable porque sus declaraciones no fueron consistentes a lo largo de la investigación administrativa. Sin embargo, las observaciones que se presentaron como anexo a los descargos y que venían acompañadas de una constancia de un perito forense sobre el cumplimiento de la cadena de custodia, lo que realmente reflejan es que la investigada estaba diciendo la verdad, pues antes de asistir a la reunión ella había sacado sus propias conclusiones de por qué el proceso no era viable económicamente.
- En la Resolución Sancionatoria se concluyó que la colusión tuvo como efecto que **CCE** no hubiese recibido ofertas para veinticinco (25) de los treinta (30) grupos de frutas del proceso **LP-AMP-129-2016**. Sin embargo, no se encuentra probado que el acuerdo haya sido la única

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

causa por la cual no se recibieron propuestas en dichos segmentos. Particularmente, no es cierto que: (i) los que formaban parte del acuerdo eran competidores o tenían capacidad para presentar oferta en los veinticinco (25) segmentos; ni (ii) los que formaban parte del acuerdo eran los únicos que podían presentarse al proceso.

- **DISFRUVER** había participado en el pasado en otros procesos de contratación pública, pero en ninguno había competido con los investigados. Al revisar dichos procesos se puede constatar que entonces los investigados no eran competidores entre sí.
- Si bien está probado que existieron ambas reuniones, también quedó claro que todos fueron citados para ofrecer fruta, pues en el pasado, los asistentes a dichas reuniones nunca habían participado en el **PAE** como proponentes o contratistas, a excepción de **ALIMENTOS SPRESS**. En ese orden de ideas, al momento de asistir a la reunión, no se tenía conocimiento de que los asistentes eran competidores.
- **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** son realmente un solo agente económico. Así mismo, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **ALIMENTOS DAZA** tampoco podían presentar propuestas independientes para un mismo segmento. Esto último sucede en el caso de **BESTCOLFRUITS** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**.
- Al revisar el **RUP** de **NAMASTÉ** y **ALIMENTOS SPRESS** se evidencia que ninguna de estas sociedades tenía dentro de su actividad económica el código relacionado con frutas, de modo que no cumpliría con la experiencia específica en el suministro de las mismas.
- Por su parte, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR, ALIMENTOS DAZA, FIDEL ALDANA** y **ALBEIRO TORRES**, para la reunión del 14 de enero de 2016, no tenían **RUP**. Algunos de ellos empezaron a solicitarlo a partir del 20 de enero. En este sentido, no eran competidores de **DISFRUVER**.
- Para presentarse a los veinticinco (25) segmentos debía acreditarse una experiencia de 8.750 SMMLV en máximo 375 contratos. **BESTCOLFRUITS** contaba únicamente con 1.419 SMMLV.
- Para presentarse a los veinticinco (25) segmentos debía acreditarse un capital de trabajo de más de doscientos setenta y cinco millones (\$275.000.000) de pesos. **BESTCOLFRUITS** contaba únicamente con cerca de cincuenta y nueve millones (\$59.000.000) mientras que **DISFRUVER** contaba con más de dos mil.
- Por todo lo anterior, un acuerdo con los demás investigados para que no participaran en la licitación no tenía ningún objeto, puesto que los mismos no podían participar del mismo por no cumplir con los requisitos habilitantes. En este sentido, es "*absolutamente equivocado concluir que el acuerdo fue la causa de que CCE no hubiese recibido propuestas para esos 25 segmentos*".
- En el Expediente está demostrado que los sancionados no eran los únicos posibles oferentes. El estudio de la **SED** identificó nueve (9) agentes de mercado como proveedores de frutas y hortalizas y, para la elaboración del mismo, se solicitaron por lo menos treinta y ocho (38) cotizaciones.
- Es importante tener en cuenta que al proceso podía presentarse cualquier persona natural o jurídica, pequeña, mediana o grande y a nivel nacional y que el mismo se publicó en la plataforma **SECOP II**, cuya consulta puede hacerse por internet desde cualquier parte de Colombia.
- La participación de muchas otras empresas en procesos de fruta posteriores ratifica que el supuesto acuerdo entre los sancionados no tenía la capacidad de impedir que el Estado

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

recibiera ofertas. Por ejemplo, para el proceso **CCENEG-005-1-2018**, se presentaron en los distintos segmentos un total de siete (7) propuestas en las cuales participaron catorce (14) empresas diferentes, de las cuales doce (12) existían antes de 2016. Esto prueba que el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** contaba con varios potenciales oferentes y no sólo con los participantes de la reunión del 14 de enero de 2016. Esto resulta más relevante si se tiene en cuenta que los requisitos del primer proceso eran mucho más exigentes que los del proceso **LP-AMP-129-2016**.

- De acuerdo con el dictamen pericial adjunto y las diferentes pruebas obrantes en el Expediente, el estudio de mercado de la **SED** para abrir la licitación **LP-AMP-129-2016** presentó errores en la determinación del precio. Estos fueron:
  - La inflación del grupo de alimentos y bebidas no alcohólicas (7,22%) se situó por encima de la inflación general de la economía (5,75%). Omitir este hecho muestra la baja calidad del estudio y contradice recomendaciones del Ministerio de Educación Nacional (en adelante "**MEN**"), la **ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO - OCDE** (en adelante "**OCDE**") y la Superintendencia de Industria y Comercio para la elaboración de estudios de mercado.
  - El incremento del salario mínimo (7%) también fue superior a la inflación registrada en 2016. Este incremento es fundamental para dar cumplimiento al objeto contractual toda vez que el mismo requiere de mano de obra para seleccionar y clasificar la fruta. Esto es, un incremento del salario mínimo por encima de la inflación, se traduce en mayores costos de ejecución del objeto contractual.
  - La **SED** omitió consultar la mayoría de fuentes establecidas por el **MEN** en la "*Guía para la estructuración de estudios de costos para la contratación del PAE*" para determinar los precios del **PAE**. Esto es indispensable para el análisis de los precios, tal y como lo resaltan la **OCDE** y la Superintendencia de Industria y Comercio.
  - El funcionario de la **SED** a cargo de verificar la calidad técnica del estudio de mercado no comprende ni conoce qué son las estadísticas descriptivas, las cuales fueron el método principal para determinar los precios del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Este mismo funcionario tampoco conoce variables determinantes del mercado y del precio de la fruta como los ciclos de entrega y estacionalidad de la misma.
- Las facturas emitidas por la **SED** por la ejecución del contrato con **FAC** evidencian un incremento en los precios, desde la primera orden de compra, entre 46% y 51% respecto de los establecidos en el **AMP**. Esto ha representado sobrecostos para la entidad de más de mil millones de pesos por orden de compra y son prueba irrefutable de que el estudio de mercado no estaba bien diseñado.
- Según testimonios de funcionarios de la **SED**, como **EDWIN RODRÍGUEZ**, y de **CCE**, como **CAMILO GUTIÉRREZ**, los estudios de mercado tienen validez muy corta por la estacionalidad de la fruta. Sin embargo, esta característica no fue tomada en cuenta para establecer los precios de la misma en el proceso **LP-AMP-129-2016**.
- Las solicitudes de incrementos de precios de **FAC** a **CCE** demuestran que los precios del estudio eran erróneos.
- Los precios utilizados en procesos posteriores y los incrementos entre unos y otros ratifican que la causa de la no presentación de más oferentes fue el estudio de mercado realizado por la **SED**.
- En comparación con dos procesos posteriores con objetos similares –**SA-SI-140-AG-2017** y **CCENEG-005-1-2018**–, el proceso **LP-AMP-129-2016** tenía los requisitos más simples y fáciles de cumplir, a excepción de la razón entre la utilidad operacional y el patrimonio y el precio de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

la fruta. Sin embargo, en el proceso de 2018 se presentaron ocho (8) oferentes, evidenciando que la variable disuasoria fue el precio derivado de un estudio de mercado apropiado.

- Entre el proceso **LP-AMP-129-2016** y el **SA-SI-140-AG-2017** el precio aumentó 45% mientras que entre el proceso **SA-SI-140-AG-2017** y el **CCENEG-005-1-2018** el aumento fue apenas de 4,7%. Esta estabilidad en el precio de manera posterior es evidencia adicional para mostrar que los precios derivados del estudio realizado en 2016 eran inapropiados, desactualizados e incorrectos.
- Tan es posible la existencia de duda razonable frente a la causa de declaratoria de desierto de los segmentos del proceso **LP-AMP-129-2016** que, según **CCE** en su informe de rendición de cuentas de 2017, el 17% de los procesos de selección fueron declarados desiertos en el país. Entonces o el 17% de procesos tienen acuerdos restrictivos de la competencia similares al investigado en el presente caso, o existen otros factores como por ejemplo un mal diseño en los estudios o diseño de los procesos que lleven a que nadie se presente.
- Aún en el evento de que se considerara que existió un acuerdo para no presentarse al proceso **LP-AMP-129-2016**, esta conducta no sería antijurídica puesto que la misma está amparada por el cumplimiento de un deber legal. De acuerdo con el numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, los proponentes y los contratistas del Estado responden por la presentación de propuestas artificialmente bajas y, en este mismo sentido, el artículo 28 del Decreto 1510 de 2013 expresamente señala que dichas propuestas se configuran como causal de rechazo. Entonces, la decisión de no presentar oferta no solamente es un derecho sino un deber y aceptar tal precio sería una infracción de una norma de contratación estatal.
- Ni **DISFRUVER** ni las personas naturales asociadas a la empresa presionaron a **FAC** para que no se presentara a la licitación. La única prueba de una supuesta presión es la declaración de **ANDREA ROSAS DÍAZ** rendida durante la solicitud al ingreso al **PBC** y dicha prueba se encuentra viciada, de modo que no podría tenerse en cuenta por el Despacho.
- Lo que dijo **ANDREA ROSAS DÍAZ** a **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** era que el precio era muy bajo y que **ALIMENTOS DAZA** tampoco se iba a presentar porque era un negocio a pérdidas.
- Respecto de la presión a **FIDEL ALDANA CORTÉS**, las pruebas son contradictorias pues, por un lado, este afirmó que **ANDREA ROSAS DÍAZ** lo había llamado y que había sido grosera, pero, por otro lado, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** indicó que no tuvo conocimiento de llamadas sino de chats, que tampoco reposan en el Expediente. Por si fuera poco, esta última cambió su versión, manifestando que era **FIDEL ALDANA CORTÉS** quien le había comentado la situación.
- De acuerdo con la definición de mercado usada por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de colusiones en licitaciones públicas, se indica que el mercado relevante está conformado por quienes tengan la capacidad de cumplir con el objeto del contrato y, adicionalmente, hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección. Dicha situación no ocurrió en el presente caso por cuanto los investigados no presentaron ofertas. Es decir, que no existe un mercado relevante afectado.
- Al no existir un mercado relevante tampoco existe un efecto negativo o afectación a mismo y tampoco puede considerarse a los investigados como agentes de mercado. Al no existir presentación de ofertas, pues ningún agente está en la obligación de hacerlo, no se configuró nunca un mercado.
- En el dictamen pericial financiero y contable que se adjunta se concluyó que la sanción impuesta a **DISFRUVER** es desproporcionada. Lo anterior toda vez que:

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Para cada uno de los criterios de dosificación, la Superintendencia de Industria y Comercio solo planteó juicios de valor cualitativos que carecen de criterios cuantitativos objetivos y transparentes que garanticen que el ejercicio de dosificación se realice de manera responsable y acorde con la ley.
- El Despacho se enfocó únicamente en variables financieras y contables para dosificar la sanción, dejando de lado el hecho de que el mercado no existe, no hubo ningún impacto y, por lo tanto, el daño sobre el mercado es cero.
- La Superintendencia de Industria y Comercio está usando el patrimonio como variable sustituta frente a la no estimación del daño u otros criterios que tampoco fueron estimados cuantitativamente.
- En casos de colusión, excluyendo al Grupo Nule y al cartel de la Vigilancia es de 9,95%, mientras que la de **DISFRUVER** representa el 18% de su patrimonio. Ambos casos se excluyen porque en el primero, el Grupo Nule ha sido sancionado en tres ocasiones por infracciones al régimen de libre competencia y, en el caso del segundo, la cartelización sucedió en dieciocho (18) procesos de selección diferentes.
- El monto de la sanción impuesta a **DISFRUVER** es equiparable con la impuesta al Grupo Nule, siendo que **DISFRUVER** solo está siendo investigada por un proceso de selección, con una única entidad del Estado y en donde ni siquiera resultó adjudicada. A esto hay que sumarle que en el presente caso el tamaño del mercado es cero.
- Al comparar la sanción impuesta a **DISFRUVER** con sanciones a otras empresas que siendo investigadas por colusión en licitaciones públicas han resultado adjudicatarias del proceso de selección, se encuentra que la sanción promedio en dichos casos ha representado el 11,93% del patrimonio de los sancionados. Es decir, que *"la SIC es más indulgente con empresas que a través de maniobras fraudulentas ganaron un proceso de selección que con una empresa que ni siquiera tuvo un mercado en donde participar, ni en el cual resultar adjudicataria"*.
- La sanción impuesta a **DISFRUVER** resulta ser 2,4 veces mayor que la que ha impuesto a empresas con conducta procesal reprochable.
- Todo lo anterior demuestra que el mecanismo usado para dosificar la sanción de **DISFRUVER** es injustificado, desproporcionado y arbitrario.
- Al igual que en el caso de **DISFRUVER**, para las sanciones de **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, la Superintendencia de Industria y Comercio no utilizó un análisis cuantitativo ni objetivo. Tampoco se tuvo en cuenta que en estos casos el impacto sobre el mercado es cero y que el patrimonio no podía usarse como sustituto para los demás criterios.
- Al comparar las multas impuestas en el presente caso con aquellas impuestas mediante Resolución No. 91235 de 2015, caso también relacionado con colusión en un proceso que tuvo por objeto el **PAE**, puede evidenciarse que para **DISFRUVER** la sanción es arbitraria, desproporcionada e injustificada. En el caso en mención, las multas no superaron el 6% del patrimonio de las empresas.
- La sanción es confiscatoria pues los únicos ingresos que tiene **DISFRUVER** en 2020 son producto de un único contrato con la **SECRETARÍA DE INTEGRACIÓN SOCIAL**, en el que factura trescientos setenta y siete millones (\$377.000.000) de pesos al mes. La sanción dejaría a la empresa en una situación de iliquidez que pone en riesgo la ejecución de su contrato y la descalifica a participar de cualquier proceso futuro.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- La apreciación realizada por el Despacho sobre la conducta procesal de **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** es gravísima e implica hacerlos responsables de conductas de su apoderado. Debe recordarse que en la Resolución No. 59363 de 2017 en la que no se les aceptó al **PBC** se consideró que los investigados podían obtener beneficios si no retiraban las pruebas que habían aportado. Adicionalmente, se allanaron respecto de algunos de los hechos que mencionó la Superintendencia de Industria y Comercio en la Resolución de Apertura de Investigación.
- El allanamiento que se hizo fue respecto de unos hechos y **no** sobre el cargo como un todo.
- En cualquier caso, la Superintendencia de Industria y Comercio no podía usar el allanamiento en contra de terceros.
- Si la Superintendencia de Industria y Comercio consideraba que el allanamiento era suficiente y eficaz, ha debido entonces proceder a proferir fallo y no adelantar la totalidad de la investigación, de acuerdo con el artículo 98 de la Ley 1564 de 2012 (en adelante "Código General del Proceso" o "CGP"). Dado que la Autoridad continuó con el proceso, es claro que consideró que el allanamiento era ineficaz y esto le brindó a los investigados todo el derecho a ejercer su derecho de defensa.
- La presentación de escritos de nulidad procesal, tachas y comentarios al Informe Motivado son actuaciones del apoderado y no de las personas investigadas. En estas actuaciones, el apoderado jamás preguntó a sus representados si debía o no hacer uso de dichas figuras.
- La colaboración de **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** fue considerada útil para la Superintendencia de Industria y Comercio. Para demostrar el propósito de las reuniones se utilizó el testimonio de ambas personas naturales, así como evidencia aportada por ellos tal como la foto del tablero y la del cuaderno con los nombres de quienes asistieron a la segunda reunión.
- El hecho de que **ANDREA ROSAS DÍAZ** no haya utilizado la palabra consenso en su segunda declaración no quiere decir que se haya contradicho en sus testimonios, pues dicho término es un concepto jurídico que la investigada no tenía por qué dominar.
- De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las personas que han celebrado acuerdos de colaboración con la Fiscalía General de la Nación tienen derecho de retractarse antes de que el juez de conocimiento acepte ese acuerdo. En el presente caso, como la Superintendencia de Industria y Comercio no los aceptó en el **PBC**, tenían derecho a retractarse y a no auto incriminarse. Esto no quiere decir que la no aceptación de calificaciones jurídicas de sus conductas pueda ser valorado como una obstrucción a la investigación.
- En las declaraciones rendidas por **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** durante el trámite de solicitud de ingreso al **PBC**, la Superintendencia de Industria y Comercio los obligó a declarar contra sí mismos, sobre asuntos que pueden revestir responsabilidad penal. Esto era tan claro para la Autoridad que en la ratificación de esas declaraciones se les levantó el juramento cada vez que se referían a esos asuntos.
- **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** son un mismo individuo. En este caso, **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** controlan conjuntamente a **DISFRUVER** pues la sociedad pertenece a ambos y todas las decisiones se toman de forma conjunta y unánime en la asamblea de accionistas. Adicionalmente, los investigados son compañeros permanentes.
- El artículo 29 de la Constitución señala que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo hecho. Lo mismo se establece en la Ley 1437 de 2011 (en adelante "Código de Procedimiento

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Administrativo y de lo Contencioso Administrativo" o "CPACA"). En este caso se les estaría sancionando dos veces al imponer multas tanto a la empresa como a las personas naturales.

- Adicionalmente, la Superintendencia de Industria y Comercio no puede aplicar las sanciones establecidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 a **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** toda vez que, de acuerdo con el principio de legalidad y tipicidad, estas pueden ser aplicadas únicamente a las personas jurídicas.
- Por lo tanto, **DISFRUVER**, **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** deben ser sancionados como un único investigado y no como tres (3) personas individualmente consideradas y la multa aplicable es la establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.
- Como la Superintendencia de Industria y Comercio determinó las sanciones con fundamento en el patrimonio de los investigados y, como el patrimonio de **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** está representado casi en su totalidad por las acciones que poseen en **DISFRUVER**, se tuvo en cuenta dos veces el mismo patrimonio para dosificar la sanción.
- El artículo 2.2.2.29.2.6. del Decreto 1523 de 2015 no establece que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda considerar negar los beneficios por haber decidido no retirar las pruebas aportadas en caso de negación al acceso al **PBC**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no tiene autoridad ni competencia para ordenar que la sanción se registre en el **RUP**. Lo único que puede reportarse allí respecto de sanciones, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, son aquellas relacionadas con la ejecución de los contratos, circunstancia que en nada se relaciona con la presente investigación. Lo otro que se registra en el **RUP** son las inhabilidades para contratar con el Estado y las sanciones de la Superintendencia de Industria y Comercio no inhabilitan a los investigados automáticamente.

#### **2.4. Argumentos presentados por BESTCOLFRUITS y NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**

- La Superintendencia de Industria y Comercio les endilgó conductas ajenas, las cuales fueron la base de la declaratoria de responsabilidad, desatendiendo su comportamiento real e individualizado. De esta forma se convirtió a **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** en un responsable solidario de la conducta anticompetitiva por el mero hecho de haber asistido a reuniones con competidores de **BESTCOLFRUITS**.
- El hecho de asistir a unas reuniones no implica de manera inequívoca que se hubiera aprobado o consentido la participación de la compañía en un acuerdo ilegal.
- El mero interés en el proceso licitatorio no sirve de título suficiente para que una persona despliegue y realice conductas anticompetitivas.
- En ningún momento **BESTCOLFRUITS** tuvo el ánimo ni la intención de afectar la libre competencia. El motivo real por el cual buscó presentar observaciones al pliego de condiciones fue para que la entidad estatal modificara algunos términos y condiciones. Sin embargo, como el pliego no fue modificado, por razones de conveniencia e imposibilidad en el cumplimiento de requisitos de experiencia e indicadores financieros la investigada no presentó propuesta.
- En ningún momento **BESTCOLFRUITS** o **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** consintieron, aceptaron, toleraron o evidenciaron la existencia de un acuerdo colusorio.
- La realización de observaciones conjuntas al proyecto del pliego de condiciones fue sin el consentimiento de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**. Nunca hubo una

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

intención para realizar tal acción, por ende, **BESTCOLFRUITS** actuó con total independencia a la hora de tomar la decisión de no presentarse al proceso de selección.

- Conforme lo estableció la Superintendencia de Industria y Comercio, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** no presionó, amenazó ni influyó a algún agente de mercado o representante legal de alguna de las empresas investigadas, por tal motivo es inocente del cargo que se le imputó. Esto implica que su comportamiento fue ajeno a cualquier acuerdo anticompetitivo.
- **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** no participó en actividades de coordinación durante el desarrollo de la licitación pública **LP-AMP-129-2016**, por ende, no pudo haber celebrado un acuerdo colusorio.
- El representante legal de **BESTCOLFRUITS** se limitó a asistir a las reuniones con otros comerciantes, empresarios, productores y proveedores de frutas y verduras en Bogotá; no fue quien las convocó. Acudió de manera inocente y de buena fe a esos encuentros.
- En la reunión del 14 de enero de 2017 se trataron temas relacionados con el mercado de la fruta y la participación de los agentes de mercado en los diferentes procesos de contratación adelantados por la **SED**, en especial del proceso de licitación de refrigerios en términos generales y el nuevo modelo implementado por **CCE** para los procesos de contratación de tales bienes. No hubo ninguna propuesta relacionada con hacer una oferta en concreto a la entidad estatal contratante.
- La verdadera intención del representante legal de **BESTCOLFRUITS** al participar en la reunión fue la de buscar un posible aliado estratégico con el que pudiera presentar propuesta al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, puesto que no cumplía con los requisitos de experiencia establecidos en el pliego de condiciones.
- La supuesta fijación de precios, sustentada con la información contenida en un tablero, la cual fue utilizada como prueba, se debió a un ejercicio realizado por los asistentes a la reunión conforme al cual cada uno de ellos establecía los precios de venta o colocación de sus productos. Así, de manera autónoma se comparaban esos precios con los de referencia indicados en el pliego de condiciones.
- La información contenida en el tablero no debió tenerse como prueba de la configuración del acuerdo anticompetitivo.
- Respecto de la reunión celebrada en el centro comercial Gran Estación, en la cual participaron varios de los interesados en la licitación **LP-AMP-129-2016**, no se convino un acuerdo contrario a la libre competencia. No obstante, si bien algunos de los asistentes a la reunión participaron y ejecutaron un acuerdo anticompetitivo, tal situación era desconocida por **BESTCOLFRUITS** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**.
- La Superintendencia de Industria y Comercio no logró probar que en la reunión del 2 de febrero se hubieran celebrado acuerdos anticompetitivos.
- La Superintendencia de Industria y Comercio deduce equivocadamente la responsabilidad de **BESTCOLFRUITS**, al tomar de manera parcial y descontextualizada algunas declaraciones para declarar la responsabilidad administrativa de los investigados.
- El hecho de haber presentado observaciones a los pliegos de condiciones y, aun así, no haber presentado propuesta en el proceso de selección, no puede considerarse como prueba de una conducta encaminada a presionar a **FAC** para que no se presentara al proceso de selección.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- No se encuentran acreditados los elementos de un acuerdo colusorio, esto es, el elemento volitivo, la intención y conocimiento para generar una estrategia para manipular la licitación. Tampoco, con el comportamiento de los investigados se produjo un daño o resultado en el mercado.
- Los elementos configurativos de la responsabilidad administrativa por la ejecución de conductas anticompetitivas no se encuentran presentes en la conducta desplegada. En esa medida no se encuentran probados los presupuestos de la responsabilidad subjetiva.
- Para el establecimiento del monto de las sanciones, la Superintendencia de Industria y Comercio no aplicó el test de proporcionalidad que aplican los jueces constitucionales.
- La dosificación de las sanciones no se adecuó a la motivación indicada en la Resolución Sancionatoria, en la medida en que el monto de las mismas resulta excesivo.
- La sanción impuesta a **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** es excesiva y desproporcionada, esta debe graduarse imponiéndole el valor mínimo impuesto a otra persona natural de los investigados el cual fue de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes.
- La sanción impuesta a **BESTCOLFRUITS** es desproporcionada y confiscatoria, esto si se tiene en cuenta que le fue impuesta la sanción más gravosa de todos los investigados, afectando su patrimonio e ingresos en un 207% y 16%, respectivamente.
- La sanción debe graduarse para que sea equivalente al 18,7% de su patrimonio de 2017, lo que sería igual a veintisiete salarios mínimos legales mensuales vigentes.

**TERCERO:** Que mediante Resolución No. 2094 del 28 de enero de 2020, el Despacho resolvió sobre el decreto de algunas pruebas en el marco del trámite de los recursos de reposición interpuestos, las cuales fueron debida y oportunamente practicadas y mediante Resolución No. 10717 del 11 de marzo de 2020, resolvió sobre los recursos de reposición interpuestos contra la decisión de rechazo de pruebas.

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

#### **4.1. Consideraciones preliminares**

Antes de entrar a analizar los argumentos específicos que se presentaron en los recursos de reposición contra la Resolución Sancionatoria, es importante llamar la atención respecto del hecho de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas a velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales prevista en el artículo 333 de la Constitución Política. Este precepto constitucional establece que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, evitando que la misma se obstruya o se restrinja por parte de los agentes que participan en los mismos, en detrimento del mercado y los consumidores.

En esa medida, el artículo 333 de la Constitución Política, además de establecer el derecho colectivo a la libre competencia económica, impone a los agentes del mercado una serie de obligaciones y deberes, entre los que se destacan, para efectos del presente trámite administrativo, aquellos relacionados con la imposibilidad de incurrir en prácticas restrictivas de la libre competencia económica, tales como acuerdos anticompetitivos como los carteles empresariales, o incluso, actos de naturaleza unilateral como los actos de abuso de posición dominante en el mercado u otras conductas.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

La Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse en varias ocasiones al régimen general de la libre competencia económica el cual encuentra sus bases en el referido artículo 333 Superior. Como primera medida ha dicho que la Constitución Política *"adopta un modelo de economía social de mercado, que reconoce a la empresa y, en general, a la iniciativa privada, la condición de motor de la economía, pero **que limita razonable y proporcionalmente la libertad de empresa y la libre competencia económica, con el único propósito de cumplir fines constitucionalmente valiosos, destinados a la protección del interés general**"*<sup>4</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo con esto,

*"Un asunto central es el de los límites de actuación que tienen los actores del mercado, y más precisamente, **los límites que deben ser impuestos a la libertad económica, que se materializan en el régimen de protección de la competencia**. Al respecto pueden ser identificados dos clases de límites: los que se imponen libremente los propios actores, dispuestos entre otros instrumentos, en los "manuales de buenas prácticas", y **los que les son impuestos por medio de la regulación, de la ley, entre los que se encuentran el conjunto de reglas que protegen el derecho a la libre competencia**"*<sup>5</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En este entendido, la función sancionatoria adelantada por la Superintendencia:

*"[P]resupone la garantía de las mencionadas condiciones, no sólo en el ámbito general de las actividades de regulación atenuada, propias de la libertad económica, sino también en aquellas actividades sujetas a una regulación intensa pero en las cuales el legislador, al amparo de la Constitución, haya previsto la intervención de la empresa privada.*

*Se tiene entonces que, por un lado, a la luz de los principios expuestos, **el Estado, para preservar los valores superiores, puede regular cualquier actividad económica libre introduciendo excepciones y restricciones sin que por ello pueda decirse que sufran menoscabo las libertades básicas que garantizan la existencia de la libre competencia**. Por otro lado dichas regulaciones sólo pueden limitar la libertad económica cuando y en la medida en que, de acuerdo con los principios de razonabilidad y proporcionalidad, ello sea necesario para la protección de los valores superiores consagrados en la Carta"*<sup>6</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

En consecuencia, y conforme lo establecido en el artículo 6 de la Ley 1340 de 2009, la Superintendencia de Industria y Comercio es la Entidad pública encargada de intervenir en el desarrollo de las actividades propias de la libertad económica cuando evidencie que podría existir una afectación al derecho constitucional a la libre competencia económica. Intervención que se realiza con la finalidad de controlar a las empresas y proteger a los consumidores, en cuanto a que:

*"[L]a libre competencia se proyecta en dos dimensiones: "de un lado, desde la perspectiva del derecho que tienen las empresas como tales; y, de otro, desde el punto de vista de los consumidores, usuarios y de la comunidad en general que son quienes en últimas se benefician de un régimen competitivo y eficiente pues de tal forma se garantiza la posibilidad de elegir libremente entre varios competidores lo que redundará en una mayor calidad y mejores tarifas por los servicios recibidos"*<sup>7</sup>.

Por consiguiente, para el correcto ejercicio de sus competencias y funciones aplica el régimen general de la libre competencia, el cual, como lo ha aseverado la Corte se encuentra integrado

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>7</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

por la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009 y Decreto 4886 de 2011. Adicionalmente, resulta relevante indicar que, en materia procesal, en los aspectos no regulados en las normas especiales se debe aplicar el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo y en lo no regulado por este último por lo establecido en el Código General del Proceso. En palabras de la Corte Constitucional:

*"En el plano normativo dicho régimen está conformado básicamente por la **Ley 155 de 1959** sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la **Ley 1340 de 2009**; por el **Decreto 2153 de 1992**, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, (...) por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC "conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia"; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos aspectos sustantivos y de procedimiento, (en) el **Decreto 4886 de 2011**"<sup>8</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

(...)

*"Las reglas de procedimiento para las investigaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, bajo el régimen de protección de la competencia, se encuentra reglado en el **Decreto 2153 de 1992, la Ley 1340 de 2009 y el Decreto 019 de 2012, contando con las cláusulas de integración de la Ley 1437 de 2011** que contiene el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo"<sup>9</sup>.*

Teniendo en cuenta lo establecido en cada una de las normas señaladas, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene la responsabilidad de reprimir y liberar al mercado de las conductas que puedan obstruir, restringir, limitar o falsear la libre competencia económica. Así, se busca reprimir, sancionar y prevenir la infracción de las normas que protegen el régimen de la competencia y que tienen como bien jurídico protegido el derecho de todos los colombianos a la libre competencia económica. Luego entonces, y conforme lo establece el artículo 3 de la Ley 1340 de 2009, a través de las actuaciones administrativas de esta Entidad se busca velar, garantizar y cumplir con tres propósitos: *"la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica"*<sup>10</sup>. En efecto, como lo ha reiterado la Superintendencia en repetidas ocasiones:

*"**El objeto del régimen de protección de la competencia es la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores, y la eficiencia económica**, bajo el precepto de que el libre juego de la oferta y la demanda y el no falseamiento de los instrumentos que el mercado mismo provee derivarán en que los consumidores reciban mejores precios y mayor calidad. De esta forma, la aplicación del régimen en ningún momento se supedita a que el directamente afectado sea un consumidor final, ya que la aplicación del régimen no está cimentada sobre la inferioridad del consumidor o la asimetría de información que este pueda tener"*<sup>11</sup>.

<sup>8</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>9</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>10</sup> Artículo 3 Ley 1340 de 2009.

<sup>11</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

En este contexto, la Superintendencia de Industria y Comercio actúa como policía administrativa en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control respecto de la actividad económica en los diferentes mercados nacionales; función que se enmarca dentro del ámbito del derecho administrativo sancionatorio, en el cual los principios de legalidad y tipicidad tienen distinta entidad y rigor que en el derecho penal. Por ello la Corte ha indicado que:

**"En el ámbito del derecho administrativo sancionador el principio de legalidad se aplica de modo menos riguroso que en materia penal, por las particularidades propias de la normatividad sancionadora, por las consecuencias que se desprenden de su aplicación, de los fines que persiguen y de los efectos que producen sobre las personas.**

(...)

*[E]l derecho administrativo sancionador es compatible con la Carta Política si las normas que lo integran –así sean generales y denoten cierto grado de imprecisión– no dejan abierto el campo para la arbitrariedad de la administración en la imposición de las sanciones o las penas. Bajo esta perspectiva, **se cumple el principio de legalidad en el ámbito del derecho administrativo sancionador cuando se establecen: (i) "los elementos básicos de la conducta típica que será sancionada"; (ii) "las remisiones normativas precisas cuando haya previsto un tipo en blanco o los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la claridad de la conducta"; (iii) "la sanción que será impuesta o, los criterios para determinarla con claridad.***

Y respecto del carácter flexible del principio de tipicidad como componente del principio de legalidad en derecho administrativo sancionatorio, agregó:

*"En la misma dirección, ha reiterado la Corte Constitucional que se realiza el principio de tipicidad en el campo del derecho administrativo sancionador cuando concurren tres elementos: (i) "Que la conducta sancionable esté descrita de manera específica y precisa, bien porque la misma esté determinada en el mismo cuerpo normativo o sea determinable a partir de la aplicación de otras normas jurídicas; (ii) "Que exista una sanción cuyo contenido material esté definido en la ley"; (iii) "Que exista correlación entre la conducta y la sanción". De todos modos, ha destacado la Corte Constitucional que **"las conductas o comportamientos que constituyen falta administrativa, no tienen por qué ser descritos con la misma minuciosidad y detalle que se exige en materia penal, permitiendo así una mayor flexibilidad en la adecuación típica"**<sup>12</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Bajo este entendido, la exigencia frente a las particularidades propias de cada norma administrativa sancionatoria y el análisis que debe hacer la autoridad administrativa son menos rigurosos que en materia penal, por cuanto su fundamento y finalidad son completamente diferentes. También, basta con que (i) los elementos básicos de la conducta típica a sancionar se encuentren en la norma; (ii) haya remisiones normativas precisas en caso de que la norma a aplicar sea un tipo en blanco o al menos contenga los criterios por medio de los cuales se pueda determinar la conducta; y (iii) que la sanción o criterios para determinarla sean claros. Así pues, se debe hacer especial énfasis en que existe una mayor flexibilidad en la adecuación típica en ejercicio del derecho administrativo sancionatorio.

En suma:

- (i) El régimen de la libre competencia económica encuentra su fundamento en el artículo 333 de la Constitución Política.
- (ii) Las normas que conforman el régimen de la libre competencia en Colombia son la Ley 155 de 1959, Decreto Ley 2153 de 1992, Ley 1340 de 2009, Decreto 4886 de 2009 y Decreto 019 de 2012.
- (iii) En materia procesal, las actuaciones administrativas, adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio, se rigen por lo dispuesto en las referidas normas y en lo no

<sup>12</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 76724 de 2014.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

regulado por ellas por lo establecido en la Ley 1437 de 2011 y subsidiariamente por lo establecido en la Ley 1564 de 2012.

- (iv) La Superintendencia de Industria y Comercio es la Autoridad Nacional de Competencia.
- (v) Los propósitos de las actuaciones administrativas en protección del régimen de la competencia son tres: la libre participación de las empresas en el mercado, el bienestar de los consumidores y la eficiencia económica.
- (vi) El análisis de adecuación de las conductas a las normas, que en materia administrativa sancionatoria realiza el juzgador, es mucho más flexible que el exigido en materia penal.

Previo al análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad de los recurrentes, estima este Despacho precisar los hechos que suscitaron la presente investigación y consecuente sanción, con el fin de facilitar el entendimiento del análisis que se abordará a continuación.

Recuérdese que las sanciones impuestas se derivaron de la contravención del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, que resultó luego de que se acreditara la existencia de un acuerdo colusorio en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016** que consistió en que los investigados se reunieron los días 14 de enero de 2017 y 2 de febrero de 2017 y allí: (i) compartieron información sobre los precios de las frutas; (ii) llegaron a un consenso sobre cuál era el precio de referencia que resultaría aceptable para los presentes en la reunión; (iii) acordaron la presentación de observaciones coordinadas con el propósito de presionar a la entidad a subir los precios de las frutas y modificar, según sus expectativas, otras condiciones técnicas de las frutas y hortalizas; (iv) procuraron influir y presionar a **FAC** a fin de que no presentara oferta en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y/o subsanara la misma, y así no ver afectado su deseo de no competencia; y (v) boicotearon el proceso **LP-AMP-129-2016** mediante la concertación para la no presentación de ofertas, con el objeto y el efecto de que la entidad convocante declarara desierto los segmentos correspondientes al grupo de "*frutas y hortalizas*" para forzar la apertura de un nuevo proceso de contratación.

Habiendo descrito los hechos que generaron la presente investigación y su correspondiente sanción, prosigue el Despacho con el análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad de los recurrentes.

#### **4.2. Análisis de los diferentes argumentos que soportan los motivos de inconformidad de los recurrentes**

Considerando que existen algunos argumentos que han sido formulados de manera común entre los impugnantes, este Despacho procederá a resolver los mismos y, luego se ocupará de atender los que resultan ser específicos de cada sancionado.

##### **4.2.1. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con que el precio de compra de fruta dentro del proceso LP-AMP-129-2016 fue establecido incorrectamente**

**ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR, HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ, DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** censuraron el que esta Superintendencia se hubiera negado de manera injustificada a practicar todas las pruebas necesarias que le hubieran permitido establecer que la **SED** incurrió en un error al determinar el precio de la fruta dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**. Dicho error, a su juicio, trajo consigo diferentes consecuencias, entre las que se destacan las siguientes: (i) aún de haber existido acuerdo, el mismo no fue lesivo; (ii) era indispensable determinar que el precio establecido por la **SED** sí constituía una asignación eficiente de recursos para que esta Superintendencia pudiera haber afirmado que el acuerdo generó un impacto económico consistente en una asignación ineficiente de recursos; (iii) creó una barrera artificial que inhibió de participar a los demás proponentes, siendo esta la única causa por la que se declararon desierto los veinticinco (25) segmentos de la fruta, sin que esté probado además, que los que formaban parte del acuerdo eran competidores, ni que eran los únicos que podían presentarse al proceso; (iv) la libre competencia fue quebrantada por la **SED, CCE y FAC** al acordar estructurar dicho precio de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

manera incorrecta, y dado que los investigados no tomaron parte en dicho acuerdo, mal haría esta Superintendencia sancionándolos; (v) los investigados reaccionaron de manera natural a través del mecanismo de las observaciones a los pliegos y de abstenerse de presentar oferta; (vi) al estar frente a precios artificialmente bajos, no era necesario acordar pues ya varios de los investigados habían presentado sus observaciones con anterioridad a la reunión del 14 de enero; y (vii) según el informe de rendición de cuentas presentado por CCE en 2017, el 17% de los procesos de selección en el país fueron declarados desiertos, lo que supone que, o en todos ellos hubo acuerdos restrictivos de la competencia, o hubo un mal diseño en los estudios o en los procesos.

Inicia este Despacho el análisis de las presentes inconformidades señalando que, para efectos de establecer los supuestos fácticos en que se fundamentó el acuerdo colusorio objeto de examen, no se hacía necesario establecer si el precio establecido por la SED fue correcto o no. Ello es así porque con independencia de que eventualmente hubieran existido deficiencias en la estructuración de tal precio, lo cierto es que ello no justificó el que los investigados se hubieran dado a la tarea de reunirse en dos ocasiones para examinar lo que a su juicio debía ser el precio real del mercado, los términos de las observaciones encaminadas a que la SED las acogiera y, menos aún, el no presentarse en caso de que las mismas no fueran atendidas.

Vale la pena recordar lo indicado en la Resolución Sancionatoria, según la cual los investigados contaban con mecanismos que les hubieran permitido, de manera individual, hacer ver a través de sus observaciones los reparos que los términos de los pliegos les ofrecían, abstenerse de manera independiente de presentarse si el negocio no les resultaba atractivo, e incluso, como lo llevó a cabo esta Entidad, poner en conocimiento de las autoridades de control, para los fines de sus respectivas competencias, lo acontecido en la estructuración y diseño del proceso LP-AMP-129-2016.

Así es que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, su reacción no fue natural. En lo que sí coincide este Despacho, es que no era necesario que los investigados se pusieran de acuerdo para observar y no presentarse, más aún cuando ellos mismos lo han indicado, ya habían presentado individualmente observaciones en tal sentido en la etapa de pre-pliegos y tenían sus propias conclusiones acerca de la viabilidad del negocio, pues, se insiste, ello pudieron haberlo hecho de manera independiente y con seguridad no hubiera ofrecido ningún tipo de reproche por parte de esta Superintendencia. Sin embargo, una vez de manera consciente acuerdan falsear la competencia, ninguna excusa resulta válida, ni siquiera el que la libre competencia fue quebrantada en primer lugar por la SED, CCE y FAC al acordar estructurar dicho precio de manera incorrecta, hecho que por demás no se encuentra probado, pero que, en todo caso, no justifica el presente acuerdo objeto de sanción, ni impide que haya un pronunciamiento hasta tanto se resuelva sobre tal denuncia. Tampoco resulta ser una justificación válida, el que los investigados contaban con el derecho a rehusarse a aceptar el precio ofrecido por la SED, se insiste, situación que hubiera sido válida en ausencia del acuerdo en cuestión.

Por otra parte, disiente este Despacho de la afirmación según la cual al no haberse establecido si el precio de compra de la fruta determinado por la SED fue correcto o no, debe concluirse que el acuerdo no fue lesivo. Se insiste, la iniciativa orientada a no presentar ofertas con el ánimo de lograr que el proceso de selección LP-AMP-129-2016 se declarara desierto, fue eficaz, por cuanto en ausencia de tal acuerdo, es posible que las probabilidades de que alguno de los cartelistas se hubiera presentado hubieran sido mayores, pero tal expectativa se redujo a cero en el momento en que los investigados decidieron coordinar sus intenciones de no participar y, en tal circunstancia, reside lo lesivo del acuerdo. Ahora bien, el que no se hubiera probado que los cartelistas eran los únicos que estaban en capacidad de presentar oferta, no es un requisito sin el cual la realización del acuerdo no se hubiera configurado. Pues lo cierto es que, se reitera, de no haber existido tal acuerdo, es probable que alguno de los cartelistas se hubiera presentado, pero esa posibilidad fue eliminada por el cartel.

De otro lado, la afirmación según la cual la única causa por la que se declararon desiertos los veinticinco (25) segmentos de la fruta fue el hecho de que el precio estuvo mal determinado por parte de la SED, pierde relevancia ante la evidencia del acuerdo colusorio bajo examen, ya que,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

es posible que la inexactitud en el precio pudiera haber desincentivado el interés de algunos agentes de mercado en participar en el proceso **LP-AMP-129-2016**, pero lo cierto es que el acuerdo también tuvo la potencialidad de afectar el poder decisorio de los miembros del cartel, quienes de mutuo acuerdo decidieron no presentarse, motivo por el cual el que el precio eventualmente hubiera estado mal determinado, no resulta entonces ser, de manera inequívoca, la única causa por la que los veinticinco (25) segmentos se declararon desiertos.

Ahora bien, este Despacho no comparte la inferencia a la que llegaron los recurrentes luego de revisar los resultados presentados por **CCE** en su informe de rendición de cuentas en 2017, según la cual, en el 17% de los procesos de selección que fueron declarados desiertos hubo acuerdos restrictivos de la competencia o hubo un error en la estructuración de los mismos, pues, la falta de evidencia respecto de cada uno de esos procesos de selección impide que pueda llegarse a tales conclusiones y, en todo caso, dicho argumento no lograría desvirtuar o disminuir la cuestionada responsabilidad de los investigados en el presente caso en donde la evidencia recogida sí permite afirmar que hubo un acuerdo colusorio.

Finalmente, este Despacho disiente de la censura de los recurrentes según la cual para que esta Superintendencia pudiera afirmar que existió una asignación ineficiente de recursos como producto del impacto económico de la conducta investigada, era necesario establecer si el precio de compra de la fruta por parte de la **SED** era correcto o no, por las siguientes razones: **(i)** este Despacho al analizar la asignación ineficiente de recursos, centró su análisis en la capacidad que tuvo el acuerdo de restringir la libre participación de las empresas en el mercado, así como la de afectar el buen arbitrio de la entidad contratante, quien asumió que las actuaciones de los participantes en su proceso de selección fueron transparentes; **(ii)** este Despacho no basó el análisis del impacto económico de la conducta en el precio de compra de la fruta, por lo que, se insiste, resultaba innecesario establecer si tal precio era correcto o no; y **(iii)** una parte importante del análisis estuvo referida a los costos adicionales en que tuvo que incurrir el Estado al convocar a un nuevo proceso de selección, sumado al hecho de que durante el lapso de tiempo que transcurrió entre el momento en que se declaró desierto el proceso y se expidió la primera orden de compra dentro del nuevo proceso de selección, los niños, niñas, adolescentes y jóvenes pertenecientes a los veinticinco (25) segmentos declarados desiertos estuvieron sin frutas y hortalizas, alimentos que tuvieron que sustituirse por concentrados de menor aporte nutricional.

Vistas así las cosas, al estar claro que este Despacho no incluyó dentro de sus análisis de impacto económico de la conducta investigada el precio de compra de la fruta, así como tampoco, y vale la pena hacer esta aclaración, a lo largo de la Resolución Sancionatoria nunca indicó que el comportamiento del precio de compra de la fruta se hubiera visto afectado como consecuencia del cartel, justifica el que este Despacho se hubiese abstenido de practicar las pruebas que le hubieran permitido establecer que la **SED** pudo haber incurrido en un error al determinar el precio de la fruta dentro del proceso **LP-AMP-129-2016**, sin que ello le impidiera hablar de una asignación de recursos producto de las deficiencias referidas en el párrafo anterior.

Por todo lo anterior, cualquier inconformidad en torno a si el precio de compra de fruta estuvo o no correctamente definido por la **SED** no logra tener la potencialidad de desvirtuar o mitigar la responsabilidad de los investigados, motivo por el cual se rechazan íntegramente las críticas presentadas al respecto.

#### **4.2.2. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la colaboración con la Autoridad de Competencia**

**DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** formularon varias críticas en torno a la decisión adoptada por este Despacho consistente en abstenerse de atenuarles la sanción dado que, a pesar de haber aceptado el cargo de colusión, a lo largo de la investigación, no facilitaron de una manera efectiva la solución de la imputación formulada. Una primera crítica refirió a los términos del artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1523 de 2015, los que, según los recurrentes, no establecen que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

considerar negar los beneficios por haber decidido no retirar las pruebas aportadas en caso de negación al acceso al **PBC**.

Al respecto, vale la pena citar el último inciso del párrafo del artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1523 de 2015, el cual establece lo siguiente:

*"**PARÁGRAFO.** En cualquier momento durante el trámite de beneficios por colaboración, previo a la suscripción del Convenio, el solicitante podrá retirar la solicitud de beneficios por colaboración, incluyendo los elementos de prueba presentados.*

*Si dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha en la cual el funcionario competente comunique al solicitante la decisión sobre el incumplimiento de los requisitos para suscribir el Convenio, este se abstiene de retirar los elementos de prueba, se entenderá que el solicitante autoriza irrevocablemente a la Superintendencia de Industria y Comercio para incorporarlos al expediente de la investigación como elementos probatorios. En todo caso, la omisión de retirar los elementos de prueba aportados se entenderá como una solicitud de reducción de la multa aplicable".*

De la lectura del citado párrafo del artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1523 de 2015, llega esta Superintendencia a una conclusión diferente a la esgrimida por los recurrentes. Ello por cuanto el aparte final del referido párrafo establece que la omisión de retirar los elementos de prueba aportados se entenderá como "**una solicitud**" de reducción de la multa aplicable, sin que obligue a esta Superintendencia a conceder de manera automática los beneficios por haber decidido no retirar las pruebas aportadas en caso de negación al acceso al **PBC**, o, en otras palabras, no impide que esta Superintendencia pueda considerar negar los mismos.

Pues, se reitera, la decisión de decidir dejar a disposición de la Autoridad de Competencia el material probatorio aportado con ocasión del **PBC**, se constituye en una mera solicitud que, como tal, podrá ser decidida en un sentido positivo o negativo por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio. Debiendo agregarse que, si el legislador hubiera querido establecer un beneficio automático, así lo hubiera plasmado en la norma. En tal virtud, por cuanto la norma claramente refiere a una solicitud, esta Superintendencia obró de conformidad, motivo por el cual el reproche de los recurrentes no está llamado a prosperar.

Otra crítica estuvo referida a que el apoderado de los recurrentes jamás les preguntó a sus poderdantes si debía o no presentar nulidades, tachas y observaciones al Informe Motivado, razón por la cual el uso de tales figuras son actuaciones suyas y no de sus representados. Al efecto, basta con señalar que el artículo 74 del Código General del Proceso al ocuparse del derecho de postulación señala que: "*Las personas que hayan de comparecer al proceso deberán hacerlo por conducto de abogado legalmente autorizado (...)*". Indica lo anterior que el abogado actúa en nombre y representación de su poderdante, quien se convierte en el medio entre el proceso y la persona, cuya actuación le confiere al abogado la facultad de disponer de los mecanismos que estime convenientes para beneficio de su poderdante. Por tanto, cualquier actuación del apoderado, sin lugar a dudas, va a traer una consecuencia jurídica para el poderdante, sin que resulte viable argumentar la inexistencia de consecuencias jurídicas en razón de que la actuación fue llevada a cabo por el apoderado.

En resumen, ineludiblemente la actuación del apoderado de **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** implicó la aparición de consecuencias jurídicas para estos, que no pueden negarse al amparo de que las mismas fueron simplemente el producto de la actuación de su apoderado. Por todo lo anterior, este Despacho no acoge los argumentos en que se sustenta la crítica en cuestión y hace un llamado a que los apoderados tengan el debido cuidado de prever, advertir y consultar si es el caso las consecuencias de sus actuaciones frente a sus representados.

Una crítica adicional aludió a que, si la Superintendencia de Industria y Comercio consideró que el allanamiento era suficiente y eficaz ha debido entonces proceder a proferir fallo y no adelantar la totalidad de la investigación, de acuerdo con el artículo 98 del Código General del Proceso. No



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

obstante, dado que esta Superintendencia continuó con el proceso, era claro que consideró que el allanamiento era ineficaz y esto le brindó a los investigados todo el derecho a ejercer su derecho de defensa. Con el propósito de resolver sobre la presente crítica, conviene aludir a los términos de la Resolución No. 59363 del 20 de septiembre de 2017, por medio de la cual se denegó la solicitud de admisión al PBC formulada por los recurrentes.

En primer lugar, se hará alusión a lo indicado en la parte considerativa de la referida Resolución, en particular, lo atinente a la invitación formulada por la Delegatura a *"tener en cuenta que su intención de colaboración podrá encauzarse en la actuación administrativa de carácter sancionatorio identificada con el radicado No. 17-292981 mediante instrumentos procesales diferentes. A manera de ejemplo, puede hacerse referencia a comportamientos como allanarse a los cargos, aportar pruebas que corroboren los fundamentos de la imputación, abstenerse de retirar el material probatorio presentado en este caso, fortalecer la imputación contra otros investigados y, en general, otros comportamientos que permitan valorar favorablemente su comportamiento procesal en el marco de la actuación administrativa referida"*. Del análisis del citado aparte, se concluye que la Delegatura describió el allanamiento como un tipo de comportamiento colaborativo a tenerse en cuenta dentro de la actuación administrativa de la referencia, orientada a permitir una valoración favorable del mismo.

En segundo lugar, resulta importante hacer referencia al análisis que abordó este Despacho en la Resolución Sancionatoria ahora recurrida respecto de la figura del allanamiento. En la misma, se advirtió que luego de examinar el régimen de libre competencia en Colombia, la figura del allanamiento se podría equiparar a la *"colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta"*, tal y como así lo indica el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Y aclaró, que para efectos de analizar la solicitud de allanamiento de los investigados, se abstendría de utilizar la expresión allanamiento para en su lugar utilizar la expresión *'colaboración con las autoridades'*, y se serviría de la naturaleza y características del allanamiento, tales como que es una figura creada con el ánimo de ayudar a la eficiencia de la administración de justicia, que inicia con el acto voluntario del procesado quien a cambio de una rebaja en la pena decide aceptar, sin reparo alguno, la imputación que le ha sido formulada.

A su vez, la Resolución Sancionatoria dio cuenta de una decisión previamente proferida por esta Superintendencia en la cual la evaluación del caso concreto incluyó un análisis de la conducta procesal durante la totalidad de la investigación de quienes aceptaron los cargos, y concluyó que la misma generó eficiencia y celeridad en la investigación, que evitó desgastes innecesarios a la administración durante el desarrollo de la misma y que no medió ningún condicionamiento acerca de la responsabilidad que estos aceptaron, por lo que, el Despacho concedió en dicha actuación administrativa una atenuación de la sanción tanto al agente de mercado como a las personas naturales relacionadas con él.

El examen de los argumentos presentados en la Resolución Sancionatoria permite arribar a dos importantes conclusiones. La primera, que este Despacho indicó con suficiente claridad que la figura del allanamiento para efectos del régimen de libre competencia será entendida como *'colaboración con las autoridades'*, la cual se encuentra regulada por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que se ocupa del monto de las multas a personas jurídicas, en donde se establece que *"La colaboración con las autoridades en el conocimiento o en la investigación de la conducta será circunstancia de atenuación de la sanción"*. Valga decir, que la imposición de la sanción tiene lugar cuando el expediente llega al Despacho del Superintendente de Industria y Comercio para decisión final y allí se establece la violación al régimen de competencia. En tal virtud, la aplicación del artículo 98 del CGP no tiene aplicación en el presente caso.

La segunda, que el análisis de la conducta procesal y de los desgastes innecesarios que le fueron ahorrados a la administración con ocasión de la conducta colaborativa, tienen lugar una vez la etapa investigativa ha concluido y el Despacho se encuentra analizando el monto de la sanción luego de haber establecido la contravención al régimen de competencia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por lo expuesto, no coincide este Despacho con la crítica de los recurrentes según la cual se debió proceder a proferir fallo y no adelantar la totalidad de la investigación, conforme lo establece el artículo 98 del CGP. Así como tampoco, que, dado que esta Superintendencia continuó con el proceso, era claro que consideró ineficaz el allanamiento y, en consecuencia, esto le brindó a los investigados todo el derecho a ejercer su derecho de defensa. Vale señalar en este punto, que esta última afirmación confirma el que en efecto los investigados ejercieron su derecho de defensa, incluso de aceptarse que ellos se allanaron respecto de unos hechos y no sobre el cargo como un todo, y no actuaron en concordancia con la aceptación referida al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, motivo por el cual no es procedente conceder ningún tipo de beneficio ya que no se observó una intención de colaboración en este sentido.

Contrario acontece con el reproche relacionado con la decisión de los investigados de abstenerse de retirar el material probatorio presentado con ocasión de la solicitud de admisión al **PBC**. Sobre el particular, estima el Despacho procedente reconsiderar los argumentos de los recurrentes relacionados con que algunos de tales elementos probatorios fueron utilizados por esta Superintendencia para soportar su decisión final, motivo por el cual accede a conceder una atenuación de la sanción que le fue impuesta a los siguientes investigados dada la intención que tuvieron de colaborar con la investigación, de la siguiente manera.

Teniendo en cuenta la colaboración prestada por **DISFRUVER** a esta Autoridad consistente en dejar a disposición de la investigación los elementos de prueba aportados con ocasión de la solicitud de admisión al **PBC**, conforme lo establece el último inciso del parágrafo del artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1523 de 2015, este Despacho concede una reducción del 10% de la multa aplicable. En consecuencia, a **DISFRUVER** se le impondrá una multa final de **SEISCIENTOS CINCO MILLONES DOS MIL QUINIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$605.002.580.00)** por la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Teniendo en cuenta la colaboración prestada por **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** a esta Autoridad consistente en dejar a disposición de la investigación los elementos de prueba aportados con ocasión de la solicitud de admisión al **PBC**, conforme lo establece el último inciso del parágrafo del artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1523 de 2015, este Despacho concede una reducción del 10% de la multa aplicable. En consecuencia, a **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** se le impondrá una multa de **OCHO MILLONES CIENTO NOVENTA MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8.190.530.00)** por ejecutar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

Finalmente, teniendo en cuenta la colaboración prestada por **ANDREA ROSAS DÍAZ** a esta Autoridad consistente en dejar a disposición de la investigación los elementos de prueba aportados con ocasión de la solicitud de admisión al **PBC**, conforme lo establece el último inciso del parágrafo del artículo 2.2.2.29.2.6 del Decreto 1523 de 2015, este Despacho concede una reducción del 5% de la multa aplicable.

El monto de dicha reducción obedece a que pese a que la investigada aportó información a este Despacho, también presentó una conducta procesal reprochable toda vez que sus declaraciones ante esta Superintendencia a lo largo de la actuación administrativa, fueron contradictorias. Prueba de ello, es que en declaración inicial informó que la presentación de observaciones respondió a "un consenso en el que todos nos pusimos de acuerdo para presentar las obligaciones que estaban en pre pliego (...)", sin embargo, de manera inexplicable, en su declaración de ratificación cambió los términos de su declaración inicial, según ella, debido a un "*problema semántico*" y agregó que, en la reunión del 14 de enero de 2017 no se hacía necesario que los asistentes acordaran hacer observaciones, ya que previamente durante el desarrollo del proceso, todos ellos habían tenido la oportunidad de presentar observaciones las cuales al ser públicas fueron de conocimiento general. Dicha situación no se constituye para este Despacho en un problema semántico, sino en una decisión consciente de obstruir la actividad investigativa adelantada por esta Superintendencia.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En consecuencia, a **ANDREA ROSAS DÍAZ** se le impondrá una multa de **CINCUENTA Y NUEVE MILLONES DOCE MIL NOVECIENTOS CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$59.012.940.00)** por ejecutar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

#### **4.2.3. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con el control competitivo de HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ sobre ALIMENTOS DAZA**

**ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** indicaron que, dado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** durante muchos años participó en el mercado de las frutas, era apenas natural que algunos agentes lo relacionaran con **ALIMENTOS DAZA**, sumado al hecho de que él es el padre de la única dueña, pero que ello no basta para que esta Superintendencia afirme que él es el controlante competitivo de dicha empresa. Así mismo, reprocharon que tan solo en la Resolución Sancionatoria se hubiera hecho alusión a la figura de controlante competitivo, lo que les impidió ejercer su derecho de defensa en oportunidad. Agregaron que, de acuerdo con la argumentación presentada por este Despacho, todos aquellos quienes influyeron en la toma de decisiones referidas a las observaciones y a no presentarse, también serían controlantes. Criticaron además el hecho de que no está probado sin lugar a dudas que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** hubiera tomado la decisión de formular observaciones y de no presentarse debido a la influencia ejercida por su padre. Finalmente, adujeron que según la propia doctrina de esta Superintendencia, el control deviene como consecuencia de una operación de integración, la cual debe ser informada a esta Superintendencia, situación que no se configuró en el presente caso.

Un primer punto de partida en el análisis de las inconformidades antes expuestas, se refiere a que por primera vez en la Resolución Sancionatoria se hizo alusión al concepto de control competitivo, hecho que, en su criterio, vulneró el derecho de defensa de los recurrentes. Al respecto, encuentra este Despacho que el numeral **5.4.3** del Informe Motivado se ocupó de manera amplia a responder las observaciones que **ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** presentaron en torno al concepto de control, así como también a presentar el material probatorio que le permitió concluir acerca de la existencia del mismo por parte de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**. Por lo tanto, este Despacho no estima que el reproche formulado por los recurrentes en este sentido sea válido.

En cuanto a que no es suficiente que los agentes de mercado relacionen a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** con **ALIMENTOS DAZA**, en consideración a su trayectoria en el mercado de las frutas, para que esta Superintendencia pudiera concluir que él es el controlante competitivo de dicha empresa, es preciso indicar que este Despacho llegó a tal conclusión basado a través del análisis de diferentes medios probatorios.

Un elemento de prueba fue el registro fotográfico del tablero utilizado para registrar la asistencia de los participantes en la reunión celebrada el 2 de febrero de 2017, cuya imagen se presenta enseguida, en la cual se aprecia que a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** se le vinculó con **ALIMENTOS DAZA**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 1: Registro fotográfico del desarrollo de la segunda reunión anticompetitiva allegada por JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ y DISFRUVER

Nombre empresas  
 - buca fruit  
 - costofruit  
 - Heedra castolblanco → Alejandro castolblanco  
 2. Alimentos Daza → Hugo Daza  
 3. Cíbulos → au stella  
 4. Fruverlin → Albeiro  
 5. Disfruit → Oscar Chavero  
 Nelson  
 6. Fruto y Alimentos de Colombia → Fidel  
 Fundación  
 7. Comercializadora Disfruver.

Fuente: Folio 2923 del cuaderno público No. 14 del Expediente.

La anterior imagen muestra claramente que cada empresa estaba representada por cada asistente, así, para el caso de **ALIMENTOS DAZA** aparece el nombre de **HUGO DAZA**. El cuestionamiento que le surge a este Despacho es, según lo alegado por los recurrentes, si **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** no se encontraba en tal reunión representando a **ALIMENTOS DAZA**, por qué dejar consignado algo en contrario. Es probable que gracias a la trayectoria de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** en el mercado de las frutas se haya originado tal error en el tablero, pero por qué no procedió entonces a hacer la correspondiente corrección o aclaración. La respuesta lógica que surge entonces es que en efecto **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** acudió a tales reuniones en representación de **ALIMENTOS DAZA**, de otro modo, no se explica este Despacho cómo una persona que no tiene su propia empresa, o se encuentra vinculada con otra, hubiera asistido sin propósito alguno. Y es que, el material probatorio que a continuación se seguirá examinando, permite evidenciar que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** en efecto participó de manera activa en el cartel objeto de sanción a nombre de **ALIMENTOS DAZA**.

A modo de ejemplo, se destaca una conversación sostenida entre **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores PAE), en la cual se aprecia que el primero decide a qué procesos se presentará **ALIMENTOS DAZA**. Nótese cómo **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** se refiere a nosotros (esto es **ALIMENTOS DAZA**) para indicar que tampoco se presentarán si los precios y las condiciones dentro del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** no cambiaban.

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

Marca de hora: 16/01/2017 15:10(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

Creo que no vamos para ningún buen puerto. De nuestra parte **NO VAMOS A PRESENTARNOS**.

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

Marca de hora: 16/01/2017 15:10(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza

Marca de hora: 16/01/2017 16:05(UTC-5)

Aplicación de origen: WhatsApp

Contenido:

**Si no arreglan precios o cambian las condiciones tampoco**" (Negrilla fuera de texto original).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Otra muestra de dicha participación activa, puede observarse en el chat de fecha 2 de febrero de 2017 entre **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, en donde se aprecia la consistente participación del primero en nombre de **ALIMENTOS DAZA**, definiendo quiénes deberían asistir a la reunión según el propósito de la misma. A continuación el chat<sup>13</sup>:

**LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:**

Buen día.

Sr. Posibilidades de reunimos mañana todos de nuevo?

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:**

Por mi claro que si

**LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:**

10 am. Le parece

En la misma parte

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:**

No

**LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:**

Proponga

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:**

En oma de gran estasion

**LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:**

10 am está bién

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:**

**LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:**

Buena tarde. Aceptada la reunión mañana en OMA de gran estación 10 A.M por: Sra Stella Tellez, Sr. Daza, Sr Fidel de la casa de los lulos.

Confirma su presencia Disfruver

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:**

**LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:**

Confirmado el Sr. Nestor Castelblanco

Confirma el Sr. Orlando Diaz

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:**

Pero Orlando días para que

El no está en el programa

**LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO:**

Si. Es correcto. Ya lo llamo y le digo que la reunión abortó por ser día sin carro.

**HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ:**

Muy bien

Un ejemplo adicional lo constituye la declaración rendida por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, quien indicó que en la reunión del 2 de febrero de 2017 notó que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** estaba

<sup>13</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8 del Expediente. PATH: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148 (OID=6881823).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

preocupado por el proceso. No concibe este Despacho que tal inquietud fuera a título personal, pues él no tenía para tal fecha su propia empresa, lo que indica entonces que su intranquilidad estaba referida a **ALIMENTOS DAZA**, según se aprecia a continuación:

**"ANDREA ROSAS DÍAZ:** Bueno, pues en esa reunión estábamos ya era enojados. Que cómo era posible que la Secretaría de Educación no hubiera subido los precios. (...) Y empezamos claramente a preguntarnos: ¿usted va a participar? ¡No!, yo no voy a participar; ¿usted se va a presentar? No, yo no me voy a presentar. Nosotros Comercializadora Disfruver porque los precios no son viables; Y el que yo veía como que pensaba, como muy preocupado del proceso, demasiado preocupado del proceso era don Hugo Nelson (...) No vamos a vender fruta, ¿qué nos vamos a poner a hacer? (...) Entonces acordamos, porque eso sí fue un acuerdo, en que no nos presentamos. ¿Por qué digo yo que fue un acuerdo? porque empezamos a preguntarnos: ¿usted se va a presentar? no. ¿Usted se va a presentar? no"<sup>14</sup>.

Un nuevo ejemplo lo constituye el chat de *WhatsApp* del 3 de febrero de 2017 (fecha límite para presentar oferta en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**), en donde **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y quien asistió a las reuniones) le manifestó a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** que le deseaba a **FAC** sus "más hipócritas deseos" para que les fuera bien luego de que alteraran el orden que ellos habían tratado de establecer y que fue burlado con la presentación de la oferta. A continuación el referido chat:

**Tabla No. 2: Chats entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO con HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**

Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ <sup>15</sup>
<p>"Participantes: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos, [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza</p> <p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos Marca de hora: 3/02/2017 15:04(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Con mis más hipócritas deseos para que le vaya bién a esa empresa que fué capaz de subvertir el orden que intentamos establecer y que fué burlado en pos de una pérdida segura.</p> <p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza Marca de hora: 3/02/2017 17:38(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Si y ayer nos dijo que no</p> <p>De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza Marca de hora: 3/02/2017 17:38(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: Eso nos dijo José fidel Aldana"</p>

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en la información que reposa a folios 1597 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

El análisis hasta aquí presentado le confirma a este Despacho que resulta bastante improbable pensar que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** asistió a las reuniones y actuó dentro del cartel a título personal, más aun considerando que este no tenía la "cualificación o aptitud legal para comparecer como proponente"<sup>16</sup>. Por el contrario, tanta preocupación y esfuerzos en la realización de las reuniones y los fines buscados con ellas, tan solo encuentran explicación si se ve a este como vocero y representante de los intereses de **ALIMENTOS DAZA**.

<sup>14</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 2:37:40.

<sup>15</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8 del Expediente. PATH: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt (OID: 6881823).

<sup>16</sup> Folio 2553 del cuaderno público No. 12 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Ahora bien, considerando que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** reconoció en sus declaraciones<sup>17</sup> y en los descargos<sup>18</sup> que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** la asesoró en lo relacionado con el proceso **LP-AMP-129-2016**, sería ilógico pensar que este nunca le comentó a aquella acerca de las reuniones y objetivos perseguidos con ellas, lo que deja como única opción razonable que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** actuó como controlante de **ALIMENTOS DAZA** y, en tal condición, sus indicaciones fueron seguidas por **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, lo que deja sin sustento la supuesta autonomía con que actuó esta dentro del mismo.

Por otra parte, los argumentos presentados por los recurrentes consistentes en que todos aquellos empleados de **ALIMENTOS DAZA** que influyeron en la toma de decisiones referidas a las observaciones y a no presentarse, también serían controlantes, carecen de validez alguna. Ello por cuanto, a lo largo de la Resolución Sancionatoria y del Informe Motivado, esta Superintendencia ha indicado los supuestos de hecho requeridos para la configuración de dicho control, esto es, la posibilidad de influenciar el desempeño competitivo de una empresa, sin importar si dicha influencia coincide con los eventos en que, bajo las normas del derecho societario, se configura una situación de control.

En el caso de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, fue este quien participó activamente en representación de **ALIMENTOS DAZA** en la preparación y desarrollo de las reuniones, así como también en asegurar que el comportamiento de esta última se conformara con lo decidido al interior del cartel. No así acontece con los empleados de **ALIMENTOS DAZA**, quienes, si bien en ejercicio de sus funciones pudieron haber colaborado en la determinación de la viabilidad de la propuesta, lo cierto es que no existe evidencia acerca de su asistencia a las reuniones llevadas a cabo por los cartelistas, o de que sus opiniones hubieran estado permeadas por los fines buscados por el cartel, lo que les generó un motivo particular para influenciar la toma de una decisión en particular, o de que en efecto tuvieran ese poder de influenciar. Recuérdese además que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** durante muchos años fue empresario y a la vez es padre de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, lo que en sí mismo lleva implícito una subordinación tácita, la que se confirma con el hecho de que aquél fuera quien participara activamente en las reuniones del cartel y la asesorara en lo relacionado con el proceso **LP-AMP-129-2016**, según ella misma lo indicó. Todo lo anterior, llevó a este Despacho a concluir que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** sí tenía el poder el influenciar las decisiones de **ALIMENTOS DAZA** y que en efecto lo ejerció.

Ahora bien, en relación con el reproche consistente en que según la propia doctrina de esta Superintendencia el control deviene como consecuencia de una operación de integración, la cual debe ser informada a esta Entidad, situación que no se configuró en el presente caso, este Despacho se aparta de tal censura por las siguientes dos razones. En primer lugar, es importante resaltar que las normas a que aluden los recurrentes, esto es, el artículo 4 de la Ley 155 de 1959, modificado por el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009 hacen referencia al control de integraciones empresariales, situación que no les es aplicable al caso en cuestión. Al respecto, es importante reiterar que el régimen de la libre competencia económica en Colombia, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional se encuentra integrado por:

*"[L]a **Ley 155 de 1959** sobre prácticas comerciales restrictivas, cuya vigencia ha sido reiterada por normas posteriores, especialmente por la **Ley 1340 de 2009**; por el **Decreto 2153 de 1992**, que es un decreto con fuerza de ley, que fue dictado con base en las facultades extraordinarias otorgadas por el artículo 20 Transitorio de la Constitución, que reestructuró en su momento la Superintendencia de Industria y Comercio, especialmente lo allí dispuesto por los artículos 44 a 54, aún vigentes, (...) por la Ley 1340 de 2009, sobre protección de la libre competencia, especialmente el artículo 1 que determina su objeto, el artículo 4, que instala el régimen general de protección de la competencia y el artículo 6, que establece que la SIC "conocerá en forma privativa de las investigaciones administrativas, impondrá las multas y adoptará las demás decisiones administrativas por*

<sup>17</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 ALIMENTOS DAZA del Expediente. Min: 47:23 a 48:00 (Parte II). También folio 3524 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 47:08 a 47:26; 1:12:57 a 1:14:42; 1:18:28 a 1:19:33.

<sup>18</sup> Folio 2544 del cuaderno público No. 12 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*infracción a las disposiciones sobre protección de la competencia"; y por los decretos que sucesivamente modifican la estructura de la entidad, los que en general introducen nuevas funciones a la Superintendencia de Industria y Comercio, al Superintendente y a la Superintendencia Delegada para la Protección de la Competencia, precisando algunos aspectos sustantivos y de procedimiento, (en) el **Decreto 4886 de 2011**<sup>19</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Tal integración normativa es relevante puesto que en la Ley 155 de 1959 aparece, entre otras, la prohibición general de competencia, y en los artículos 47, 48 y 50 del Decreto 2153 de 1992 las conductas (acuerdos, actos unilaterales y abuso de posición de dominio) que se entienden violatorias del derecho colectivo a la libre competencia económica. Ahora bien, el artículo 4 de la Ley 155<sup>20</sup>, citado por los recurrentes, hace referencia a los procesos de integración empresarial, artículo que no tiene relación alguna con el proceso administrativo sancionatorio de prácticas restrictivas de la libre competencia. En esa medida, no comprende el Despacho el motivo por el cual los recurrentes hacen referencia a que era obligación de esta Superintendencia haber probado que para la época de los hechos **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** hubiera tenido constituida una sociedad con idéntico objeto social a **ALIMENTOS DAZA**.

En segundo lugar, esta Superintendencia se ha apoyado en el artículo 261 del Código de Comercio, modificado por el artículo 27 de la Ley 222 de 1995, a efectos de desarrollar el concepto de control competitivo indicando que el control societario es, en la mayoría de los casos, suficiente para concluir la existencia de control competitivo sobre una empresa<sup>21</sup>. Sin embargo, considerando

<sup>19</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

<sup>20</sup> **Artículo 4º. Modificado por el artículo 9, Ley 1340 de 2009.** El nuevo texto es el siguiente: *Las empresas que se dediquen a la misma actividad económica o participen en la misma cadena de valor, y que cumplan con las siguientes condiciones, estarán obligadas a informar a la Superintendencia de Industria y Comercio sobre las operaciones que proyecten llevar a cabo para efectos de fusionarse, consolidarse, adquirir el control o integrarse cualquiera sea la forma jurídica de la operación proyectada:*

1. Cuando, en conjunto o individualmente consideradas, hayan tenido durante el año fiscal anterior a la operación proyectada ingresos operacionales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio, o

2. Cuando al finalizar el año fiscal anterior a la operación proyectada tuviesen, en conjunto o individualmente consideradas, activos totales superiores al monto que, en salarios mínimos legales mensuales vigentes, haya establecido la Superintendencia de Industria y Comercio.

*En los eventos en que los interesados cumplan con alguna de las dos condiciones anteriores pero en conjunto cuenten con menos del 20% mercado relevante, se entenderá autorizada la operación. Para este último caso se deberá únicamente notificar a la Superintendencia de Industria y Comercio de esta operación.*

*En los procesos de integración o reorganización empresarial en los que participen exclusivamente las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, esta conocerá y decidirá sobre la procedencia de dichas operaciones. En estos casos, la Superintendencia Financiera de Colombia tendrá la obligación de requerir previamente a la adopción de la decisión, el análisis de la Superintendencia de Industria y Comercio sobre el efecto de dichas operaciones en la libre competencia. Esta última podrá sugerir, de ser el caso, condicionamientos tendientes a asegurar la preservación de la competencia efectiva en el mercado.*

**PARÁGRAFO 1º.** *La Superintendencia de Industria y Comercio deberá establecer los ingresos operacionales y los activos que se tendrán en cuenta según lo previsto en este artículo durante el año inmediatamente anterior a aquel en que la previsión se deba tener en cuenta y no podrá modificar esos valores durante el año en que se deberán aplicar.*

**PARÁGRAFO 2º.** *Cuando el Superintendente se abstenga de objetar una integración pero señale condicionamientos, estos deberán cumplir los siguientes requisitos: Identificar y aislar o eliminar el efecto anticompetitivo que produciría la integración, e implementar los remedios de carácter estructural con respecto a dicha integración.*

**PARÁGRAFO 3º.** *Las operaciones de integración en las que las intervinientes acrediten que se encuentran en situación de Grupo Empresarial en los términos del artículo 28 de la Ley 222 de 1995, cualquiera sea la forma jurídica que adopten, se encuentran exentas del deber de notificación previa ante la Superintendencia de Industria y Comercio".*

<sup>21</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 19890 del 24 de abril de 2017.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

las diferencias conceptuales y legales existentes entre el régimen societario y el de competencia en Colombia, pueden presentarse situaciones en las cuales la Superintendencia de Industria y Comercio verifique la existencia de control competitivo, sin que tal situación haya sido declarada previamente por las empresas involucradas, ni por la Superintendencia de Sociedades<sup>22</sup>.

En virtud de lo anterior, el reproche de los recurrentes no está llamado a prosperar en tanto la vulneración a la normatividad que regula el control de integraciones empresariales no es aplicable en el presente caso, en donde lo que se censura es un control competitivo por parte de un agente de mercado y no el de una empresa luego de una integración. Si se partiera de la falsa premisa de que la normatividad aplicable para efectos de determinar un control fuera el artículo 9 de la Ley 1340 de 2009, seguramente se haría necesario acreditar la calidad de empresa para darle aplicación a dicha normativa, pero, se insiste, este no es el caso.

#### **4.2.4. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con el control competitivo ejercido por STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ respecto de NAMASTÉ y con el propósito de su asistencia a las reuniones**

**STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** indicó que asistió a las reuniones en donde se encontraron los cartelistas en calidad de representante de **ACODÍN** y no como representante de **ALIMENTOS SPRESS**, ni como supuesta controlante de **NAMASTÉ**, y que su único propósito fue difundir la publicidad del congreso organizado por **ACODÍN**, circunstancia que se encuentra soportada en la publicidad del congreso y las ratificaciones de los testimonios rendidos por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**. Resaltó además que, ella no es controlante de **NAMASTÉ**, hecho respecto del cual no existe prueba directa o indirecta en el Expediente, más allá de una serie de aspectos técnicos que nada tienen que ver con el precio de los productos.

Con el fin de analizar la alegada calidad con la que asistió **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** a las reuniones llevadas a cabo por los cartelistas y su rol respecto de los acuerdos a los que llegaron los mismos, comienza el Despacho por examinar los siguientes medios probatorios que le permiten concluir que esta no acudió a las mismas con el único propósito de difundir la publicidad del congreso organizado por **ACODÍN**, ni que participó en su representación. En primer lugar, se tiene la ratificación de declaración rendida por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, empleado de **FAC**, quien identificó a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** como asistente a la reunión del 14 de enero de 2017 en representación de **ALIMENTOS SPRESS**, y describió que era ella junto con **ANDREA ROSAS DÍAZ** quienes dirigían la "palabra", así:

*"DELEGATURA: ¿Quién lo llamó?*

***JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** (...) eso ahí estaba [primera reunión] Don HUGO NELSON DAZA, estaba JUAN PABLO FONSECA, que es el de DISFRUVER, estaba la esposa de JUAN PABLO FONSECA, que es Doña Adriana [hace referencia a ANDREA ROSAS DÍAZ] también estaba con él y también los llamaron allá. La que dirigía la palabra allá era ella [ANDREA ROSAS DÍAZ] y una señora STELLA TÉLLEZ, (...) ella también tiene la empresa... cómo se llama... ALIMENTOS SPRESS"<sup>23</sup>.*

De igual manera, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** en diligencia de testimonio coincidió en afirmar que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** asistió a la reunión del 14 de enero de 2017 en representación de **ALIMENTOS SPRESS**, según se describe a continuación:

***NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:** El de la Casa del Lulo. Estaba obviamente don Albeiro Torres, quien fue quien invitó a la reunión. Estaba doña Stella Téllez.*

<sup>22</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 5545 del 6 de febrero de 2014.

<sup>23</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 46:13, 47:26, 47:29, 50:56, 50:58, 51:16.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**DELEGATURA:** ¿De qué empresa?

**NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:** Alimentos Spress (...)<sup>24</sup>.

En esa misma diligencia, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** describió la forma activa en que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** participó de la reunión del 14 de enero de 2017, en donde contrario a lo afirmado por ella, de ninguna manera su único propósito fue difundir información acerca del congreso de **ACODÍN**, pues según se aprecia enseguida, fue ella la que propuso presentar observaciones de manera coordinada:

**"NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:** Nosotros hicimos como un ejercicio económico, Don ALBEIRO fue el que la dirigió. Empezamos a ofertar frutas. Don HUGO ofertó banano, señor TORRES ofreció naranja y mandarina, Don ALBEIRO ofreció mango, yo ofrecí naranja y pera, DISFRUVER y ANDREA hablaban de toda la fruta, el mismo ALBEIRO puso los precios de Secretaría y sacó un promedio y el mismo dijo: ¿qué vamos a hacer? **Cuando doña STELLA dijo: observemos. El anotó [en el tablero] observemos**"<sup>25</sup>.

Por su parte, **PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ** (hijo de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**) en declaración del 14 de junio de 2017 informó creer que luego de finalizada la reunión del 2 de febrero de 2017, fue **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** quien persuadió a los participantes de dicha reunión de abstenerse de usar chats de *WhatsApp* con el fin de no dejar evidencia, conforme se aprecia a continuación:

**"DELEGATURA:** ¿Usted tiene alguna evidencia de algún acta que se suscribió en esas reuniones?

**PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ:** En la reunión de Gran Estación hicieron la reunión allá afuera. Pues ya cuando acabaron la reunión en el OMA salieron de ahí y antes pensaron, intentaron hacer un grupo de *WhatsApp*, **creo que fue la señora Stella quien dijo que no porque hablaban de una evidencia. Yo no sé qué hablaban ahí. Que eso era mejor que lo hablaran. Y las fotos que me mandó mi papá**"<sup>26</sup>.

A su vez, el testimonio de **ANDREA ROSAS DÍAZ** describe cómo **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** también se encontraba enojada por cuanto las observaciones presentadas no fueron atendidas por la **SED**, lo cual sin lugar a dudas indica que la presencia de esta en las reuniones de los cartelistas lejos de perseguir darle publicidad al evento de **ACODÍN**, en realidad respondió a su ánimo de alinear los intereses de las empresas de la cual en una es representante legal y en otra ejerce un control competitivo, con los de los cartelistas, según lo describe el aparte de la declaración en mención, así:

**"ANDREA ROSAS DÍAZ:** En esa reunión estábamos ya enojados. Fecha límite para presentar la oferta. En la Gran Estación nos encontramos nuevamente don Hugo Nelson Daza, don Albeiro, don Fidel, la señora Stella Téllez, Andrea Rosas, Alejandro Castelblanco, Fidel Aldana"<sup>27</sup>.

Una prueba adicional que derriba la afirmación de **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** según la cual el único propósito por ella perseguido asistiendo a las reuniones de los cartelistas era el de darle publicidad al congreso de **ACODÍN**, es el chat que esta recibió por parte de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, en donde este le manifestó a **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** que le deseaba a **FAC** sus "más hipócritas deseos" para que les fuera bien luego de que alteraran el

<sup>24</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min: 21:38 a 24:29.

<sup>25</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min: 21:26, 26:17, 2'31:17.

<sup>26</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC del Expediente. Min: 28:43.

<sup>27</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 2:35:33.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

orden que ellos habían tratado de establecer y que fue burlado con la presentación de la oferta. A continuación los chats que dan cuenta de los mensajes mencionados:

**Tabla No. 3: Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**

**Chat entre LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ<sup>28</sup>**

"Participantes: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos,  
[REDACTED]@s.whatsapp.net Stella Téllez

De: From: [REDACTED]@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos  
Marca de hora: 3/02/2017 15:04(UTC-5)  
Aplicación de origen: WhatsApp  
Contenido:  
Con mis más hipócritas deseos para que le vaya bién a esa empresa que fué capaz de subvertir el orden que intentamos establecer y que fué burlado en pos de una pérdida segura."

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en la información que reposa a folios 1597 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

Una prueba más que demuestra que la participación de **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** obedeció a una intención clara e inequívoca de apoyar los propósitos en torno a los cuales se congregaron los miembros del cartel ahora objeto de sanción, es la declaración de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**) quien manifestó que él fue contactado por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, con el fin de reprocharle el que **FAC** se hubiera presentado al proceso de selección y que hubiera resultado adjudicatario de cinco (5) de los veinticinco (25) segmentos del grupo de las "frutas y hortalizas", como se aprecia a continuación:

**"DELEGATURA:** ¿Usted en su declaración anterior nos comentaba que usted recibió unas llamadas, cuénteme todo sobre esas llamadas?

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** Pues que las llamadas, como sobre que me las pregunta? ¿sobre el tema de las frutas?; sobre el tema digamos que por qué después de que salió favorecido **FAC S.A.S.**, yo tuve unas llamadas digamos un poco delicadas, me regañan a mí, me llama por ejemplo Stella [Téllez Hernández] y me dijo de hasta qué me iba a morir por teléfono"<sup>29</sup>.

Una última prueba que corrobora lo afirmado por este Despacho en relación con que el verdadero interés que acompañó a **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** al asistir a las reuniones de los cartelistas fue el sumarse a los intereses de los mismos, consiste en su propia declaración según la cual una vez se dio apertura al proceso **SA-SI-140-AG-2017** para adjudicar los segmentos en el grupo de "frutas y hortalizas" que fueron declarados desiertos en el proceso **LP-AMP-129-2016**, el precio de las frutas "lo subieron a lo que me pareció un súper buen precio", a lo que agregó, respecto de la posible conformación de una unión temporal para participar en ese proceso de selección, que le dijo a los demás **INVESTIGADOS** "pues sí, camine vamos hagamos la licitación, entre todos podemos, unámonos los grandes, que mire entre todos podemos, unidos jamás seremos vencidos, toda mi estrategia"<sup>30</sup>.

Así mismo, señaló que le dijo a **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** que ella "sí quería trabajar con él, pero él le dijo 'señora Stella, ¿usted con qué porcentaje se iría?', 'pues por el que me dé', 'solo le daría el 0.5% entonces', pues no me daría. Tanto riesgo y tanto trabajo no se justifica para vender 500 millones"<sup>31</sup>. Lo indicado por **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** revela sin lugar a dudas

<sup>28</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8 del Expediente. PATH: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-147.txt (OID=6881822).

<sup>29</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16. Min: 1:01:24 y 1:31:22.

<sup>30</sup> Folio 1572 del cuaderno público No. 8 del Expediente. Min: 5:13:00 (segundo día, parte II).

<sup>31</sup> Folio 1572 del cuaderno público No. 8 del Expediente. Min: 5:14:10 (segundo día, parte II).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

su genuino interés en participar en los procesos de selección a través de **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ**. Así, el análisis en conjunto del material probatorio antes examinado le permite a este Despacho confirmar la decisión tomada en torno a la participación de **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** en el cartel objeto de examen, y desestimar los argumentos por ella presentados según los cuales el único propósito de asistir a las reuniones fue el de promocionar el congreso organizado por **ACODÍN**.

En relación con la vinculación de **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** con **NAMASTÉ**, procede el Despacho a analizar el reproche efectuado por la recurrente consistente en que no existe prueba en el Expediente que permita determinar que **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** tuviera la posibilidad de influenciar directa o indirectamente la política empresarial de **NAMASTÉ**, así como que una mera coincidencia de aspectos técnicos, que nada tienen que ver con el precio de los productos, no es suficiente para predicar un control competitivo.

Para tal efecto, el análisis del material probatorio obrante en el Expediente se iniciará con la declaración rendida por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, quien al ser cuestionada acerca de qué persona asistió a la reunión del 14 de enero de 2017 como vinculada a **NAMASTÉ**, señaló que fue **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** y, además, que las observaciones que presentó dicha empresa coincidieron con lo acordado en dicha reunión, en los siguientes términos:

*"DELEGATURA: ¿Sabe usted si los demás asistentes a la reunión presentaron observaciones en el mismo sentido?"*

*ANDREA ROSAS DÍAZ: (...) Que nosotros sepamos en el SECOP las observaciones las hizo INDUSTRIAS ALIMENTOS DAZA y la hizo doña Stella.*

*DELEGATURA: ¿Doña Stella a través de cuál sociedad?"*

*ANDREA ROSAS DÍAZ: A través de ALIMENTOS SPRESS, eso también aparece en el portal.*

*DELEGATURA: ¿Tenemos que en el SECOP NAMASTÉ FOOD presentó observación respecto de la naranja, la feijoa y la guayaba. Ustedes discutieron sobre la inclusión de la naranja, la feijoa y la guayaba en el pliego de condiciones?"*

*ANDREA ROSAS DÍAZ: Sí señor.*

*DELEGATURA: ¿Por qué discutieron eso?"*

*ANDREA ROSAS DÍAZ: Porque se había sacado la naranja, y entre más opciones haya de fruta pues más fácil va a ser el suministro.*

*DELEGATURA: ¿La observación de NAMASTÉ FOOD es coincidente con lo que se habló en la reunión?"*

*ANDREA ROSAS DÍAZ: Sí señor.*

*DELEGATURA: ¿Cuáles de esas personas que fueron a la reunión están vinculadas con NAMASTÉ FOOD?"*

*ANDREA ROSAS DÍAZ: Pues como yo les había comentado anteriormente, doña Stella tiene una empresa que yo sepa, que es NAMASTÉ, que vende quesos"<sup>32</sup>.*

Del mismo modo, **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** también informó que **STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ** en la reunión del 14 de enero de 2017 fue quien formuló la iniciativa de observar sobre el tema de la naranja, en los siguientes términos:

<sup>32</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min. 2:20:23.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

"**DELEGATURA:** ¿Cuénteme qué pasó en esta reunión?"

**NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:** (...) Doña Stella habló muchísimo de la parte nutricional de la naranja. Ella nos dijo observemos sobre el tema de la naranja<sup>33</sup>.

En efecto, **NAMASTÉ** dentro del pliego de condiciones del proceso **LP-AMP-129-2016**, presentó observaciones consistentes en la inclusión de la naranja, tal y como se aprecia en la tabla que a continuación se presenta:

**Tabla No. 4: Observaciones presentadas por NAMASTÉ al pliego de condiciones en LP-AMP-129-2016<sup>34</sup>**

Observaciones en relación con la inclusión de frutas	NAMASTÉ	Observación 760 referentes al aspecto "jurídico", presentadas el 16 de enero de 2017". "Riesgo de desabastecimiento: Se evidencia que el presente pliego se excluye las frutas Naranja y Feijoa; y en la ejecución en curso no se cuenta con la Guayaba. (...)" (Destacado fuera de texto).

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio con base en información obrante a folios 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8 del Expediente referente al proceso **LP-AMP-129-2016**.

Lo visto hasta aquí, le permite a este Despacho insistir en que más allá de haber existido una mera coincidencia de aspectos técnicos (observar la inclusión de la naranja, la feijoa y la guayaba), que no tuvieron nada que ver con los precios, es evidente que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** tuvo la capacidad de hacer que **NAMASTÉ** actuara de conformidad con lo acordado por los cartelistas, esto es, que se observara la inclusión de las frutas antes mencionadas, tal y como ella misma lo propuso en la reunión del 14 de enero de 2017. Recuérdese que entre los tres propósitos del acuerdo, se encontraba la inclusión de otras frutas en el grupo de alimentos "frutas y hortalizas"<sup>35</sup>.

A su vez, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** presentó observaciones relacionadas con los precios en la audiencia de asignación de riesgos del proceso **LP-AMP-129-2016**<sup>36</sup>, comportamiento que también desarrolló **NAMASTÉ**, quien presentó una observación escrita con la que indirectamente manifestó su inconformidad con los precios de referencia de las frutas y hortalizas. El contenido de la observación es el siguiente:

*"Se solicita conocer las memorias de las reuniones sostenidas con Colombia compra eficiente y los distintos comerciantes de los productos que hacen parte del presente proceso de selección con el fin de establecer los precios de referencia".<sup>37</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Este nuevo análisis, refuerza la conclusión a la que arribó este Despacho en su Resolución Sancionatoria consistente en que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** participó en las reuniones en representación de **NAMASTÉ** y que tuvo la facultad de hacer que lo acordado fuera ejecutado por dicha empresa. Debe agregarse además, que el argumento según el cual por cuanto **ALIMENTOS SPRESS** se dedicaba a la panadería y **NAMASTÉ** a los lácteos, ninguna podía participar en el mercado de las frutas lo que significaba que no podría predicarse de ellas responsabilidad alguna, carece de validez alguna. En efecto, no entiende este Despacho la razón por la cual la representante legal y vinculada de estas empresas invirtió tanto tiempo y esfuerzos asistiendo a reuniones, participando activamente de ellas, presentando observaciones, llamando a los

<sup>33</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min. 24:36. En esta oportunidad expresó que "ella [Stella Téllez Hernández] nos dijo observemos sobre el tema de la naranja".

<sup>34</sup> CCE clasificó las observaciones presentadas y sus correspondientes respuestas por temas así: "económico", "administrativo", "jurídico" y "técnico".

<sup>35</sup> Folio 1534 a 1539 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

<sup>36</sup> En la lista de asistencia de la audiencia de asignación de riesgos del proceso **LP-AMP-129 -2016** consta que participó como representante de **ALIMENTOS SPRESS**. Folio 1534 a 1539 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

<sup>37</sup> Folio 1534 al 1539 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

competidores para desincentivar su interés en un determinado negocio y negociando su inclusión en la conformación de una Unión Temporal, si no tenía ninguna intención de que las empresas arriba mencionadas participaran en el mercado objeto de tales procesos de selección. A la única conclusión válida a la cual puede llegarse, es que sí estaba interesada en que las empresas con las que tenía algún vínculo participaran y se vieran libradas de competir intensamente como consecuencia del acuerdo. Debe señalarse que este Despacho más adelante continuará con un mayor análisis a este respecto en el acápite de la presente Resolución destinado a responder los reproches sobre el mercado.

Por todo lo anterior, se desestiman los reparos presentados en este acápite.

#### **4.2.5. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la presión ejercida sobre FAC**

**STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ, ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ, DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, BESTCOLFRUITS y NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** manifestaron que no se encuentra probada la supuesta presión ejercida sobre FAC. En particular, **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** señalaron que la única prueba de una supuesta presión es la declaración rendida por **ANDREA ROSAS DÍAZ** durante la solicitud de ingreso al PBC, añadiendo que la única manifestación efectuada por esta a **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** consistió en que el precio estaba muy bajo y que **ALIMENTOS DAZA** tampoco se iba a presentar porque era un negocio a pérdidas. Respecto de la declaración rendida por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, manifestaron que la misma es contradictoria, dado que este afirmó que **ANDREA ROSAS DÍAZ** lo había llamado y que había sido grosera con él, sin embargo, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** se refirió a que no tuvo conocimiento de llamadas sino de chats, que tampoco reposan en el Expediente, cambiando incluso su versión cuando indicó que fue **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** quien le comentó de tal situación.

Procede el Despacho a ocuparse de los reproches efectuados por **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**. En primer lugar, se referirá a la declaración rendida por **ANDREA ROSAS DÍAZ** durante la diligencia de solicitud de ingreso al PBC. A lo largo del escrito de observaciones al Informe Motivado, encuentra el Despacho tres argumentos que considera pueden ser el fundamento de las circunstancias que supuestamente estarían viciando la declaración rendida por esta. Un primer argumento, refiere a que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, las personas que han celebrado un acuerdo de colaboración con la Fiscalía tienen derecho a retractarse antes de que el juez de conocimiento lo acepte, en tal sentido, dado que esta Superintendencia no aceptó el ingreso de **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** al PBC, tenían entonces derecho a retractarse y a no auto incriminarse.

Un segundo argumento, alude al hecho de que durante el trámite de solicitud de ingreso al PBC la Superintendencia obligó a **ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** a declarar contra sí mismos respecto de asuntos que pueden revestir responsabilidad penal. Y, un último argumento está relacionado con el hecho de que la declaración rendida por **ANDREA ROSAS DÍAZ** no se encuentra ratificada.

Al respecto, la primera observación que corresponde efectuar es que los investigados de manera libre y espontánea decidieron abstenerse de retirar el material probatorio presentado con ocasión de la solicitud de admisión al PBC, hecho que les está generando una reducción en la imposición de la multa conforme se indicó anteriormente y se señalará en la parte resolutive de la presente Resolución. Así, no entiende este Despacho cómo las partes aportan libremente un material probatorio y después esperan que la Autoridad no lo evalúe. Más aún, cuando ello les significará una reducción en la imposición de la multa como en el presente caso. Se insiste, al haber dejado a disposición dicho material probatorio, el mismo de manera válida se incorporó al Expediente. Ahora bien, si las partes estimaban que dicho material probatorio podría tener unas implicaciones de responsabilidad, bien pudieron haberse abstenido de dejarlo a disposición, pero ello no fue así.

Otro aspecto importante, es que la naturaleza misma del **PBC** exige que el agente de mercado se acerque para poner en conocimiento unos hechos en los que eventualmente pudo haber estado involucrado, entonces no entiende este Despacho cómo ahora los recurrentes pretenden endilgar un vicio a unas declaraciones que fueron libremente rendidas y dejadas a disposición de la investigación, las cuales comportaban la aceptación de unos hechos. Por todo lo anterior, este Despacho procederá a tener en cuenta las declaraciones rendidas por **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** por estimar que las mismas no se encuentran viciadas.

Otro argumento usado por los recurrentes para hacer ver que no existió ningún tipo de presión, consistió en la aclaración según la cual la única manifestación efectuada por **ANDREA ROSAS DÍAZ** a **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** fue que el precio estaba muy bajo y que **ALIMENTOS DAZA** tampoco se iba a presentar porque era un negocio a pérdidas. Al respecto, prosigue el Despacho con el análisis del material probatorio que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, muestra cómo **ANDREA ROSAS DÍAZ** en efecto presionó y trató de influenciar la decisión de **FAC** de no presentarse al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**.

En primer lugar, se analizará la declaración rendida por **ANDREA ROSAS DÍAZ** (subgerente de **DISFRUVER**) en donde ella misma informó que sostuvo una conversación telefónica con **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC**) en donde se aprecia la insistencia de aquella en tratar de hacerle ver a esta lo inviable del negocio, lo que en otras palabras se traduce en una forma de influencia o presión, según se aprecia a continuación:

*"**ANDREA ROSAS DÍAZ:** Después de la reunión de Gran Estación, yo llamé a la Doctora Ligia Cobos y le pregunté: '¿Doctora usted se va a presentar al proceso?' y ella me dijo: pues la verdad es que nosotros no hemos definido. (...); Entonces yo le pregunté: ¿ustedes se van a presentar? Pues nosotros no hemos definido si nos presentamos o no. Entonces, yo le dije, Doctora: esa operación da unos niveles de pérdida muy grande. Yo no sé si ustedes ya hayan hecho el análisis de la negociación pero nosotros que llevamos hartos años vendiendo frutas, doctora, esa operación da pérdida.*

**DELEGATURA:** ¿Esa llamada fue antes del cierre?

**ANDREA ROSAS DÍAZ:** Sí, fue antes del cierre.

**DELEGATURA:** ¿Después de la reunión de Gran Estación?

***ANDREA ROSAS DÍAZ:** Sí, yo creería que fue después de la reunión. Entonces le dije, doctora ese proceso tiene unos niveles de pérdida muy grandes. Entonces ella dijo, pues la verdad yo le voy a comentar a los directivos que usted me llamó y lo que me comentó. Y yo le dije, bueno listo doctora. Y Ella me preguntó, ¿usted sabe si Daza se va a presentar?; y pues nosotros ya habíamos hecho la reunión, ya habíamos acordado que no nos íbamos a presentar. Yo le dije: doctora, Daza tampoco se va a presentar. Nosotros tampoco nos vamos a presentar, porque es un negocio que da pérdidas. Dijo, ah bueno listo. Yo le voy a comentar, ellos son los que toman la decisión (...)"<sup>38</sup>.*

Así mismo, **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**) en su declaración ante esta Superintendencia informó que él fue contactado por **ANDREA ROSAS DÍAZ**, con el fin de reprocharle el que **FAC** se hubiera presentado al proceso de selección y que hubiera resultado adjudicatario de cinco (5) de los veinticinco (25) segmentos del grupo de las "frutas y hortalizas", como se aprecia a continuación:

**DELEGATURA:** ¿Usted en su declaración anterior nos comentaba que usted recibió unas llamadas, cuénteme todo sobre esas llamadas?

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** Pues que las llamadas, como sobre que me las pregunta? ¿sobre el tema de las frutas?; sobre el tema digamos que por qué después de que salió favorecido **FAC S.A.S.**, yo tuve unas llamadas digamos un poco delicadas, me

<sup>38</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 2 DISFRUVER del Expediente. Min: 2:51:39.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

regañan a mí, me llama por ejemplo Stella [Téllez Hernández] y me dijo de hasta qué me iba a morir por teléfono, me llamó...

**DELEGATURA:** ¿Qué le dijo?, Cuénteme un poquito más.

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** No, ella me decía pues, digamos, 'qué falta de palabra, que qué falta de yo no sé qué', pero es que yo no tengo por qué tener palabra, yo no era, no tenía capacidad de licitar, yo no podía presentarme, entonces seguro porque yo apoyé a la otra empresa [se refiere a FAC S.A.S.], o porque me presenté como el que les di, digamos el aval en la cuestión de que yo sí tenía la fruta, que sí les podía ayudar a conseguir la fruta, los orientaba sobre el tema... La señora de Disfruver [se refiere a Andrea Rosas Díaz] también me llamó, me dijo que me faltaban yo no sé qué cosas por allá abajo, que por qué no me ponía las tetas de ella, esas palabras me las dijo y me colgó el teléfono, entonces digamos esas cositas<sup>39</sup>.

Por su parte, en la declaración de ratificación de **ANDREA ROSAS DÍAZ**, esta aceptó el hecho de haber contactado telefónicamente a **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** con el fin de indagarle si se iban a presentar y advertirla acerca de los niveles de pérdida del negocio, así:

**"DELEGATURA:** ¿En este expediente hay unas declaraciones de unas personas que dicen que usted llamó a los señores de FAC y pues les insistió que no participaran en el proceso 129. Usted hizo alguna llamada en ese sentido? Habló con alguien? Qué le dijo?

**ANDREA ROSAS DÍAZ:** Si señor. Yo en una oportunidad, en una única oportunidad llamé a la doctora **LIGIA COBOS** y le pregunté, le dije Doctora ustedes van a participar en la licitación? Se van a presentar? Entonces ella me dijo no, pues en realidad yo no sé, yo no he hablado con el Director, no se ha tomado la decisión final, no he hablado con las directivas, yo me encuentro por aquí fuera de la ciudad y entonces no sé. Y entonces yo le comenté, le conté algo que yo ya había escrito en mis observaciones y que pues era público y ya todo el mundo sabía...si llamé a la doctora y le dije, doctora ustedes ya revisaron los precios de la licitación? Los niveles de pérdida son exagerados, no son muy altos, entonces ella dijo pues déjeme que llegue a Bogotá, me reúno con los directivos y yo les comento...me despedí de ella y eso fue absolutamente todo lo que yo le dije y lo recuerdo con claridad que jamás en la vida la amenacé y manifiesto nunca en mi vida he amenazado, ni amenazaré a nadie, porque de solo pensar en eso me produce escalofrío<sup>40</sup>.

Por su parte, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** (consultora y socia de **FAC**), en declaración, se refirió al respecto en los siguientes términos:

**"LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA:** posterior a que presentamos la oferta [FAC S.A.S.], él [José Fidel Aldana Cortés] me muestra varios mensajes de texto, uno de parte de la señora Andrea, donde le hacía, le decía cosas muy agresivas, referentes a la presentación de la oferta, o sea como si él incidiera en el hecho de que nos presentáramos, porque en últimas pues es él el que nos daba los precios para podemos presentar más económicos de todo el programa (...)<sup>41</sup>.

Lo expuesto anteriormente, revela con suficiente claridad que **ANDREA ROSAS DÍAZ** contactó a algunos miembros de **FAC** con el propósito de hacerles ver lo inviable del negocio y persuadirlos de no tomar parte en él, asegurando de esa forma que el objetivo impuesto por los miembros del cartel se cumpliera, esto es, que la totalidad de los segmentos fueran declarados desiertos. No de otra forma se explica cómo un agente de mercado de manera insistente invierte tanto tiempo y esfuerzos contactando a sus competidores con el fin de mostrarles lo adverso que puede resultar un determinado negocio. Dicho comportamiento resulta entonces reprochable en la medida en

<sup>39</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 1:01:24 y 1:31:22.

<sup>40</sup> Folio 3522 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 41:46 (Parte I).

<sup>41</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 44:32 (Parte I).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que existió la posibilidad de que **FAC** hubiera cedido a la presión o la influencia de que fue víctima y, en consecuencia, se hubiera abstenido de presentarse, lo que hubiera significado menos opciones para la entidad contratante. En tal virtud, la conducta de **ANDREA ROSAS DÍAZ** lejos estuvo entonces en haberse limitado a efectuar una desprevenida manifestación, conforme lo anotaron los recurrentes.

En relación con la declaración rendida por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, la cual a juicio de los recurrentes es contradictoria dado que este afirmó que **ANDREA ROSAS DÍAZ** lo había llamado y que había sido grosera con él, sin embargo, **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** se refirió a que no tuvo conocimiento de llamadas sino de chats, revisada la declaración de **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA**, encuentra este Despacho que ella indicó que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** siempre manifestaba que un grupo de personas lo llamaba, sin llegar a indicar "*fulano me llamó*"<sup>42</sup> y que ella sabía que él era "*muy llamado a su teléfono*"<sup>43</sup> (en el contexto del ejercicio adelantado para tratar de influenciar la decisión de **FAC** de no presentarse al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**). Ciertamente, al continuar con su declaración **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** también refirió a un mensaje de texto que le envió **ANDREA ROSAS DÍAZ** a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, pero ello en nada contradice la versión acerca de las llamadas telefónicas, las cuales fueron claramente reconocidas por la declarante.

Por su parte, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ** insistieron en afirmar que (i) **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no amenazó ni presionó a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**; (ii) que no existe evidencia de ello; (iii) que dado que los recurrentes no podían participar en el proceso **LP-AMP-129-2016** no tenía sentido llevar a cabo tales maniobras; (iv) que **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** fue categórica en afirmar que no recibió llamada alguna de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**; (v) que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** nunca puso en conocimiento de las autoridades tal situación; y, (vi) que no puede pretenderse corroborar la versión dada por **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** con fundamento en la declaración rendida por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA**, quien manifestó que fue el mismo **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** la fuente de la información.

Como punto de partida del análisis, es preciso indicar que este Despacho en la Resolución Sancionatoria dejó claro que fruto de la coordinación algunos cartelistas procuraron influir y presionar a **FAC**, dejando de lado las supuestas amenazas dado que no existió evidencia de ello, por tanto, cualquier reproche o argumento orientado a desvirtuar las mismas carece de pertinencia alguna.

Prosigue el Despacho con el análisis del argumento orientado a desvirtuar cualquier clase de responsabilidad en torno a la presión y/o influencia dado que ni **ALIMENTOS SPRESS** ni **NAMASTÉ** podían participar en el proceso **LP-AMP-129-2016** y, en tal medida, no tenía sentido llevar a cabo tales maniobras. Sobre el particular, es preciso reiterar que no resulta claro para este Despacho cómo la representante legal y vinculada con estas empresas invirtió tanto tiempo y esfuerzos asistiendo a reuniones, participando activamente de ellas, presentando observaciones, llamando a los competidores para desincentivar su interés en un determinado negocio y explorando su inclusión en la conformación de una Unión Temporal, si no tenía ninguna intención de que las empresas arriba mencionadas participaran en el mercado objeto de tales procesos de selección. A la única conclusión válida a la cual puede llegarse, es que sí estaba interesada en que las empresas con las que tenía algún vínculo participaran y se vieran libradas de competir intensamente como consecuencia del acuerdo y, en ese sentido, su intención de desincentivar el interés que tuviera **FAC** en el referido negocio obedeció a su ánimo de asegurar los objetivos fijados por los miembros del cartel.

Ahora bien, el que **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** hubiera puesto o no en conocimiento de las autoridades tal situación no era un requisito indispensable para que esta Superintendencia pudiera

<sup>42</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 44:32 (Parte I).

<sup>43</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 44:32 (Parte I).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

abordar el examen de la conducta, ni mucho menos llegar a una conclusión, así como tampoco sirve como un elemento de juicio que tenga la potencialidad de desvirtuar la responsabilidad que le fue endilgada a los recurrentes.

Continúa el Despacho con el argumento según el cual **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** fue categórica en afirmar que no recibió llamada alguna por parte de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, para lo cual conviene aludir a la declaración de **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**) quien manifestó que él fue contactado por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, con el fin de reprocharle el que **FAC** se hubiera presentado al proceso de selección y que hubiera resultado adjudicatario de cinco (5) de los veinticinco (25) segmentos del grupo de las "frutas y hortalizas", como se aprecia a continuación:

**DELEGATURA:** *¿Usted en su declaración anterior nos comentaba que usted recibió unas llamadas, cuénteme todo sobre esas llamadas?*

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** *Pues que las llamadas, como sobre que me las pregunta? ¿sobre el tema de las frutas?; sobre el tema digamos que por qué después de que salió favorecido **FAC S.A.S.**, yo tuve unas llamadas digamos un poco delicadas, me regañan a mí, me llama por ejemplo Stella [Téllez Hernández] y me dijo de hasta qué me iba a morir por teléfono, me llamó...*

**DELEGATURA:** *¿Qué le dijo?, Cuénteme un poquito más.*

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** *No, ella me decía pues, digamos, 'qué falta de palabra, que qué falta de yo no sé qué', pero es que yo no tengo por qué tener palabra, yo no era, no tenía capacidad de licitar, yo no podía presentarme, entonces seguro porque yo apoyé a la otra empresa [se refiere a **FAC S.A.S.**], o porque me presenté como el que les di, digamos el aval en la cuestión de que yo sí tenía la fruta, que sí les podía ayudar a conseguir la fruta, los orientaba sobre el tema... La señora de Disfruver [se refiere a Andrea Rosas Díaz] también me llamó, me dijo que me faltaban yo no sé qué cosas por allá abajo, que por qué no me ponía las tetas de ella, esas palabras me las dijo y me colgó el teléfono, entonces digamos esas cositas.*

(...)

**DELEGATURA:** *Recuérdenos por favor ¿qué fue lo que manifestó la señora Stella Téllez en la llamada?*

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** *Me regañó y me dijo que yo era una de las personas que nunca me volverían a invitar a una reunión porque me faltaban... y eso se dio así, nunca me volvieron a llamar, ella no volvió a llamar"<sup>44</sup>.*

Lo anterior evidencia que existe material probatorio que demuestra que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** desplegó esfuerzos con el fin de contactar a algunos miembros de **FAC** y, de ese modo, tratar de influenciarlos o presionarlos para que desistieran de sus intenciones de tomar parte en el proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, por lo que si bien **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** no fue contactada por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, sí lo fue **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** (proveedor de frutas de operadores **PAE** y actual trabajador de **FAC**), hecho que fue ratificado por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA**, lo que no le resta validez a la declaración de este, pues es apenas lógico que siendo compañeros de trabajo y habiendo discutido la viabilidad del proceso de selección en cuestión hubieran hablado de la circunstancia aquí descrita, siendo entonces válida la ratificación que se presenta a continuación:

**"LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA:** *posterior a que presentamos la oferta [FAC S.A.S.], él [José Fidel Aldana Cortés] me muestra varios mensajes de texto, uno de parte de la señora Andrea, donde le hacía, le decía cosas muy agresivas, referentes a la presentación de la oferta, o sea como si él incidiera en el hecho de que nos*

<sup>44</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 1:01:24 y 1:31:22.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*presentáramos, porque en ultimas pues es él el que nos daba los precios para podernos presentar más económicos de todo el programa (...)"<sup>45</sup>.*

En tanto los argumentos de los recurrentes no tuvieron la potencialidad de eliminar la responsabilidad que les fue endilgada en torno a la presión e influencia que fue ejercida sobre algunos miembros de **FAC**, este Despacho procede a confirmar su decisión.

#### 4.2.6. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la responsabilidad administrativa de los investigados

**ALIMENTOS DAZA, GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR y HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, en relación con la responsabilidad de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** manifestaron que (i) no existe prueba alguna que permita concluir que este asistió a las reuniones del 14 de enero y 2 de febrero de 2017 facultado para tomar decisiones a nombre de **ALIMENTOS DAZA** o **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**; (ii) la Superintendencia ha debido remitirse a lo establecido en el artículo 4 de la Ley 155 de 1959 para llegar a la conclusión de que para la época de los hechos este no tenía constituida una sociedad dedicada a la misma actividad económica desarrollada por **ALIMENTOS DAZA**; (iii) se encuentra probado que en ningún momento fue él quien convocó a las reuniones ni jugó un rol fundamental dentro de las mismas; y, (iv) no actuó a través de una sociedad, motivo por el cual no es posible endilgarle la condición de agente de mercado.

Para desvirtuar el primero de los argumentos presentados por los recurrentes basta con revisar las pruebas que fueron presentadas en la Resolución Sancionatoria y señalar lo siguiente. Quedó demostrado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** es el controlante de **ALIMENTOS DAZA**, además de ser el padre de **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, quien obra como representante legal de esa sociedad. En tal condición, se encontró que este participó en las dos reuniones que los agentes de mercado sostuvieron con el fin de concertarse para presentar observaciones con el objetivo de presionar a **CCE** para que subiera el precio de referencia de las frutas y hortalizas en el marco del proceso de selección **LP-AMP-129-2016** y que la empresa actuó conforme a lo acordado en las mismas.

En tal medida, conviene reiterar que **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** (representante legal de **DISFRUVER**), **ANDREA ROSAS DÍAZ**, **PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ**, **JOSÉ FIDEL ALDANA TORRES** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** señalaron de manera expresa y concisa que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** estuvo presente en la reunión del 14 de enero de 2017 celebrada en la bodega de propiedad de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**. Esto fue lo que establecieron los declarantes.

**Tabla No. 5: Declaraciones relacionadas con la presencia de HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ en la reunión del 14 de enero de 2017**

Declarante/testigo	Declaración
<b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ</b>	<b>"JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:</b> Después de esto, eh, surge la reunión en el barrio las ferias.
	(...)
	<b>DELEGATURA:</b> ¿En qué fecha fue esa reunión del barrio las ferias?
	<b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:</b> No doctor, de fecha que yo llegue textual a decirle le estaría faltando a la verdad – un aproximado, pero fue previo, antes de la licitación.
	(...)
	<b>DELEGATURA:</b> ¿Hugo Nelson Daza, estaba solo o acompañado?

<sup>45</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 44:32 (Parte I).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Declarante/testigo	Declaración
ANDREA ROSAS DÍAZ	<p><b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:</b> estaba solo" <sup>46</sup>.</p> <p><b>"DELEGATURA:</b> ¿En qué fecha fue la reunión?</p> <p><b>ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> No lo recuerdo, pero sí sé que el proceso estaba en pre pliego. Creo que fue un sábado en horas de la mañana. Temprano. Recuerdo que nos dieron tinto y desayuno.</p> <p>(...)</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Alguien de Daza estaba?</p> <p><b>ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> Don Hugo Nelson Daza.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Solo o acompañado?</p> <p><b>ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> Solo" <sup>47</sup>.</p>
PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ	<p><b>"DELEGATURA:</b> ¿Explíqueme como se enteró de esas reuniones?</p> <p><b>PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ:</b> Por medio de mi papá, porque yo lo acompañaba a él. Él me decía que lo llevara, que lo acompañara a una reunión en tal parte. Entonces él me decía qué hablaban ahí.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Para qué época fue esa reunión?</p> <p><b>PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ:</b> Empezó antes de diciembre, las otras las hicieron en enero. Me acuerdo una vez, porque hicieron la reunión por allá en Ferias y yo iba con mi papá y no me dejaron entrar porque ese día viajaba mi hermana para el Amazonas y cuando vine estaban reunidos allá.</p> <p>(...)</p> <p><b>PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ:</b> (...) Estaba Hugo Nelson Daza, porque vi el carro allá y miré el carro de Juan Pablo y de la señora Téllez" <sup>48</sup>.</p>
JOSÉ FIDEL ALDANA TORRES	<p><b>"DELEGATURA:</b> ¿Quién lo llamó?</p> <p><b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:</b> (...) eso ahí estaba [primera reunión] Don HUGO NELSON DAZA, estaba JUAN PABLO FONSECA, que es el de DISFRUVER, estaba la esposa de JUAN PABLO FONSECA, que es Doña Adriana [hace referencia a ANDREA ROSAS DÍAZ] también estaba con él y también los llamaron allá. La que dirigía la palabra allá era ella [ANDREA ROSAS DÍAZ] y una señora STELLA TÉLLEZ, (...) ella también tiene la empresa... cómo se llama... ALIMENTOS SPRESS" <sup>49</sup>.</p>
NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA	<p><b>"NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:</b> Y también preciso don Albeiro Torres me invitó a una reunión en las ferias en la bodega de él y me pidió el favor que llamara a don Hugo Nelson Daza y lo invitara a una reunión. Yo llamé a don Hugo y le dije que don Albeiro nos había invitado a una reunión para hablar del tema de fruta, porque así me dijo don Albeiro. Entonces yo le dije a don Hugo que si estaba interesado y él me dijo que sí. Me preguntó dónde era la reunión. Yo le</p>

<sup>46</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 26:16.

<sup>47</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 1:26:19.

<sup>48</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC del Expediente. Min: 17:59 a 18:02 y 18:29.

<sup>49</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 46:13, 47:26, 47:29, 50:56, 50:58 y 51:16.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Declarante/testigo	Declaración
	<p><i>dije a don Albeiro que dónde era la reunión y él mandó la dirección de la bodega, yo se la reenvíe a don Hugo, fuimos a la reunión. La reunión la dirigía don Albeiro Torres, pues era la bodega de él y él convocó a la reunión. Cuando yo llegué estaba doña Stella.</i></p> <p><b>DELEGATURA:</b> <i>¿Quiénes estaban allí?</i></p> <p><b>NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:</b> <i>Alimentos Spress. Estaba un señor de apellido Torres, estaba ofreciendo cítricos, pero yo no lo distinguía. Estaba el socio de don Albeiro, don Rangel, estaba la secretaria. Yo llegué y como que llegaba don Hugo Nelson Daza. Llegamos como al tiempo y entramos.</i></p> <p><b>DELEGATURA:</b> <i>¿Don Hugo Nelson Daza, de qué empresa?</i></p> <p><b>NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:</b> <i>pues él, uno lo relaciona con Alimentos Daza, pero a mí no me consta si él es el dueño de Alimentos Daza.</i></p> <p><b>DELEGATURA:</b> <i>¿Él estaba solo?</i></p> <p><b>NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:</b> <i>Sí señor, solo<sup>50</sup>.</i></p>

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de las pruebas obrantes en el Expediente.

Conforme lo anterior, fue posible establecer que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** asistió a la primera reunión entre los competidores del proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Además, en ningún momento negó su participación en la misma.

Ahora bien, para la reunión del 2 de febrero de 2017 también se encuentra probado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** participó de ella. En ese orden de ideas, en la Resolución Sancionatoria fueron presentadas conversaciones de *Whatsapp* que demostraron su presencia<sup>51</sup>.

Por otro lado, también fue posible establecer que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** era relacionado por quienes asistieron a las reuniones con **ALIMENTOS DAZA**, puesto que tenía la capacidad de fijar los lineamientos competitivos de esta, los cuales en efecto se alinearon con la de los demás co-cartelistas. Un análisis detallado del material probatorio que le permitió a este Despacho llegar a tal conclusión se encuentra contenido en el numeral **4.2.3.** de la presente Resolución, luego para efectos de la responsabilidad administrativa aquí examinada es procedente servirse de dicho análisis, así como también lo es para efectos de vislumbrar el marco teórico dentro del cual tuvo desarrollo el concepto de control competitivo.

De esta forma, para haber probado el control competitivo ejercido por **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** sobre **ALIMENTOS DAZA**, el cual conllevó que tuviera la capacidad de decidir sobre aspectos tan sensibles como la participación de la sociedad en el proceso de licitación y tuviera la posibilidad de reunirse con sus competidores para acordar y ejecutar conductas ilegales, no era necesario que la Superintendencia de Industria y Comercio probara la existencia de otra sociedad que desempeñara las mismas actividades que **ALIMENTOS DAZA**, esto en la medida en que en ningún momento la conducta imputada al investigado fue el artículo 1 de la Ley 155 de 1959. A este se le investigó –una de las imputaciones– y sancionó por haber incurrido en la conducta descrita en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992. En razón de lo anterior, no le asiste razón a los investigados en relación con ese preciso argumento.

<sup>50</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min: 21:38 a 24:29.

<sup>51</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8 del Expediente. PATH: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148.txt (OID=6881823).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Otro de los argumentos esgrimidos por los investigados fue el de establecer que en ningún momento fue **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** quien convocó a las reuniones, motivo por el cual no pudo haber jugado un rol fundamental en las mismas y por ende en la dinámica anticompetitiva. El Despacho encuentra que les asiste parcialmente la razón a los recurrentes puesto que en ningún aparte de la Resolución Sancionatoria se afirmó que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** hubiera sido la persona que convocó a las reuniones del 14 de enero y 2 de febrero de 2017. Contrario a esto, se aseveró que quien se encargó de convocar a las reuniones fue **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**. Sin embargo, se logró probar que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** fue un partícipe esencial de la dinámica anticompetitiva que afectó el proceso licitatorio objeto de investigación.

A tal conclusión se arribó a partir de la valoración conjunta de las pruebas que realizó el Despacho. Así, se encontró que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, actuando como controlante de **ALIMENTOS DAZA** acordó, coordinó y ejecutó un acuerdo restrictivo de la libre competencia y que buscó persuadir a **FAC** para que no presentara propuesta al proceso adelantado por la **SED**, como que, una vez presentada la propuesta no subsanara los requisitos habilitantes faltantes. Ambos comportamientos fueron fundamentales, centrales y necesarios para la ejecución de la conducta anticompetitiva imputada y sancionada. Por estos motivos, no les asiste razón frente a este particular.

Finalmente, establecieron los recurrentes que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** no actúa a través de una sociedad, motivo por el cual no era posible imputarle ni sancionarlo como un agente de mercado. Frente a este argumento, al cual ya se refirió el Despacho en la Resolución Sancionatoria, resulta necesario hacer las siguientes precisiones.

En primer lugar, se encuentra probado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** actuó como controlante de **ALIMENTOS DAZA**. En este sentido, era él quien tenía poder decisorio respecto de la sociedad, así como quien atendía a las reuniones y participó del acuerdo anticompetitivo.

En segundo lugar, para este Despacho es absolutamente claro que la aplicación del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 no se encuentra condicionada a la existencia de un sujeto calificado. Es decir, el texto normativo no exige que para que la Autoridad de Competencia pueda aplicar dicha norma sea necesario que la persona investigada sea persona jurídica o persona natural. Independientemente de esto, una interpretación exegética traduce que tal norma jurídica le es aplicable a cualquier persona que incurra o realice alguna de las conductas tipificadas por el legislador como contraria al régimen de la libre competencia.

En este orden de ideas, como se estableció en la Resolución Sancionatoria:

*"[N]o hay duda alguna que el cambio y la modificación hecha por el legislador en el año 2009 al numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992 no incluyó ningún tipo de limitación respecto a la calidad de los sujetos sobre los cuales aplica la norma sino que, por el contrario, de la lectura literal del texto se desprende que su aplicación sigue destinándose a cualquier sujeto que viole cualquiera de las disposiciones sobre protección de la competencia, independientemente de su forma o naturaleza jurídica, tal y como se contemplaba en el texto original.*

*En este orden de ideas, esta Superintendencia se mantiene en su posición de considerar que el desconocer la aplicación de una norma por la sola lectura literal de un título de guía, que incluso ni siquiera está incluido propiamente en el texto modificado del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, es desconocer de igual forma la interpretación exegética de la norma desde su origen y la interpretación sistemática con las demás normas que integran el régimen del derecho de la competencia.*

*En virtud de lo anterior, debe reiterarse que al estar demostrado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** actuó como controlante competitivo de **ALIMENTOS DAZA** resulta entonces acertado imponer la sanción estipulada en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Por consiguiente, el argumento presentado por el investigado*

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

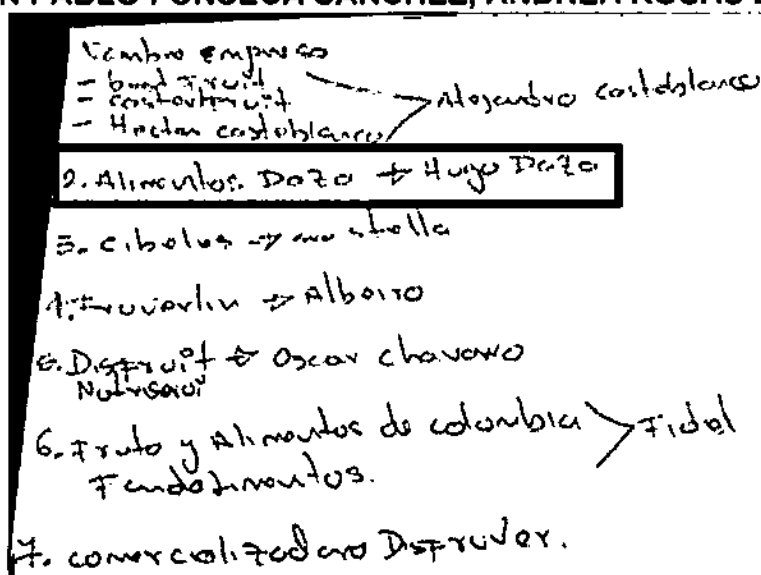
*respecto a la imposibilidad de aplicar dicha sanción con fundamento en tal normativa carece de sustento alguno*<sup>52</sup>(Subraya y negrilla fuera de texto original).

En consecuencia, el Despacho se mantiene en su posición de que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** al haber sido controlante de **ALIMENTOS DAZA**, participó del acuerdo colusorio que posteriormente fue ejecutado en el marco del proceso de selección LP-AMP-129-2016. Por tal razón, el argumento presentado por los recurrentes no es procedente.

En la misma línea, **ALIMENTOS DAZA**, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** y **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** señalaron que la atribución de responsabilidad a **ALIMENTOS DAZA** era un acto arbitrario, toda vez que no existe material probatorio que demuestre que alguna persona haya participado de las reuniones en representación de la misma y que, por el contrario si existen pruebas que demuestran que quien tomó la decisión de presentar observaciones y no presentarse al proceso de selección LP-AMP-129-2016 fue **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**.

Debe reiterarse, que a lo largo de la investigación quedó probado que **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** era relacionado por los demás participantes en las reuniones con **ALIMENTOS DAZA**<sup>53</sup>. Por si fuera poco, en las notas tomadas de la segunda reunión celebrada por los cartelistas, el nombre de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** aparece en frente del nombre de la sociedad **ALIMENTOS DAZA**. Este hecho es relevante por cuanto, cada uno de los nombres de las sociedades se encuentra relacionado con el nombre de la persona que asistió a la reunión, que tomó las decisiones y que fue participe del acuerdo anticompetitivo –en el caso de **HUGO EDUARDO DAZA** en calidad de controlante de **ALIMENTOS DAZA**–, pero también actuando en clara representación de hecho de la sociedad–. De esta situación quedó registro en el siguiente documento.

**Imagen No. 2: Registro fotográfico del desarrollo de la segunda reunión anticompetitiva allegada por JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, ANDREA ROSAS DÍAZ y DISFRUVER**



Fuente: Folio 2923 del cuaderno público No. 14 del Expediente (recuadro rojo no original).

Nótese cómo, aparecen relacionados las personas naturales frente a los de las sociedades. Así:

<sup>52</sup> Folio 4787 del cuaderno público No. 21 del Expediente. (Resolución Sancionatoria, p. 85).

<sup>53</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min: 21:38 a 24:29.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Tabla No. 6: Personas que participaron en la segunda reunión

Sociedad	Representante en reunión
BESTCOLFRUITS	"ALEJANDRO CASTELBLANCO" [NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA]
ALIMENTOS DAZA	"HUGO DAZA" [HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ]
CIBELES	"STELLA" [STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ]
FRUVERLIN	"ALBEIRO" [LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO]
DISFRUIT y NUTRISERVI	"ÓSCAR CHAVARRO"
FRUTA Y ALIMENTOS DE COLOMBIA	"FIDEL" [JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS]

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

En esta medida, se encuentra debidamente probado que **ALIMENTOS DAZA** participó de las reuniones en las que se celebró el acuerdo restrictivo de la libre competencia a través de su controlante, reuniones en las que los participantes, en representación de los agentes de mercado, concertaron presentar observaciones coordinadas para presionar a **CCE** para que subiera los precios de referencia de las frutas y hortalizas o en su defecto, no presentar oferta para que la entidad estatal tuviera que declarar desiertos algunos de los segmentos del proceso.

En este sentido, no fue un acto arbitrario o de mero capricho de esta Superintendencia el haber vinculado a **ALIMENTOS DAZA** como investigado dentro del proceso administrativo sancionatorio en la medida en que, como fue probado, este hizo parte de un acuerdo colusorio que afectó la libre competencia y los intereses del Estado en el proceso de licitación pública investigado. Por ende, el argumento no tiene ningún fundamento.

Por otro lado, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** manifestó que (i) era la única dueña de **ALIMENTOS DAZA** y que su padre únicamente le prestaba asesoría en algunas ocasiones; (ii) no existe evidencia que demuestre que fuera subordinada de su padre, de esa manera no es cierto que se haya limitado a recibir órdenes de este; y (iii) la declaratoria de responsabilidad se derivó de una inferencia de la Superintendencia y Comercio, quien omitió motivar su hipótesis, además ella no tenía la obligación legal de saber o conocer qué actividades desarrollaba **HUGO NELSON DAZA**.

Como ha quedado establecido, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, controlante de **ALIMENTOS DAZA**, sociedad de la cual es representante legal **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** –su hija– participó de las reuniones con los demás competidores, quienes fueron sus compañeros de cartel. Ahora, tal y como lo reconoció la investigada en su escrito de descargos<sup>54</sup> y en sus declaraciones<sup>55</sup>, fue **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** quien la asesoró en lo relacionado con el proceso **LP-AMP-129-2016**. Dicha situación no es reprochable *per sé*, sin embargo, teniendo en cuenta la participación de **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** en el acuerdo y la facultad de tomar las decisiones que vinculaban a **ALIMENTOS DAZA**, y teniendo en cuenta que de manera posterior a las reuniones la sociedad actuó de conformidad con lo que se acordó con los demás competidores, al desempeñarse **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** como representante legal de la misma, es claro que esta toleró la conducta anticompetitiva.

Adicionalmente, asevera la investigada que fue autónoma e independiente en la toma de las decisiones de la compañía y que, por esa razón, efectuó las observaciones al pliego de condiciones del proceso junto con su equipo de trabajo, sin embargo, resulta en concordancia con lo discutido en la reunión entre competidores el hecho que las observaciones presentadas por

<sup>54</sup> Folio 2544 del cuaderno público No. 12 del Expediente.

<sup>55</sup> Folio 1576 del cuaderno reservado No. 8 ALIMENTOS DAZA del Expediente. Min: 47:23 a 48:00 (Parte II). También folio 3524 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 47:08 a 47:26; 1:12:57 a 1:14:42; 1:18:28 a 1:19:33.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ALIMENTOS DAZA** coincidiera con los puntos discutidos. No resulta lógico tampoco aseverar de manera tajante que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** se hubiera limitado a recibir órdenes de su padre. Lo anterior en la medida en que, fue **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ** a quien los competidores invitaron a las reuniones –no a la representante legal de la sociedad– y quien terminó tomando las decisiones por la compañía; decisiones que se vieron reflejadas en el comportamiento de **ALIMENTOS DAZA** al interior del proceso de selección LP-AMP-129-2016. En consecuencia, la inferencia lógica derivada de esto es que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** se limitaba a recibir órdenes de su padre para ejecutar las conductas de la sociedad.

En esa medida, si bien no existe prueba directa de tal situación, lo cierto es que de la valoración conjunta de las pruebas fue posible arribar a tal conclusión.

Finalmente, frente al hecho que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** no tenía la obligación legal de saber o conocer qué actividades desarrollaba su padre, debe recordarle este Despacho que, en su calidad de representante legal de la sociedad, frente a las actividades desarrolladas por **ALIMENTOS DAZA** la ley exige que esta actúe de manera diligente, leal y buena fe. Frente a este particular la Corte Constitucional ha indicado que:

*"En orden a caracterizar el tipo de relación que vincula a los administradores con la sociedad, cabe destacar los deberes que la ley mercantil adscribe a aquellos. Contempla unos genéricos, consistentes en obrar de buena fe, con lealtad y la diligencia propia de un buen hombre de negocios, orientando sus actuaciones hacia el interés de la sociedad, teniendo en cuenta también los intereses de los asociados".*

(...)

*"Como deberes específicos de observancia en el desempeño de sus funciones de administración prevé los de: (i) Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social; (ii) **velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales y estatutarias**; (iii) velar por que se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal; (iv) guardar y proteger la reserva industrial y comercial de la sociedad; (v) **abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada**; (vi) dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos; (vi) abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses (...)"<sup>56</sup>.  
(Subraya y negrilla fuera de texto original).*

En esta medida, y teniendo en cuenta la valoración conjunta del material probatorio obrante en el Expediente fue posible arribar a la conclusión de que **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR** en calidad de representante legal de **ALIMENTOS DAZA** toleró la conducta restrictiva de la libre competencia por la cual esta fue sancionada. Así las cosas, no son fundados los argumentos planteados por la recurrente.

Por otro lado, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** señaló que no ejecutó ningún acuerdo anticompetitivo en la medida en que las conductas imputadas sólo podían ser imputadas a título de culpa o dolo, hecho que fue omitido por la Superintendencia de Industria y Comercio.

Considera el Despacho que, puesto que los principios propios del derecho penal son aplicables a los procedimientos administrativos sancionatorios con una menor rigurosidad, esta Superintendencia no se encuentra obligada a probar aspectos subjetivos tales como la culpa o dolo del agente facilitador de la ejecución de una conducta restrictiva de la libre competencia. Esta diferencia de aplicación de los principios ha sido establecida por la Corte Constitucional, quien ha establecido que:

<sup>56</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-384 de 2008.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

*"[L]a rigurosidad en su aplicación, propia del ámbito del derecho penal, no es trasladable in toto -con el mismo alcance integral- al derecho administrativo sancionador, dada la existencia de diferencias entre los regímenes (naturaleza de la actuación, fines perseguidos, ámbitos específicos de operancia, etc.), que lleva a su aplicación bajo ciertos matices o de manera atenuada (ámbito de la responsabilidad subjetiva). Incluso, excepcionalmente, podría establecerse la responsabilidad sin culpa (objetiva)"<sup>57</sup>.*

Como se observa, si bien los principios del derecho penal son aplicables al derecho administrativo sancionatorio, lo cierto es que, dadas las diferencias de ambos regímenes, la aplicación de los mismos debe hacerse de manera diferenciada.

Ahora, frente al aspecto concreto de la responsabilidad de las personas naturales en este tipo de procedimientos la Superintendencia de Industria y Comercio ha sido enfática en señalar que:

*"En relación con el alcance de la facultad sancionatoria que tiene esta Superintendencia en aplicación de la normatividad referida, este Despacho ha manifestado en reiteradas oportunidades que la sola pertenencia de una persona a un agente de mercado frente al cual se haya concluido su participación en la comisión de una práctica violatoria del régimen de protección de la libre competencia económica en Colombia, bajo cualquier vínculo laboral o contractual, no implica automáticamente su responsabilidad por la comisión de la conducta anticompetitiva del respectivo agente del mercado. Se ha establecido que tiene que existir un comportamiento activo u omisivo que lo vincule específicamente con la infracción objeto de sanción"<sup>58</sup>.*

(...)

*"En efecto, para que la Superintendencia de Industria y Comercio pueda declarar la responsabilidad e imponer una sanción a una persona natural involucrada con la conducta anticompetitiva, en aplicación del numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, debe encontrar dentro del curso de la actuación administrativa lo siguiente:*

- *Prueba sobre una conducta activa que implique colaborar, facilitar, autorizar o ejecutar actos encaminados a que el agente del mercado cometiera la infracción.*
- *Prueba sobre una conducta pasiva que implique tolerar la comisión de una práctica anticompetitiva, situación que se presenta cuando la persona, teniendo conocimiento de la infracción, omitió adoptar medidas para evitar que se realizara o que cesara la misma.*
- *Prueba de que la persona, por razón de sus funciones y de acuerdo con las reglas de la sana crítica, debió conocer o averiguar sobre la comisión de la conducta, y haber obrado con el nivel de diligencia de un buen hombre de negocios. Por tratarse de evidencia indirecta sobre una conducta omisiva, su materialización se enmarca igualmente dentro del verbo rector tolerar"<sup>59</sup>.*

Teniendo en cuenta el pronunciamiento de la Corte Constitucional y en aplicación del precedente de esta Superintendencia, se encuentra que este Despacho en la Resolución Sancionatoria presentó las pruebas de la conducta activa de **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** en el marco de la ejecución de las conductas anticompetitivas desplegadas por **ALIMENTOS SPRESS** y **NAMASTÉ**. En ese sentido, se logró probar que (i) la investigada estuvo presente en las reuniones del 14 de enero y 2 de febrero de 2017; (ii) las sociedades se comportaron en el proceso como había sido acordado; y (iii) **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** le reprochó a **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, de **FAC**, el hecho de haberse presentado al proceso de selección y hubiese resultado

<sup>57</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-595 de 2010.

<sup>58</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resoluciones No. 23521 de 2015 y 16562 de 2015.

<sup>59</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 54338 del 15 de octubre de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

adjudicatario de 5 de los 25 segmentos. Estos hechos se probaron con los siguientes medios probatorios:

**Tabla No. 7: Pruebas que fundaron la declaratoria de responsabilidad de STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**

Medio probatorio	Prueba
Declaración rendida por <b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ</b> – reunión del 14 de enero de 2017	<p>"<b>DELEGATURA</b>: ¿Stella Téllez?</p> <p><b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ</b>: Sí estaba.</p> <p><b>DELEGATURA</b>: ¿Estaba sola o acompañada?</p> <p><b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ</b>: Estaba sola"<sup>60</sup>.</p>
Declaración rendida por <b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b> – reunión del 14 de enero de 2017	<p>"<b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b>: Allá en esa reunión estaba Juan Pablo, doña Stella, don Fidel Aldana, don Albeiro (dueño de la bodega), estaba un señor de apellido Chavarro que le vende a las cárceles y le vendía frutas a Servinutrir"<sup>61</sup>.</p>
Declaración rendida por <b>STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ</b> – reunión del 14 de enero de 2017	<p>"<b>DELEGATURA</b>: ¿Ustedes se reunieron durante el proceso de contratación de <b>CCE</b> por fuera de las audiencias?</p> <p><b>STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ</b>: Si doctora, una vez.</p> <p>(...)</p> <p><b>DELEGATURA</b>: ¿En dónde se reunían?</p> <p><b>STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ</b>: Hubo una reunión de pronto en una, de una cuestión con un señor que nos citó en la bodega de él"<sup>62</sup>.</p>
Declaración de <b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS</b> – reunión del 14 de enero de 2017	<p>"<b>DELEGATURA</b>: ¿Quién lo llamó?</p> <p><b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS</b>: (...) eso ahí estaba [primera reunión] Don <b>HUGO NELSON DAZA</b>, estaba <b>JUAN PABLO FONSECA</b>, que es el de <b>DISFRUVER</b>, estaba la esposa de <b>JUAN PABLO FONSECA</b>, que es Doña Adriana [hace referencia a <b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b>] también estaba con él y también los llamaron allá. La que dirigía la palabra allá era ella [<b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b>] y una señora <b>STELLA TÉLLEZ</b>, (...) ella también tiene la empresa... cómo se llama... <b>ALIMENTOS SPRESS</b>"<sup>63</sup>.</p>
Declaración de <b>NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA</b> – reunión del 14 de enero de 2017	<p>"<b>NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA</b>: Y también preciso don Albeiro Torres me invitó a una reunión en las ferias en la bodega de él y me pidió el favor que llamara a don Hugo Nelson Daza y lo invitara a una reunión. Yo llamé a don Hugo y le dije que don Albeiro nos había invitado a una reunión para hablar del tema de fruta, porque así me dijo don Albeiro. Entonces yo le dije a don Hugo que si estaba interesado y él me dijo que sí. Me preguntó dónde era la reunión. Yo le dije a don Albeiro que dónde era la reunión y él mandó la dirección de la bodega, yo se la reenvié a don Hugo, fuimos a la reunión. La reunión la dirigía don Albeiro Torres, pues era la bodega de él y él convocó a la reunión. Cuando yo llegué estaba doña Stella"<sup>64</sup>.</p>

<sup>60</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 26:16.

<sup>61</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 1'26:19.

<sup>62</sup> Folio 1572 del cuaderno reservado No. 4 ALIMENTOS SPRESS del Expediente. Min: 5:27:54, 5:29:49, 5:56:34, 5:59:09 y 6:00:23

<sup>63</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 46:13, 47:26, 47:29, 50:56, 50:58 y 51:16.

<sup>64</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min: 21:38 a 24:29.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

<p>Presentación de observaciones de <b>NAMASTÉ</b> al proceso de selección el 16 de enero de 2017 – reunión del 14 de enero de 2017</p>	<p>Observaciones 706, 748, 755 y 764 referentes al aspecto "técnico" y "jurídico", presentada el 16 de enero de 2017.</p> <p>1. "Se requiere aclaración sobre la aplicación de la <b>causal de descuentos por gramaje</b> en atención al cumplimiento de la resolución 16379; en dicha normativa se incluye la obligación de selección al AZAR de las muestras que serán objeto de revisión de su gramaje. Se requiere aclaración respecto de la modalidad de selección (...)"</p> <p>2. "Se puede transpolar los resultados bromatológicos o microbiológicos a productos no analizados?" (Destacado fuera de texto).</p> <p>3. "¿Si la SED no es parte del contrato con que competencia <b>impondría descuentos (...)</b>?" (Destacado fuera de texto).</p> <p>4. "Si se pretende <b>incluir un porcentaje de descuento, se requiere incluir un procedimiento de defensa a favor del contratista (sic) sin necesidad de acudir a un escenario de incumplimiento, que indudablemente genera costos superiores</b>"</p> <p>(...)</p> <p>Observación 760 referentes al aspecto "jurídico", presentadas el 16 de enero de 2017".</p> <p>"Riesgo de desabastecimiento: Se evidencia que el presente pliego se excluye las frutas <b>Naranja y Feijoa</b>; y en la ejecución en curso no se cuenta con la <b>Guayaba</b>. (...)"<sup>65</sup> (negrilla fuera de texto original).</p>
<p>Conversación de Whatsapp entre <b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b> y "Fruvelin"</p>	<p><b>"FRUVELIN:</b></p> <p>Buen día. Sr. Posibilidades de reunimos mañana todos de nuevo? En oma de gran estasion Buena tarde. Aceptada la reunión mañana en OMA de gran estación 10 A.M por: Sra Stella Tellez, Sr. Daza, Sr Fidel de la casa de los lulos.</p> <p><b>ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> Quienes ya confirmaron??</p> <p><b>FRUVELIN:</b> Por favor necesitamos que se vinculen, que se hagan presentes. La Sra Stella el Sr. Daza. Sr. Fidel. Fruberlín.</p> <p><b>ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> Ok listo sí señor!!"<sup>66</sup></p>
<p>Declaración rendida por <b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ</b> – reunión del 2 de febrero de 2017</p>	<p><b>DELEGATURA:</b> Ya. ¿Quiénes estaban en esa reunión?</p> <p><b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:</b> En esa reunión estaba el señor DAZA, estaba la señora STELLA, estaba el señor FIDEL ALDANA, estaba mi esposa, estaba ALEJANDRO CASTELBLANCO, y no recuerdo si el señor ALBEIRO, ahí la verdad no recuerdo si él estaba o no estaba, no lo recuerdo"<sup>67</sup>.</p>
<p>Declaración rendida por <b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b> – reunión del 2 de febrero de 2017</p>	<p><b>"ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> En esa reunión estábamos ya enojados. Fecha límite para presentar la oferta. En la Gran Estación nos encontramos nuevamente don Hugo Nelson Daza, don Albeiro, don Fidel</p>

<sup>65</sup> Folio 1534 a 1539 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

<sup>66</sup> La captura de pantalla aportada por **ANDREA ROSAS DÍAZ** se encuentra disponible en el folio 2940 del cuaderno público No. 14 del Expediente.

<sup>67</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 53:04.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	Aldana, la señora Stella Téllez, Andrea Rosas, Alejandro Castelblanco, Fidel Aldana" <sup>68</sup> .
Declaración rendida por <b>PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ</b> – reunión del 2 de febrero de 2017	<p><b>"DELEGATURA:</b> ¿Usted tiene alguna evidencia de algún acta que se suscribió en esas reuniones?</p> <p><b>PABLO EMILIO ALDANA SÁNCHEZ:</b> En la reunión de Gran Estación hicieron la reunión allá afuera. Pues ya cuando acabaron la reunión en el OMA salieron de ahí y antes pensaron, intentaron hacer un grupo de WhatsApp, creo que fue la señora Stella quien dijo que no porque hablaban de una evidencia. Yo no sé qué hablaban ahí. Que eso era mejor que lo hablaran. Y las fotos que me mandó mi papá"<sup>69</sup>.</p>
Notas aportadas por <b>DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ</b> y <b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b>	
Resolución No. 1224 del 7 de marzo de 2017	<b>NAMASTÉ y ALIMENTOS SPRESS</b> no presentaron propuesta al proceso de selección.
Declaración <b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS</b> – llamadas recibidas con posterioridad a la adjudicación del proceso	<p><b>"DELEGATURA:</b> ¿Usted en su declaración anterior nos comentaba que usted recibió unas llamadas, cuénteme todo sobre esas llamadas?</p> <p><b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:</b> Pues que las llamadas, como sobre que me las pregunta? ¿sobre el tema de las frutas?; sobre el tema digamos que por qué después de que salió favorecido <b>FAC S.A.S.</b>, yo tuve unas llamadas digamos un poco delicadas, me regañan a mí, me llama por ejemplo Stella [Téllez Hernández] y me dijo de hasta qué me iba a morir por teléfono, me llamó...</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Qué le dijo?, Cuénteme un poquito más.</p> <p><b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:</b> No, ella me decía pues, digamos, 'qué falta de palabra, que qué falta de yo no sé qué', pero es que yo no tengo por qué tener palabra, yo no era, no tenía capacidad de licitar, yo no podía presentarme, entonces seguro porque yo apoyé a la otra empresa [se refiere a <b>FAC S.A.S.</b>], o porque me presenté como el que les di, digamos el aval en la cuestión de que yo sí tenía la fruta, que sí les podía ayudar a conseguir la fruta, los orientaba sobre el tema... La señora de Disfruver [se refiere a <b>Andrea Rosas Díaz</b>] también me llamó, me dijo que me faltaban yo no sé qué cosas por allá abajo, que por qué no me ponía las tetas de ella, esas palabras me las dijo y me colgó el teléfono, entonces digamos esas cositas.</p> <p>(...)</p> <p><b>DELEGATURA:</b> Recuérdenos por favor ¿qué fue lo que manifestó la señora Stella Téllez en la llamada?</p>

<sup>68</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 2:35:33.

<sup>69</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC del Expediente. Min: 28:43.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** *Me regañó y me dijo que yo era una de las personas que nunca me volverían a invitar a una reunión porque me faltaban... y eso se dio así, nunca me volvieron a llamar, ella no volvió a llamar" <sup>70</sup>.*

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de las pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria.

De conformidad con las pruebas presentadas, el Despacho confirma una vez más que **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** en calidad de representante legal de **ALIMENTOS SPRESS** y vinculada a **NAMASTÉ**, ejecutó la conducta con la que se violó el régimen de la libre competencia económica, por lo que su responsabilidad está probada. Por los motivos expuestos, el argumento no es fundado.

A su vez, señaló **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** que no existe evidencia de que con la conducta investigada fuera o hubiese recibido algún beneficio. **BESTCOLFRUITS**, en forma similar, refirió que en ningún momento tuvo ánimo o intención de afectar la libre competencia económica, señalando que presentó observaciones al pliego para que la entidad estatal modificara algunos términos y condiciones y, que, como estos no fueron modificados decidió no presentar propuesta.

El argumento presentado por **ALIMENTOS SPRESS**, **NAMASTÉ**, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** y **BESTCOLFRUITS** se traduciría en que, en la medida en que con la conducta desplegada no recibieron beneficio alguno o tuvieron una intención o ánimo distinto a afectar la libre competencia económica, no existe responsabilidad de los investigados.

Tal argumento resulta completamente contrario a las normas de libre competencia si se tienen en cuenta los aspectos subjetivos del desarrollo de tales comportamientos, como por ejemplo que la intención de las personas o beneficio percibido, no resultan relevantes en el análisis de responsabilidad en los acuerdos "por objeto". Esto ha sido establecido por el propio Consejo de Estado de la siguiente manera:

*"[S]e ha reconocido que en la aplicación de las normas de libre competencia relacionadas con acuerdos que tengan por objeto la violación de la libre competencia, incluido el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, no resultan relevantes aspectos subjetivos relacionados con la intención de las personas que desarrollan los comportamientos prohibidos por el ordenamiento. Así, la intención o propósito no es un elemento que deba tenerse en cuenta para la configuración de la violación de la prohibición, ni como elemento de graduación de la sanción" <sup>71</sup>.*

(...)

*"Cierto es, como lo dicen los demandantes, que no basta con la sola demostración de la existencia del acuerdo de precios, sin embargo, no lo es tanto que además sea menester probar la intención que tenían las sociedades infractoras al momento de su celebración para que proceda la imposición de las sanciones de rigor. Lo anterior tiene sentido si se observa que el tenor literal del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, contentivo de las conductas que se consideran prácticas comerciales restrictivas, señala claramente que además de la existencia del pacto de precios – sea cual sea su naturaleza – es indispensable que tenga por objeto o efecto la fijación directa o indirecta de precios. Es por ello, que no interesa la intención que la parte demandante dijo tener al momento en que celebró el acuerdo de precios censurado por la Superintendencia de Industria y Comercio – y que dicho sea de paso, no demostró –, puesto que lo que importaba a efectos de la procedencia de las sanciones correspondientes, era, además de la existencia del acuerdo, como ya se dijo, que éste tuviera por objeto o por efecto la fijación indirecta o directa de precios. En el sub examine, observa la*

<sup>70</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min. 1:01:24 y 1:31:22.

<sup>71</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 12156 del 7 de mayo de 2019.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**Sala que se configuran los presupuestos para la procedencia de la imposición de las sanciones correspondientes por parte de la Superintendencia de Industria y Comercio, esto es, i) la existencia del acuerdo entre las demandantes, y ii) su objeto o efecto, indirecto o directo, consistente en fijar precios**<sup>72</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Por ende, en el caso objeto de investigación aspectos subjetivos tales como la intención, voluntad o motivo o el beneficio esperado o percibido no son elementos que esta Superintendencia deba tener en cuenta para que proceda la declaratoria de responsabilidad de los sujetos investigados. Por tal razón, el argumento de los recurrentes es infundado.

Lo anterior, conlleva a que la Superintendencia de Industria y Comercio no se encuentre obligada a demostrar el daño o resultado de la conducta ilegal en el mercado, lo cual quedó establecido en la Resolución Sancionatoria y que se reitera:

*"Es preciso anotar en este punto que el hecho de que las colusiones en procesos de contratación estatal sean reprochables "por objeto" quiere decir que el supuesto normativo que soporta esta conducta lleva inmerso un juicio de reproche negativo en términos de competencia, que hace innecesario que se prueben efectos concretos respecto del comportamiento colusorio para que este resulte sancionable por parte de la Autoridad. En otras palabras, la idoneidad de afectación de la libre competencia que tienen las colusiones en licitaciones o concursos está dada por ley, por lo cual no le es exigible a la Autoridad verificar los efectos o daños reales causados en el mercado o los beneficios ilegales obtenidos para proceder a su correspondiente reproche y sanción"*<sup>73</sup>.

Conforme lo anterior, no se requería –ni se requiere– que esta Entidad probara el daño o resultado generado en el mercado con la conducta desplegada por los coludidos.

Otro argumento presentado por **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** tuvo que ver con el supuesto hecho consistente en que la Superintendencia de Industria y Comercio no probó que el acuerdo sancionado hubiera tenido por objeto acordar la presentación de observaciones a la entidad estatal contratante con el fin de que incrementara los precios de referencia de la licitación, no presentar propuestas y presionar a **FAC** para que no presentara propuesta al proceso.

En la misma línea, **BESTCOLFRUITS y NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** establecieron que (i) el hecho de asistir a unas reuniones no implicaba de manera inequívoca el haber aprobado, aceptado o tolerado la participación de la sociedad en un acuerdo ilegal; (ii) la Superintendencia de Industria y Comercio les endilgó conductas ajenas derivadas de meras inferencias desatendiendo su comportamiento individualizado; (iii) en la reunión celebrada el 14 de enero de 2016 se trataron temas relacionados con los procesos de selección adelantados por la **SED**, especialmente el nuevo modelo implementado por **CCE** para el tema de los refrigerios; (iv) en la reunión celebrada el 2 de febrero de 2016 no se convino ejecutar un acuerdo contrario a la libre competencia, sin embargo, si bien algunos de los asistentes a esa reunión lo ejecutaron, esa situación era completamente desconocida, puesto que **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBALNCO GARCÍA** asistió inocentemente y de buena fe; (v) en ningún momento se probó que en la reunión del 2 de febrero se hubiera celebrado un acuerdo anticompetitivo; y (vi) **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** no participó en actividades de coordinación durante el marco del proceso objeto de investigación, en cambio su propósito de haber ido a la reunión fue el de buscar un posible aliado estratégico con el que pudieran presentar propuesta.

Como ha quedado reiterado en la presente Resolución, la ocurrencia de las reuniones celebradas el 14 de enero y 2 de febrero de 2017 se encuentra probada –junto con las personas que a ellas asistieron, como quedó establecido en líneas precedentes–. También, como se pasa a reiterar,

<sup>72</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, rad. 25000-23-24-000-2001-00364-01.

<sup>73</sup> Folio 4758 del cuaderno público No. 21 del Expediente. (Resolución Sancionatoria, p. 28).



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

quedó demostrado en la actuación administrativa que el objeto de esas reuniones entre competidores fue presentar observaciones coordinadas para que CCE subiera los precios de referencia de las frutas y hortalizas y no presentar propuesta con el fin de que la entidad declarara desiertos varios de los segmentos que buscaba adjudicar.

Para sustentar lo anterior, en la Resolución Sancionatoria el Despacho presentó las siguientes pruebas:

**Tabla No. 8: Pruebas que permitieron conocer el objeto de las reuniones celebradas entre los cartelistas**

Medio probatorio	Prueba
<p>Declaración rendida por <b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ</b> – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p><b>"DELEGATURA:</b> ¿Y qué se discutió en relación con, con el precio de la fruta?</p> <p><b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:</b> Pues que no estaba acorde con los precios del mercado.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Cuénteme cómo fue esa discusión? ¿Cómo se desarrolló, eh, qué, digamos con qué medio discutieron, o cuénteme paso a paso esa discusión cómo fue?</p> <p><b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:</b> Eh, la discusión fue, eh, se veía el precio inicial que tenía la entidad de compra, versus, los precios inicial, porque realmente no tenía un precio por todas las frutas sino que cada fruta tenía un precio, entonces efectivamente en un tablero se colocaron los precios del mercado y adicional se pusieron unos precios que, eh, suponíamos nosotros que deberían ser los de, los que realmente debería comprar la entidad.</p> <p>(...)</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Y cuál era la finalidad de discutir esto o a qué conclusión llegaron?</p> <p><b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:</b> La finalidad era la que...poder observar a la entidad...poder enviar observaciones para que pues mejorarán el precio...pues porque el precio estaba muy difícil el tema"<sup>74</sup></p>
<p>Declaración rendida por <b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b> – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p><b>"ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> En esa reunión se empezó a hablar del proceso de la <b>SED 129-16</b>. Empezamos a hablar de los precios de las frutas en el mercado. Los precios que realmente eran del mercado. En esa oportunidad concluimos que el precio era muy malo. El proceso estaba en pre pliegos y que había que hacer observaciones para que la entidad recapacitara y subiera los precios, pues porque no le servían a nadie. Dijimos qué observaciones había que hacer. Eh, no solo nos inquietaba, dentro de las observaciones no solo nos inquietaba la del precio, aunque era la número uno (1). Entonces, número uno: observar acerca de los precios. Otra inquietud era si el gramaje de las frutas era si era cien (100) gramos netos o cien (100) gramos brutos, porque la diferencia en costos en enorme, dependiendo el gramaje. Esa fue la observación que nosotros hicimos. Esas dos observaciones que yo recuerdo, y pues cada uno las hacía, ya si surgían otras observaciones las hacían, pero que esas dos eran muy buenas oportunidades para definir. Entonces todos dijeron vamos a hacer observaciones. Se habló de precios y se acordó de hacer observaciones.</p> <p>(...)</p>

<sup>74</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 32:17 a 35:25.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	<p><b>DELEGATURA:</b> ¿Ustedes coordinaron unas observaciones para lograr, entre otras cosas, que el precio fuera incrementado y para eso establecieron unos precios a los que querían llegar?</p>
<p>Declaración rendida por <b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS</b> – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p><b>"JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:</b> Ahí hubieron (sic) coaliciones en el camino, porque hay gente que se reunieron para hacer las ofertas, digamos a Colombia Compra Eficiente. Colombia Compra Eficiente salió con unos precios bajos, demasiadamente (sic) bajos, entonces se reunieron gentes (sic) de los de las frutas para que nadie se presentara. En ese caso, aquí no se hizo caso. Nosotros nos presentamos..."</p> <p><b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:</b> De ahí se tomaron unas fotos, inclusive del precio que se iba a poner para pedirle a Colombia Compra Eficiente o a la Secretaría. En ese tiempo yo no estaba bien enterado de lo que estaban haciendo allá y ahí yo tomé foto de los precios que tenía Colombia Compra Eficiente en ese momento para que la gente ofertara y los precios que pusieron ellos, a continuación de los que iban a pedir para poder vender o no presentarse"</p>
<p>Declaración rendida por <b>RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO</b> – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p><b>"DELEGATURA:</b> ¿Cómo fue ese presunto boicot al que la sociedad FAC S.A.S. estuvo sujeta. Las personas con cédula de ciudadanía, si la tiene, y el cargo o a qué empresa está vinculada la persona?</p> <p><b>RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO:</b> (...) el señor HUGO DAZA y me dice: Ingeniero necesitamos que para esa licitación que existe en ese momento nos reunamos los de la fruta y miremos qué vamos a hacer porque los precios están muy bajos, fue lo que él me dijo. Con eso no sé qué me dio a entender, yo inclusive le pregunto a la doctora, porque yo soy un empresario nuevo, yo podía haber ido a esa reunión y haber participado de algo ilegal sin yo saberlo, llamémosle la inocencia que uno tiene al ser nuevo en algo, yo le consulto a la doctora y ella me dice: "cómo así? Usted está loco? Por allá no vaya..."<sup>75</sup>.</p>
<p>Declaración rendida por <b>RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO</b> – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p><b>DELEGATURA:</b> ¿Cómo le contó Fidel Aldana?</p> <p><b>RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO:</b> Si, me comentó pues que se habían reunido, que habían hecho un pacto de no presentarse pues porque el precio no servía. Él inclusive me manifestó que habían pactado que habían hecho un pacto con un cheque de doscientos millones, pues él me manifestó eso, que la empresa que incumpliera tenía que pagar eso.</p> <p>(...)</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿O sea que esas personas que estaban reunidas habían acordado que no se iban a presentar al proceso de selección, es eso?</p> <p><b>RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO:</b> Que no se iban a presentar a la licitación como tal porque pues esos precios no daban para la fruta, fue lo que me manifestó el señor Fidel<sup>76</sup>.</p>
<p>Declaración rendida por <b>NÉSTRO ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA</b> – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p><b>DELEGATURA:</b> ¿Cuándo ustedes nos hablan que hubo un tablero y que en el tablero se colocaron distintos precios, era más como un intercambio de información entre competidores o tenía claramente la intención de verificar si a todos y cada uno le servía?</p> <p><b>NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:</b> Nosotros hicimos como un ejercicio económico, Don ALBEIRO fue el que la dirigió. Empezamos a ofertar frutas. Don HUGO ofertó banano, señor</p>

<sup>75</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC del Expediente. Min: 00:21 (Parte II).

<sup>76</sup> Folio 3691 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min: 42:09, 43:12 y 45:11.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

	<p>TORRES ofreció naranja y mandarina, Don ALBEIRO ofreció mango, yo ofrecí naranja y pera, DISFRUVER y ANDREA hablaban de toda la fruta, el mismo ALBEIRO puso los precios de Secretaría y sacó un promedio y el mismo dijo: ¿qué vamos a hacer? <b>Cuando doña STELLA dijo: observemos. El anotó [en el tablero] observemos</b><sup>77</sup>.</p>
<p>Declaración rendida por <b>STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ</b> – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p><b>“DELEGATURA:</b> ¿Tiene o tuvo conocimiento sobre una reunión que se realizó para convenir los precios de las frutas y hortalizas en el proceso 129 de 2016?</p> <p><b>STELLA TELLEZ HERNÁNDEZ:</b> Para convenir los precios, es que no entiendo cómo me van a invitar a mí, a una persona que no ofrezco las frutas, a convenir un precio”<sup>78</sup>.</p>
<p>Observaciones presentadas por los interesados en presentar propuesta al proceso de selección –investigados– – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p>Tabla No. 2 de la Resolución Sancionatoria.</p>
<p>Conversación de Whatsapp del 16 de enero de 2017 – propósito reunión del 17 de enero de 2016</p>	<p>“De: From: ██████████@s.whatsapp.net Hastalasueldasdemizapatos Marca de hora: 16/01/2017 15:10(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: <b>Creo que no vamos para ningún buen puerto. De nuestra parte NO VAMOS A PRESENTARNOS.</b><sup>79</sup></p> <p>(...)</p> <p>“De: From: ██████████@s.whatsapp.net Hugo Nelson Daza Marca de hora: 16/01/2017 16:05(UTC-5) Aplicación de origen: WhatsApp Contenido: <b>Si no arreglan precios o cambian las condiciones tampoco</b><sup>80</sup> (negrilla fuera de texto original)</p>
<p>Declaración de <b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS</b> – propósito reunión del 2 de febrero de 2016</p>	<p><b>“DELEGATURA:</b> Entonces cuénteme, ¿qué pasó en esa segunda reunión?</p> <p><b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:</b> No, allá llegamos y el tema era que no se presentara nadie.</p> <p><b>DELEGATURA:</b> ¿Cómo? Desarrólleme eso. ¿Cómo así que el tema era eso?</p> <p><b>JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:</b> El tema era que no, pues para que no se presentara nadie, esa reunión siempre se conoce así, que pues digamos que no presentarse a la licitación”<sup>81</sup>.</p>

<sup>77</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min: 21:26, 26:17 y 2:31:17.

<sup>78</sup> Folio 1572 del cuaderno reservado No. 4 ALIMENTOS SPRESS del Expediente. Min 5:37:14 (Parte II).

<sup>79</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8 del Expediente. PATH: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148 (OID=6881823).

<sup>80</sup> Folios 1597 y 1599 del cuaderno público No. 8 del Expediente. PATH: 01\_CEL\_LUIS\_ALBEIRO\_TORRES.ufdr/chats/WhatsApp/chat-148 (OID= 6881823).

<sup>81</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 50:13.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

<p>Declaración <b>ANDREA ROSAS DÍAZ</b> – propósito reunión del 2 de febrero de 2016</p>	<p><b>“ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> Bueno, pues en esa reunión estábamos ya era enojados. Que cómo era posible que la Secretaría de Educación no hubiera subido los precios. (...) Y empezamos claramente a preguntarnos: ¿usted va a participar? ¡No!, yo no voy a participar; ¿usted se va a presentar? No, yo no me voy a presentar. Nosotros Comercializadora Disfruver porque los precios no son viables; Y el que yo veía como que pensaba, como muy preocupado del proceso, demasiado preocupado del proceso era don Hugo Nelson (...) No vamos a vender fruta, ¿qué nos vamos a poner a hacer? (...) Entonces acordamos, porque eso sí fue un acuerdo, en que no nos presentamos. ¿Por qué digo yo que fue un acuerdo? porque empezamos a preguntarnos: ¿usted se va a presentar? no. ¿Usted se va a presentar? no.</p> <p>(...)</p> <p><b>DELEGATURA:</b> Y en ese acuerdo para no presentarse, ¿Qué ganaban ustedes con que la entidad se quedara sin proveedor de fruta?</p> <p><b>ANDREA ROSAS DÍAZ:</b> Pues había dos posibilidades. Una posibilidad y que nosotros la asumimos, era que la entidad iba a cambiar ese producto, porque desde luego la entidad no se va a quedar desabastecida. Y ya había pasado en otras oportunidades, que simplemente reemplazaban los productos (...). La otra posibilidad era claramente que la entidad tenía que reevaluar los precios, ¿cierto? No, venga, si nadie se presentó, o por lo menos los de la fruta no se presentaron, (...) tengo que incrementar los precios. Venga hago un nuevo estudio de mercado a ver qué fue lo que pasó”<sup>82</sup>.</p>
<p>Declaración rendida por <b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ</b> – propósito reunión del 2 de febrero de 2016</p>	<p><b>“DELEGATURA:</b> (...) ¿Y entonces, qué se discutió en esa reunión?</p> <p><b>JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ:</b> En esa reunión se discutió, eh, hubo una pregunta de si alguien se iba a presentar, entonces eh, cada uno empezó a decir: ‘nosotros de parte de Comercializadora DISFRUVER no nos presentamos. Y así alguien preguntó, no recuerdo quién, a cada uno de los asistentes si se iba a presentar”<sup>83</sup>.</p>
<p>Declaración rendida por <b>RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO</b> – propósito reunión del 2 de febrero de 2016</p>	<p><b>“RAMÓN EDUARDO OTÁLVARO MELO:</b> (...)ehh y sé que producto de esa reunión no se presentaron ellos y por eso si ustedes investigan en el proceso marco de precios la única empresa que se presentó fue la mía, porque ellos acordaron, me llamaron a mí y me dijeron don Ramón sabemos que es una empresa nueva pero no se presente con ese precio que nos van a dar duro”<sup>84</sup>.</p>
<p>Declaración rendida por <b>NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA</b> – propósito reunión del 2 de febrero de 2016</p>	<p><b>“DELEGATURA:</b> ¿Y entonces qué ocurrió en esa reunión, la que usted me dice que no sabía para qué lo habían citado?</p> <p><b>NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA:</b> En esa reunión llegamos y don Albeiro y todos empezaron a hablar del tema de las observaciones y Juan Pablo o Andrea, no recuerdo, dijeron a ese precio yo no me presento, preséntese el que quiera, yo no me presento. Entonces yo les dije: ‘yo no voy a acabar con el capital de mi</p>

<sup>82</sup> Folio 2962 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 2:37:40.

<sup>83</sup> Folio 2961 del cuaderno reservado No. 3 DISFRUVER del Expediente. Min: 55:39.

<sup>84</sup> Folio 1592 del cuaderno reservado No. 1 FAC del Expediente. Min: 45:50.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

papá’. Yo tenía claro que no me presentaba y cada uno empezó a decir voluntariamente: ‘yo no me presento’, ‘yo no me presento’<sup>85</sup>.

**Fuente:** Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio a partir de las pruebas presentadas en la Resolución Sancionatoria.

Del análisis nuevamente realizado por este Despacho, se confirma que el objeto del acuerdo anticompetitivo quedó demostrado a través de las pruebas que obran en el Expediente. De esta forma, los comportamientos de la conducta anticompetitiva fueron:

*“(i) Presionar, influir e instigar a CCE, mediante la presentación coordinada de observaciones dentro del proceso LP-AMP-129-2016, con el objeto de incrementar los precios de los alimentos integrantes del grupo de “frutas y hortalizas”.*

*“(ii) Boicotear el proceso LP-AMP-129-2016 mediante la concertación para la no presentación de ofertas, con el objeto y el efecto de que la entidad convocante declarara desiertos los segmentos correspondientes al grupo de “frutas y hortalizas” para forzar la apertura de un nuevo proceso de contratación”<sup>86</sup>.*

En este sentido, esta Superintendencia no reprocha el mero hecho de haber asistido a unas reuniones, independientemente de las intenciones que hubieran podido tener **BESTCOLFRUITS** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, sino la situación probada de que estos hicieron parte de un acuerdo anticompetitivo; así, las explicaciones presentadas por los investigados frente a los temas tratados en las reuniones no tuvieron la potencialidad de controvertir las pruebas obrantes en el Expediente. Además, resulta preciso indicar que, se revisaron de manera exhaustiva las pruebas que demostraban que el desarrollo de la conducta individual contraria a la ley por parte de estos investigados. Así las cosas, no es cierto que esta Entidad les endilgara conductas ajenas, convirtiéndolos en responsables solidarios de las conductas de otros investigados.

Adicionalmente, el comportamiento de **BESTCOLFRUITS** de forma posterior a las reuniones fue el claro reflejo de que efectivamente se cumplió lo acordado en las reuniones celebradas con sus demás competidores. A esta conclusión se llegó una vez fueron analizadas las pruebas obrantes en el Expediente de conformidad con las reglas de la sana crítica; así, contrario a lo afirmado por **BESTCOLFRUITS** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, esta Superintendencia no fundó su responsabilidad en declaraciones valoradas de manera parcial y descontextualizada.

Ahora, el hecho de presionar a **FAC** para que no presentara propuesta al proceso se encuentra debidamente probada con las declaraciones rendidas por **LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA** y **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS**, quienes indicaron que:

*“DELEGATURA: (...) Don HUGO NELSON DAZA lo llamó –y entiendo que no lo estaba amenazando–, pero, ¿él en algún momento lo llamó para hablarle o persuadirlo de que no se presentara?*

***JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** Sí, claro, claro. Ese tema de que miráramos la forma de que esa empresa **FAC S.A.S.** no se presentara; eso sí, sí, pa’ que<sup>87</sup>.*

(...)

*“DELEGATURA: ¿Usted en su declaración anterior nos comentaba que usted recibió unas llamadas, cuénteme todo sobre esas llamadas?*

***JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** Pues que las llamadas, como sobre que me las pregunta? ¿sobre el tema de las frutas?; sobre el tema digamos que por qué después de*

<sup>85</sup> Folio 3687 del cuaderno público No. 17 del Expediente. Min: 32:27.

<sup>86</sup> Folio 4771 del cuaderno público No. 21 del Expediente. (Resolución Sancionatoria, p. 54).

<sup>87</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 1:03:29.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

que salió favorecido **FAC S.A.S.**, yo tuve unas llamadas digamos un poco delicadas, me regañan a mí, me llama por ejemplo Stella [Téllez Hernández] y me dijo de hasta qué me iba a morir por teléfono, me llamó...

**DELEGATURA:** ¿Qué le dijo?, Cuénteme un poquito más.

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** No, ella me decía pues, digamos, 'qué falta de palabra, que qué falta de yo no sé qué', pero es que yo no tengo por qué tener palabra, yo no era, no tenía capacidad de licitar, yo no podía presentarme, entonces seguro porque yo apoyé a la otra empresa [se refiere a FAC S.A.S.], o porque me presenté como el que les di, digamos el aval en la cuestión de que yo sí tenía la fruta, que sí les podía ayudar a conseguir la fruta, los orientaba sobre el tema... La señora de Disfruver [se refiere a Andrea Rosas Díaz] también me llamó, me dijo que me faltaban yo no sé qué cosas por allá abajo, que por qué no me ponía las tetas de ella, esas palabras me las dijo y me colgó el teléfono, entonces digamos esas cositas.

(...)

**DELEGATURA:** Recuérdenos por favor ¿qué fue lo que manifestó la señora Stella Téllez en la llamada?

**JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS:** Me regañó y me dijo que yo era una de las personas que nunca me volverían a invitar a una reunión porque me faltaban... y eso se dio así, nunca me volvieron a llamar, ella no volvió a llamar"<sup>88</sup>.

(...)

**"LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA:** Perdón, doctor, antes de eso quisiera de pronto hacer una claridad, que las llamadas después de que nosotros presentamos el cierre, **hubo llamadas específicas para que no subsanáramos los documentos.**

**DELEGATURA:** Hubo llamadas específicas para que no subsanaran los documentos, ¿de quién?

**LIGIA AMIRA DEL PILAR COBOS GUEVARA:** O sea, en su momento, **de Hugo Daza**, y varias comunicaciones que en su momento Don Fidel nos decía: 'me están llamando para que no subsanemos' (...)"<sup>89</sup>.

Conforme tales declaraciones, para el Despacho se encuentra demostrado que los participantes del acuerdo colusorio habrían buscado presionar a **FAC** para que no presentara propuesta y, de manera posterior, una vez este presentó oferta le reprocharon tal conducta.

Por los motivos expuestos, no les asiste razón a **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ, BESTCOLFRUITS** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO** en relación con que la existencia, objeto y ejecución del acuerdo anticompetitivo no fueron demostrados por esta Superintendencia. Igualmente, debe afirmarse que las intenciones o apreciaciones subjetivas de los recurrentes no resultan relevantes para el proceso adelantado por prácticas restrictivas de la libre competencia. Además, ninguna de sus afirmaciones encontró sustento probatorio.

Finalmente, **BESTCOLFRUITS** y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO** indicaron en su recurso que el interés de participar en el proceso licitatorio no servía de título suficiente para desplegar y realizar conductas anticompetitivas y que el Despacho no ha debido tener en cuenta la información contenida en el tablero como prueba de la supuesta fijación de precios.

<sup>88</sup> Folio 3534 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min. 1:01:24 y 1:31:22.

<sup>89</sup> Folio 3536 del cuaderno público No. 16 del Expediente. Min: 48:31 y 51:50.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Como quedó establecido en la Resolución Sancionatoria y ha sido reiterado en este acto administrativo, existen suficientes elementos probatorios que sustentan y demuestran la existencia y ejecución de un acuerdo colusorio. La valoración conjunta de estos permitió al Despacho declarar la responsabilidad de las personas investigadas; es decir no solo fue el hecho de que **BESTCOLFRUITS** hubiera tenido intención de participar en el proceso o la revisión de los datos consignados en la fotografía del tablero que aportaron **DISFRUVER, JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**. En consecuencia, este Despacho desestimaré tal argumento por carecer de validez.

#### 4.2.7. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con aspectos procesales

**ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** señalaron en su recurso de reposición que dentro del Expediente existen pruebas ilícitas, pues se obtuvieron con violación al debido proceso y otras garantías fundamentales tales como el derecho a la intimidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que la Corte Constitucional en sentencia C-165 de 2019 señaló que la Superintendencia de Industria y Comercio no podía realizar interceptaciones o registros, actividades sujetas a reserva judicial.

En ese entendido, indicaron que la Delegatura, en el marco de la etapa de averiguación preliminar, obtuvo información contenida en computadores personales, correos electrónicos y teléfonos celulares –particularmente la contenida en el celular de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**– no corporativos sin contar con una orden judicial previa. Y fue, precisamente con la información contenida en esos mensajes, los cuales no fueron respondidos por **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, que la Superintendencia de Industria y Comercio fundamentó la decisión de responsabilidad y, por ende, de sanción.

A partir de tal razonamiento, los sancionados establecieron que la valoración de pruebas ilícitas conduce a un fallo arbitrario, contrario al bloque de constitucionalidad. Por ese motivo, es necesario que la Superintendencia de Industria y Comercio excluya esas pruebas del Expediente.

Para responder el argumento planteado por los recurrentes, el Despacho se referirá a las visitas de inspección administrativa, el régimen aplicable y garantía de los derechos del debido proceso administrativo e intimidad, con el propósito de arribar a la conclusión consistente en que la información que obra como prueba en el Expediente, que fue recaudada en el marco de las visitas adelantadas en la etapa preliminar, específicamente la contenida en el celular de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, tuvo lugar de manera legal respetando garantías fundamentales y por ende, no constituyen pruebas ilícitas.

Encuentra relevante el Despacho recordar que la Superintendencia de Industria y Comercio en su calidad de Autoridad Nacional de la Competencia (artículo 6 Ley 1340 de 2009) ejerce las funciones de inspección, vigilancia y control con el fin de evitar que la libre competencia se obstruya, se altere o se restrinja. De esta manera, para cumplir su misión legal, esta Superintendencia cuenta con diferentes herramientas que le permiten verificar que el régimen de la libre competencia sea respetado por los distintos agentes de los diferentes mercados nacionales.

Bajo este entendido, esta Entidad tiene la facultad legal de adelantar el proceso administrativo sancionatorio especial consagrado en el artículo 52 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 155 del Decreto 019 de 2012, con el fin de reprimir y sancionar a quienes incumplan las normas de competencia.

Ahora, con la finalidad de garantizar los principios de igualdad, imparcialidad, transparencia, publicidad, eficacia, economía y celeridad, propios de la función pública (artículo 209 de la Constitución Política), el legislador ha dotado a esta Entidad de herramientas sin las cuales no sería posible lograr el cumplimiento de su misión y consecuentemente, de la garantía del ejercicio de la libre competencia.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Es así cómo, las visitas de inspección administrativa, consagradas para el régimen de competencia en el numeral 62 del artículo 1 del Decreto 4886 de 2011, se han convertido en diligencias de una alta relevancia para las investigaciones por prácticas restrictivas de la libre competencia económica, en la medida en que permiten recaudar de una manera eficaz, rápida y segura material probatorio que sirve para verificar el cumplimiento de la normativa legal, haciendo prevalecer lo establecido por el constituyente primario en el artículo 333 de la Constitución.

El numeral 62 del artículo 1 del referido Decreto dispone que la Superintendencia, entre otras funciones, ejercerá:

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

Las visitas de inspección administrativa son "*diligencias administrativas en las que la SIC recauda diferentes elementos probatorios, relacionados con el objeto de la investigación en cada caso, que se den en el marco de las funciones de la SIC*"<sup>90</sup>.

Debe tenerse en cuenta, que las visitas de inspección administrativa se realizan durante la etapa de averiguación preliminar, la cual es una etapa informal y facultativa. Esto ha sido establecido por el Consejo de Estado, el cual ha referido que:

*"Según se puede leer en la norma [art. 52], **la averiguación preliminar no está sujeta a formalidad alguna, y que su única finalidad es la de permitirle al ente de control contar con la información necesaria para establecer si se debe o no, abrir una investigación administrativa, de modo que ya dispone de esa información en virtud de cualquier otro medio legal, la decisión de iniciar dicha investigación bien puede ser tomada sin que forzosamente deba surtirse averiguación previa alguna, de suerte que ésta no es una etapa obligatoria del procedimiento sancionatorio, como sí lo son la investigación (apertura, notificación y práctica de pruebas), el informe de calificación que debe rendir el investigador, el traslado de dicho informe al investigado y la decisión, amén de que la vía gubernativa, la cual depende de que el interesado haga uso de ella, se surtirá conforme el C.C.A., según la remisión que al efecto se hace en el artículo 52 en comentario**"<sup>91</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Conforme lo anterior, la finalidad de las visitas de inspección administrativa, facultad ejercida por esta Superintendencia durante la etapa de averiguación preliminar dentro del procedimiento administrativo sancionatorio por prácticas restrictivas de la libre competencia, es la de recaudar la información necesaria para verificar si se debe abrir una investigación formal para determinar si una persona, natural o jurídica, es responsable de violar el régimen de competencia.

Ahora bien, en la medida en que estas diligencias tienen una naturaleza meramente administrativa, estas no requieren de una orden judicial, previa ni posterior, para su práctica. Esto ha sido interpretado por la Corte Constitucional, la cual señaló que:

*"[N]o existe un deber constitucional ni legal en cabeza de las superintendencias de informar, previamente, la realización de las vistas de inspección pues: (i) como se expone en la sección e Infra, **las visitas administrativas de inspección no son diligencias o actuaciones cuya práctica requiera autorización judicial previa o control de legalidad posterior;** (ii) **la práctica de visitas de inspección sin previo aviso no vulnera el debido proceso administrativo.** (...) y (iii) **la práctica de visitas de inspección sin previo aviso persigue una finalidad legítima consistente en fortalecer las facultades administrativas de las superintendencias.** En este sentido,*

<sup>90</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

<sup>91</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 23 de enero de 2003, rad. No. 7909.



28694 - 2020

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

tal y como lo ha señalado el Consejo de Estado<sup>92</sup>, **la finalidad de las visitas administrativas es la de recaudar las pruebas necesarias para determinar si las entidades investigadas están cumpliendo con sus obligaciones legales.** Naturalmente, dicha finalidad se vería obstaculizada si no se garantizara el "factor sorpresa" pues el aviso permitiría que el sujeto investigado ocultara información relevante<sup>93/94</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Teniendo en cuenta lo anterior, el ejercicio de esta facultad puede entrar en colisión con otros derechos fundamentales como el debido proceso e intimidad. No obstante, la misma Constitución Política, en el último inciso del artículo 15 contempló algunas excepciones a la garantía del derecho de intimidad. Establece ese inciso que:

**"Para efectos tributarios o judiciales y para los casos de inspección, vigilancia e intervención del Estado podrá exigirse la presentación de libros de contabilidad y demás documentos privados, en los términos que señale la ley".** (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Esta norma debe interpretarse de acuerdo con lo indicado por la Corte Constitucional en la sentencia C-165 de 2019, en la que estableció que:

*"(i) [L]as visitas de inspección tienen fundamento constitucional en el inciso 4º del artículo 15 la Constitución; (ii) la revisión, búsqueda y retención de documentos que las superintendencias realizan durante las visitas de inspección no vulneran el derecho a la intimidad y no constituyen un registro o interceptación de comunicaciones privadas en los términos del inciso 3º del artículo 15 de la Constitución; y (iii) el ingreso de funcionarios de las superintendencias al domicilio corporativo de los sujetos investigados no vulnera la garantía de inviolabilidad del domicilio pues no constituye un registro de domicilio en los términos del artículo 28 de la Constitución".*

(...)

*"[E]n el marco de las visitas de inspección, las superintendencias están facultadas para, entre otras: (i) ingresar a las instalaciones de las empresas y examinar sus archivos; (ii) recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales cuyo control les compete; (iii) solicitar a las personas naturales y jurídicas el suministro de datos, informes, libros y papeles de comercio que se requieran para el correcto ejercicio de sus funciones; y (iv) tomar declaraciones de los funcionarios de la empresa"<sup>95/96</sup>.*

<sup>92</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 1 de marzo de 2018, rad. No. 2012-00832.

<sup>93</sup> La Corte en la sentencia C-505 de 1999, señaló que la disposición normativa que niega recursos contra el acto administrativo, es una medida razonable y su objetivo es válido constitucionalmente, pues el registro es un mecanismo efectivo para obtener las pruebas que inculpan al contribuyente o agente retenedor no se alteren, oculten o destruyan (eficacia del acto administrativo establecida en el artículo 209 Superior).

<sup>94</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-165 de 2019.

<sup>95</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia 2004-00311 de febrero 28 de 2013. En esta providencia el Consejo de Estado señaló que en el marco de estas visitas no es obligatoria la presencia de abogado para practicar los testimonios: "Las normas citadas no prevén que el testimonio deba ser practicado con la presencia del apoderado del declarante. En consecuencia, dicho requisito no hace parte del debido proceso administrativo ante la Superintendencia de Valores en la práctica de visitas (...) Aunque es verdad que en el momento del interrogatorio dentro de las visitas los testigos no pueden ser conainterrogados, existe la posibilidad de que dentro del término de traslado del acta de conclusiones, el interesado solicite la práctica de las mismas, o de complementar, aclarar u objetar las preguntas".

<sup>96</sup> La Corte en la sentencia C-505 de 1999, señaló que la disposición normativa que niega recursos contra el acto administrativo, es una medida razonable y su objetivo es válido constitucionalmente, pues el registro es un mecanismo efectivo para obtener las pruebas que inculpan al contribuyente o agente retenedor no se alteren, oculten o destruyan (eficacia del acto administrativo establecida en el artículo 209 Superior).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Del precedente constitucional deben señalarse tres conclusiones: (i) el fundamento constitucional de las visitas de inspección administrativa se encuentra en el inciso 4 del artículo 15 Superior; (ii) la revisión, búsqueda y retención de documentos en el marco de esas diligencias no vulnera el derecho a la intimidad y no constituye un registro o interceptación de comunicaciones privadas; y (iii) en el marco de esas diligencias la Superintendencia de Industria y Comercio está facultada para recaudar toda la información conducente para verificar el cumplimiento de las normas legales cuyo control le compete.

Igualmente, la Corporación hizo énfasis en que:

*"[L]as visitas de inspección son diligencias probatorias a través de las cuales las superintendencias ejercen la facultad constitucional de exigir la presentación de "documentos privados" o "documentos del comerciante" contenida en el inciso 4° del artículo 15 de la Constitución. Por lo tanto, la revisión, búsqueda y retención de aquellos documentos que se enmarquen en la categoría de "documentos privados"<sup>97</sup> por parte de las superintendencias no vulnera ni interfiere con el derecho a la intimidad de las investigadas y por tanto no puede catalogarse como un registro o interceptación de comunicaciones privadas sometidos a reserva judicial"<sup>98</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

Teniendo en cuenta el anterior análisis, sumado al hecho de que durante la declaración rendida por **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** durante la visita de inspección la Delegatura le solicitó suministrar el celular para realizarle un procedimiento forense<sup>99</sup>, requerimiento frente al cual el visitado accedió de manera libre y espontánea, y de lo cual se dejó constancia en el acta de visita administrativa<sup>100</sup>, se logra concluir que la información extraída del celular de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO** sirve como plena prueba dentro del proceso administrativo sancionatorio. Ahora bien, frente al argumento según el cual **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** no contestó los mensajes que le envió **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, ello no desvirtúa el acuerdo y su seguimiento y, por el contrario, en el marco del resto de material probatorio obrante en el Expediente, lo refuerza aún más. Así, al no predicarse ningún tipo de ilicitud respecto de tal medio probatorio, el mismo podía ser entonces utilizado para ser fundamento de la declaratoria de responsabilidad de los investigados.

Por los motivos expuestos, no es posible excluir del análisis probatorio los mensajes contenidos en el dispositivo celular de **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**.

#### **4.2.8. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con los acuerdos marco de precios (AMP) y el proceso de selección LP-AMP-129-2016**

**ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ y STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** indicaron en su recurso de reposición que las observaciones presentadas por **NAMASTÉ** en el marco del proceso de selección correspondieron a factores técnicos; términos y condiciones que no impactaban en el precio de las frutas. De esa manera, no es posible aseverar que las observaciones hubiesen sido concertadas con otros proponentes, pues no estuvieron referidas al precio de los productos.

El argumento presentado carece de veracidad, toda vez que se demostró que **NAMASTÉ** sí presentó observaciones relacionadas con el precio de referencia de los productos. Así las cosas, se estableció que: "Se solicita conocer las memorias de las reuniones sostenidas con Colombia

<sup>97</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-156 de 2016 (nota de pie de página No. 107 de esta sentencia).

<sup>98</sup> La Corte en la sentencia C-505 de 1999, señaló que la disposición normativa que niega recursos contra el acto administrativo, es una medida razonable y su objetivo es válido constitucionalmente, pues el registro es un mecanismo efectivo para obtener las pruebas que inculpan al contribuyente o agente retenedor no se alteren, oculten o destruyan (eficacia del acto administrativo establecida en el artículo 209 Superior).

<sup>99</sup> Folio 1602 del cuaderno reservado No. 10 del Expediente. Min: 1:27:00.

<sup>100</sup> Folio 560 del cuaderno público No. 3 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

compra eficiente y los distintos comerciantes de los productos que hacen parte del presente proceso de selección con el fin de establecer los precios de referencia<sup>101</sup>. En tal sentido, independientemente de que esta observación correspondiera a la categoría de "lo técnico" o "lo jurídico" lo cierto es que sí tuvo que ver con el precio de referencia de las frutas y por ende, teniendo en cuenta la valoración conjunta del material probatorio obrante en el Expediente —en especial lo ocurrido en la reunión del 14 de enero de 2017— resulta evidente que esa observación provino de la coordinación ilegal de los competidores interesados en participar del proceso de selección LP-AMP-129-2016.

Igualmente, debe recordarse que **NAMASTÉ** también presentó las siguientes observaciones:

"Observaciones 706, 748, 755 y 764 referentes al aspecto "técnico" y "jurídico", presentada el 16 de enero de 2017.

1. "Se requiere aclaración sobre la aplicación de la **causal de descuentos por gramaje** en atención al cumplimiento de la resolución 16379; en dicha normativa se incluye la obligación de selección al AZAR de las muestras que serán objeto de revisión de su gramaje. Se requiere aclaración respecto de la modalidad de selección (...)".

2. "**Se puede transpolar los resultados bromatológicos** o microbiológicos a productos no analizados?"

3. "¿Si la SED no es parte del contrato con que competencia **impondría descuentos** (...)"

4. "Si se pretende **incluir un porcentaje de descuento, se requiere incluir un procedimiento de defensa a favor del contratista (sic) sin necesidad de acudir a un escenario de incumplimiento, que indudablemente genera costos superiores**"<sup>102</sup> (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Teniendo en cuenta las observaciones que fueron presentadas por **NAMASTÉ** a lo largo del proceso de selección objeto de investigación, el argumento no puede ser acogido.

Por su parte, **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** señalaron que (i) en el proceso de selección no existía la posibilidad de que los interesados pudieran generar un aumento en los precios de los productos; (ii) el proceso era un **AMP**, motivo por el cual en la operación primaria no se comprometen recursos del Estado, como tampoco se celebra un contrato de suministro; (iii) el único beneficio derivado de participar en el proceso **LP-AMP-129-2016** era tener la posibilidad de ser proveedor al que las entidades estatales podrían solicitar cotizaciones; (iv) existe un monopsonio en el que la entidad estatal tiene poder de mercado para decidir sobre el precio, en ese entendido, ninguna observación tenía la capacidad de generar un incremento en los precios; (v) la entidad estatal no aceptó las observaciones presentadas y mantuvo el precio máximo; (vi) de admitir que existió un acuerdo para no presentarse al proceso, esta no sería antijurídica, puesto que estaría amparada por el cumplimiento de un deber legal, conforme lo dispuesto en el numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993 los proponentes deben responder por la presentación de propuestas artificialmente bajas, en ese entendido, la decisión de no presentar oferta es un derecho y un deber, motivo por el cual el aceptar tal precio sería una infracción a una norma de contratación estatal.

En relación con los argumentos relacionados con la imposibilidad de los interesados en el proceso de selección de generar un aumento en los precios, del cual se deriva la afirmación según la cual la entidad estatal tenía poder de mercado para decidir sobre el precio, así como el hecho de que esta no hubiera aceptado las observaciones presentadas por los competidores, conviene revisar lo establecido en el artículo 8 de la Ley 1150 de 2007. Dispone el referido artículo que:

<sup>101</sup> Folio 1534 a 1539 del cuaderno público No. 8 del Expediente.

<sup>102</sup> Folio 4767 del cuaderno público No. 21 del Expediente. (Resolución Sancionatoria, p. 45).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**"Artículo 8o. De la publicación de proyectos de pliegos de condiciones, y estudios previos.** Con el propósito de suministrar al público en general la información que le permita formular observaciones a su contenido, las entidades publicarán los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes, en las condiciones que señale el reglamento. La información publicada debe ser veraz, responsable, ecuaníme, suficiente y oportuna.

*La publicación de los proyectos de pliegos de condiciones o sus equivalentes no genera obligación para la entidad de dar apertura al proceso de selección.*

*Junto con los proyectos de pliegos de condiciones se publicarán los estudios y documentos previos que sirvieron de base para su elaboración.*

**Las Entidades deberán publicar las razones por las cuales se acogen o rechazan las observaciones a los proyectos de pliegos**". (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como se observa del último inciso del citado artículo, la entidad estatal puede acoger o rechazar las observaciones que los interesados de participar en el proceso de selección presentan al proyecto de pliego de condiciones o pre-pliego. En esa medida, queda desvirtuado el argumento de los recurrentes, puesto que sí era posible con sus observaciones –de ser aceptadas por la entidad estatal– modificar los precios de los productos. Por tal razón, no tiene ningún sustento el argumento referido.

En segundo lugar, en relación con las características propias de las licitaciones públicas adelantadas a través de **AMP**, el Despacho encuentra que le asiste razón a los recurrentes, puesto que para que el contrato de suministro se materializara era necesario superar la operación primaria, en la que no se comprometen recursos públicos y, de manera posterior, en la operación secundaria, que la entidad estatal que tiene la necesidad de contratar el bien o servicio, pueda situar una orden de compra y así materializar el vínculo contractual con el respectivo contratista.

Sin embargo, lo anterior no implica afirmar que los proponentes que logran celebrar con **CCE** un **AMP** teniendo como fundamento un acuerdo anticompetitivo no hayan alterado las condiciones del proceso de selección, puesto que los **AMP**, según lo establecido en el artículo 2.2.1.1.1.3.1. del Decreto 1082 de 2015, son un "[c]ontrato celebrado entre uno o más proveedores y Colombia Compra Eficiente, o quien haga sus veces, para la provisión a las Entidades Estatales de Bienes y Servicios de Características Técnicas Uniformes, en la forma, plazo y condiciones establecidas en este". Bajo este entendido, el contrato que celebran los proveedores con **CCE** resulta de un proceso de selección pública en el que el Estado Colombiano busca establecer como proveedores a las personas más idóneas que contribuirán con la entidad estatal a cumplir con los fines estatales.

Así las cosas, la interpretación que buscaban dar los recurrentes a tal argumento resulta inadmisibile.

Ahora bien, también establecieron que el único beneficio real de haber participado en el proceso **LP-AMP-129-2016** era tener la posibilidad de ser proveedor del Estado.

Considera el Despacho que esa mera posibilidad o expectativa, a la cual se llegaba a través de un proceso público que buscaba garantizar los principios de igualdad, transparencia, publicidad y selección objetiva, de quienes logran suscribir el **AMP** con **CCE** generaba un beneficio real. Por tal motivo, el resultar como proveedores del Estado representaba en sí mismo una ventaja frente al resto de competidores del mercado. No obstante lo anterior, debe reiterarse que las conductas que investiga esta Autoridad que son "por objeto" no requieren de la demostración de un resultado, daño o beneficio, puesto que son aspectos meramente subjetivos de su ejecución. De esta forma, el argumento no tiene fundamento.

Finalmente, señalaron que de haber existido un acuerdo para no presentarse al proceso de selección objeto de investigación esta decisión estaría amparada por lo establecido en el numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Encuentra el Despacho que tal artículo dispone que:

**"Artículo 26. Del principio de responsabilidad. En virtud de este principio:**

(...)

*6o. Los contratistas responderán cuando formulen propuestas en las que se fijen condiciones económicas y de contratación artificialmente bajas con el propósito de obtener la adjudicación del contrato".*

De la lectura del citado artículo se interpreta que la conducta imputada a los investigados dista radicalmente de la situación contemplada por el numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993. De esta manera, la conducta sí es antijurídica, puesto que, como se ha probado con suficiencia hasta este punto, el comportamiento desplegado por **DISFRUVER** y sus co-cartelistas se enmarcó dentro del comportamiento descrito en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, el cual fue establecido por el legislador como un acuerdo restrictivo de la libre competencia económica.

En esa misma línea, no encuentra el Despacho que el acuerdo y ejecución de la conducta colusoria pueda justificarse con la aplicación del numeral 6 del artículo 26 de la Ley 80 de 1993, buscando mostrar el comportamiento ilegal como el cumplimiento de un deber legal. Si bien es cierto que el principio de responsabilidad que rige la contratación estatal, el cual es aplicable a servidores públicos y contratistas, debe respetarse, lo cierto es que este, bajo la presente investigación no puede utilizarse como excusa o causal de justificación para haber ejecutado una conducta anticompetitiva. En consecuencia, el comportamiento desplegado fue antijurídico, pues atentó contra una norma del ordenamiento jurídico colombiano. En tal sentido el argumento es infundado.

#### **4.2.9. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con la caracterización del mercado afectado**

Los sancionados presentaron algunos argumentos relacionados con la caracterización del mercado realizada por este Despacho en la Resolución Sancionatoria. En primer lugar, **ALIMENTOS SPRESS, NAMASTÉ** y **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ** manifestaron que se incurrió en una contradicción toda vez que, por un lado, se señaló que solamente existía competencia entre los agentes de mercado que estuvieran en la capacidad de cumplir con el objeto del contrato, y por otro, sancionó a **NAMASTÉ** y a **ALIMENTOS SPRESS**, empresas que no podían participar en el segmento de "frutas y hortalizas" porque no contaban con capacidad jurídica para tal fin.

En este mismo sentido, **DISFRUVER** argumentó que, de acuerdo con la definición de mercado usada por la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de colusiones en licitaciones públicas, el mercado relevante está conformado por quienes tengan la capacidad de cumplir con el objeto del contrato y, adicionalmente, hayan decidido participar como proponentes y hayan presentado una oferta dentro del proceso de selección. Dicha situación no ocurrió en el presente caso por cuanto los investigados no presentaron ofertas. Es decir, que, para **DISFRUVER**, no existió un mercado relevante afectado, así como tampoco un efecto negativo o afectación al mismo, ni se puede considerar a los investigados como agentes de mercado.

En este punto es importante resaltar que, si bien es cierto esta Superintendencia ha hecho tales afirmaciones en cuanto a la definición del mercado afectado en materia de colusiones en licitaciones públicas, lo cierto es que sería absurdo que en el presente caso pudiese investigarse solo a quienes efectivamente presentaron ofertas en algunos de los segmentos, toda vez que precisamente la conducta reprochada consistió, en parte, a un acuerdo anticompetitivo para no presentar ofertas en el proceso. Es decir, lo que está demostrado en este caso es que los asistentes a las reuniones, como participantes de un acuerdo, sí tenían la intención de participar en el proceso, lo que los hace competidores en el mercado, pero como las condiciones del mismo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

no se ajustaban a sus requerimientos, decidieron conformar un cartel para que los segmentos asociados al grupo de "frutas y hortalizas" se declararan desiertos.

En esta medida, es claro que la no presentación de ofertas no se debió a que los agentes no se percibieran como competidores sino a su comportamiento coordinado. Es así como, contrario a lo indicado por los sancionados, sí existió un mercado afectado por la conducta, y el mismo correspondió al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**. Por lo anterior, se descartarán los argumentos presentados por los sancionados.

**DISFRUVER** también aseguró que, de revisarse todos los procesos en los que había participado la empresa de manera previa al proceso de selección **LP-AMP-129-2016**, podría evidenciarse que nunca había competido con los demás investigados. Añadió que los asistentes a la reunión nunca habían participado como proponentes o contratistas en **PAE**, a excepción de **ALIMENTOS SPRESS**, que varios de ellos no tenían **RUP** o que quienes tenían, no tenían registrado dentro de su actividad económica el código relacionado con frutas, y que, para el caso de **BESTCOLFRUITS**, que sí participaba en dicha actividad, la empresa no contaba con experiencia y capital de trabajo suficiente para presentarse a los veinticinco (25) segmentos. De esta manera concluyó que los sancionados no eran competidores y que, además, la razón por la cual los procesos se declararon desiertos no fue por la existencia de un acuerdo anticompetitivo.

El argumento anteriormente presentado debe descartarse por dos razones. En primer lugar, porque parte de una causalidad infundada consistente en que el hecho de que no todos los cartelistas pudiesen participar en la totalidad de los segmentos implica necesariamente que la razón por la cual los procesos se declararon desiertos no haya sido por la existencia de un acuerdo anticompetitivo, más aún cuando el mismo se encuentra probado a lo largo de la presente actuación; y, en segundo lugar, porque pese a que es cierto que algunos de los investigados no contaran con **RUP** al momento de las reuniones o no hubiesen participado con anterioridad en procesos relacionados con **PAE** no les resta responsabilidad ni disminuye el impacto del acuerdo por ellos realizado en el mercado. Por un lado, no necesitaron ni de experiencia propia ni de **RUP** para, coordinadamente presentar observaciones al proceso. Esto en sí mismo resulta reprochable pues tales comentarios no fueron resultado de un ejercicio independiente de análisis de los pliegos de condiciones.

Además, como puede evidenciarse de las pruebas obrantes en el Expediente, varios de ellos obtuvieron su **RUP** en fechas posteriores cercanas a las reuniones, hecho que no puede ser interpretado como que cualquier conducta anterior a la obtención de tal Registro no podría ser tildada como violatoria del régimen de libre competencia. Por último, es tan evidente su calidad de competidores que, posterior a decidir conjuntamente no presentarse en el proceso, varios de ellos formaron una Unión Temporal para participar en el proceso cuya apertura fue forzada por el acuerdo anticompetitivo, incluyendo entre dicho grupo a **DISFRUVER**. En este sentido, las justificaciones brindadas por **DISFRUVER** para validar su conducta durante ambas reuniones resultan ser insuficientes y a todas luces inadecuadas.

Prueba de lo anterior consiste en que **DISFRUVER** se contradijo en sus argumentos pues, pese a haber indicado que los investigados no podían ser sus competidores en el proceso de licitación objeto de análisis, también aseguró que en el Expediente estaba demostrado que los sancionados no eran los únicos posibles oferentes, que la **SED** identificó nueve (9) agentes de mercado como proveedores de frutas y hortalizas, que se solicitaron cerca de treinta y ocho (38) cotizaciones para la elaboración del estudio de mercado y que al proceso podía presentarse cualquier persona natural o jurídica, pequeña, mediana o grande y a nivel nacional y que el mismo se publicó en la plataforma **SECOP II**, cuya consulta puede hacerse por internet desde cualquier parte de Colombia.

No entiende este Despacho entonces por qué, si cualquier persona podía presentarse al proceso como lo indicó **DISFRUVER**, y existía en el mercado una multiplicidad de posibles oferentes, **DISFRUVER** indicó convenientemente que justo los asistentes a las reuniones en donde se acordaron anticompetitivamente ciertos comportamientos, no eran sus competidores. Lo anterior,

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

más aun cuando el resultado de las reuniones se materializó en el comportamiento observado de los sancionados durante el proceso. Como puede observarse, pareciera que la empresa, en algunos casos considera que casi cualquier persona podría ofertar en el proceso, y en otros, que los asistentes a la reunión, que eran agentes de mercado activos en la distribución o comercialización de frutas, no lo eran.

Por si fuera poco, **DISFRUVER** en su recurso de reposición aseguró que *"es claro que el proceso de selección para el suministro del PAE en 2018 al segmento de Frutas Naturales contó con siete (7) propuestas en las cuales participaban catorce (14) empresas diferentes, evidenciando de esta manera que el proceso de selección LP-AMP-129-2016 contaba con varios potenciales oferentes y no solo los participantes de la reunión del 14 de enero de 2016"* (subraya y negrilla fuera de texto original). Así, queda claro para este Despacho que incluso la misma empresa sí identificaba a los demás sancionados como potenciales oferentes en el proceso **LP-AMP-129-2016**.

#### **4.2.10. Consideraciones frente a los argumentos relacionados con las sanciones**

A continuación se presentarán y responderán los argumentos planteados por los sancionados relacionados con los criterios de dosificación de las multas impuestas en la Resolución Sancionatoria y los montos de las mismas.

En primer lugar, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ, ALIMENTOS SPRESS y NAMASTÉ** solicitaron la reducción de las sanciones pues, en su opinión, una sanción que representa el 18% de su patrimonio es desproporcionada, toda vez que debe reconocerse que las empresas no participaron en el proceso de licitación, no por un acuerdo anticompetitivo, sino porque no podían hacerlo.

Este argumento no está llamado a prosperar toda vez que está probado en el Expediente que, independientemente de la motivación que tuvieran los sancionados de participar en las reuniones y en los acuerdos a los que allí llegaron, lo cierto es que además de acordar conductas contrarias al régimen de libre competencia económica, ejecutaron lo acordado en dichas reuniones. Se reitera que, acorde a lo pactado, **NAMASTÉ y ALIMENTOS SPRESS** presentaron observaciones a los pliegos de condiciones en el sentido de lo discutido con los demás asistentes a la reunión y, posteriormente, no presentaron oferta en el proceso. Por lo anterior, no encuentra este Despacho que el argumento presentado para solicitar la reducción de la sanción sea válido.

**BESTCOLFRUITS y NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA** aseveraron que el monto de las sanciones impuestas fue excesivo y no se adecuó a la motivación presentada en la Resolución Sancionatoria. Para el caso de **BESTCOLFRUITS**, manifestaron que fue la sanción más gravosa de todos los investigados pues representó el 207% de su patrimonio y el 16% de sus ingresos. En este sentido, afirmaron que la sanción debería ser equivalente al 18,7% de su patrimonio de 2017, lo que sería igual a veintisiete (27) salarios mínimos mensual legales vigentes. Respecto de la multa de **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, indicaron que esta debe graduarse imponiéndole el valor mínimo impuesto a otra persona natural, que en este caso fue de diez (10) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Frente a la sanción impuesta a **BESTCOLFRUITS**, este Despacho observa que su información financiera no se encontraba actualizada en el Expediente, de modo que con la información aportada en el recurso de reposición, procederá a re liquidar la multa impuesta.

**DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** aseguraron que la sanción que les fue impuesta resultó desproporcionada, toda vez que:

- La Superintendencia de Industria y Comercio solo planteó argumentos cualitativos y no cuantitativos para cada uno de los criterios de dosificación.
- El Despacho solo se enfocó en variables financieras y contables y dejó de lado el hecho de que el mercado no existe y que por lo tanto no hubo ningún impacto en el mismo.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se utilizó el patrimonio como variable sustituta frente a la no estimación del daño y demás criterios.
- En otros casos de colusión, excluyendo al Grupo Nule y al cartel de la vigilancia, las multas representaron en promedio 9,95% del patrimonio de los sancionados, mientras que la de **DISFRUVER** representa el 18%.
- El monto de la sanción impuesta a **DISFRUVER** es equiparable con la impuesta al Grupo Nule, siendo que **DISFRUVER** solo está siendo investigada por un proceso de selección, con una única entidad del Estado y en donde ni siquiera resultó adjudicada.
- La sanción impuesta a otras empresas investigadas por colusión en licitaciones públicas que han resultado adjudicatarias del proceso ha representado en promedio el 11,93% de su patrimonio de modo que *la SIC es más indulgente con empresas que a través de maniobras fraudulentas ganaron un proceso de selección que con una empresa que ni siquiera tuvo un mercado en donde participar, ni en el cual resultar adjudicataria*".
- La sanción impuesta a **DISFRUVER** resulta ser 2,4 veces mayor que la que ha impuesto a empresas con conducta procesal reprochable.
- Al comparar las multas impuestas en el presente caso con aquellas impuestas mediante Resolución No. 91235 de 2015, caso también relacionado con colusión en un proceso que tuvo por objeto el PAE, puede evidenciarse que para **DISFRUVER** la sanción es arbitraria, desproporcionada e injustificada. En el caso en mención, las multas no superaron el 6% del patrimonio de las empresas.
- La sanción es confiscatoria pues los únicos ingresos que tiene **DISFRUVER** en 2020 son producto de un único contrato con la Secretaría de Integración Social, en el que factura 377 millones de pesos al mes. La sanción dejaría a la empresa en una situación de iliquidez que pone en riesgo la ejecución de su contrato y la descalifica a participar de cualquier proceso futuro.

Con el fin de responder a los argumentos planteados por **DISFRUVER**, **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, este Despacho se permite recordarle a los sancionados que, con el fin de tasar las sanciones a imponer, la Superintendencia de Industria y Comercio tiene en cuenta los distintos criterios establecidos en la ley, considerando las condiciones particulares de cada persona sancionada y reconociendo que, por regla general, la situación financiera así como la actividad de cada persona en el mercado no es la misma, entre otras condiciones diferenciadoras. Lo anterior implica que las multas a imponer resulten, en términos absolutos, diferentes entre sí, pero asegura que se cumpla la finalidad de la multa en cada caso bajo un principio de proporcionalidad.

Sobre este particular, se ha pronunciado el Consejo de Estado en los siguientes términos:

*"[E]n cuanto respecta a la dosificación de las multas impuestas, la Sala entiende que las sanciones impuestas en las Resoluciones demandadas atienden a la discrecionalidad que tiene la entidad demandada (léase la autoridad administrativa) para su graduación dentro del rango máximo que permite la norma. (...) "<sup>103</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto).*

La discrecionalidad de la Autoridad de Competencia frente a la dosificación de la sanción, que está limitada por el monto máximo de la sanción determinada por el legislador y guiada por los criterios previstos en la ley, permite que de cara a determinadas conductas se le dé más preponderancia a uno o algunos de los criterios. En todo caso, esa dosificación no implica que en

<sup>103</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 de enero de 2010, rad. 25000-23-24-000-2001-00364-01.



"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

el acto administrativo se haga "un razonamiento expreso especial para sustentar el quantum de la sanción", como ha tenido la oportunidad de anotarlo el Consejo de Estado al expresar:

**"[L]a dosificación no implica que en el acto administrativo se deba hacer un razonamiento expreso y especial para sustentar el quantum de la sanción, sino que ello puede estar dado en la valoración de la gravedad de los hechos, como en efecto se hace en la decisión aquí enjuiciada, de suerte que realizada esa ponderación se entiende que la Administración ha estimado que la sanción aplicada es la que ameritan los hechos, y pasa a ser de cargo del administrado demostrar que no lo es, es decir, que es desproporcionada a los mismos (...)"**<sup>104</sup>. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

De acuerdo con la jurisprudencia del Consejo de Estado, el ejercicio de dosificación **no** impone, en cabeza de la Superintendencia de Industria y Comercio, como autoridad de policía administrativa, la carga de exponer en sus actos administrativos un "razonamiento expreso y especial" sobre la metodología aplicada para la estimación del quantum de las sanciones. Aun así, en el caso concreto, se hizo una consideración expresa sobre cada uno de los criterios de graduación y de la metodología usada por esta Autoridad para definir el monto final de la multa de todos los investigados, que en su conjunto tiene como resultado la imposición de sanciones que responden a la "valoración de la gravedad de los hechos".

Ahora bien, la Corte Constitucional se ha aproximado a la aplicación del principio de proporcionalidad en materia de las sanciones administrativas de la siguiente forma:

**"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 (...). Respecto de la sanción administrativa, la proporcionalidad implica también que ella no resulte excesiva en rigidez frente a la gravedad de la conducta, ni tampoco carente de importancia frente a esa misma gravedad"**<sup>105</sup> (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En el sentido descrito por la Corte Constitucional, uno de las formas en las que puede darse cabal cumplimiento al principio de proporcionalidad es teniendo en cuenta el patrimonio, criterio que además de estar expresamente previsto en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, permite determinar que frente a las empresas y las personas naturales involucradas la sanción tenga la rigidez apropiada.

Por todo lo anterior, es importante que al analizar el proceso de dosificación de las multas impuestas deban considerarse conjuntamente los diferentes criterios utilizados, de modo que de la lectura integral de los mismos se evidencie la motivación del Despacho para el cálculo de las mismas, así como la proporcionalidad de las sanciones impuestas en el presente caso que, adicionalmente, garantiza que las mismas no fueran confiscatorias o expropiatorias y se garantice la capacidad de pago de los infractores.

De esta manera, se obtiene el propósito de no caer, por un lado, en multas confiscatorias o expropiatorias prohibidas por la misma Constitución Política y por el otro, en imponer multas irrisorias que se alejen de los propósitos de represión y disuasión que constituyen el núcleo esencial de los regímenes sancionatorios, como el de protección a la libre competencia que nos ocupa, en donde se procura que la multa impuesta no sea tan alta que termine eliminando un agente del mercado, pero tan baja que conlleve al incentivo perverso de generar una conciencia individual o colectiva sobre algo, a todas luces indeseado, como que "violiar la ley paga". Por esta y otras razones, el criterio de principal de aplicación en el presente caso fue el referente al

<sup>104</sup> Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, sentencia del 28 20 de octubre de 2005, rad. 68001-23-15-000-1997-02933-01(7826).

<sup>105</sup> Corte Constitucional. Sentencia C-125 de 2003.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

patrimonio de los investigados, acompañado de los ingresos operaciones como variable financiera auxiliar y de verificación de la liquidez.

Es así como todos aquellos argumentos que tengan como base la comparación entre el sancionado y otro agente haciendo uso de un solo criterio de dosificación, tendientes a indicar que las sanciones impuestas resultaron desproporcionadas, no pueden prosperar toda vez que, se insiste, el proceso de tasación de una multa es multivariable –es decir, tiene en cuenta múltiples dimensiones de manera simultánea– de tal suerte que pretender que las consideraciones realizadas en cada criterio coincidan para todos y cada uno de los sancionados es imposible.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Despacho no acogerá los argumentos presentados por los sancionados respecto de las sanciones impuestas y las comparaciones realizadas con multas en otras actuaciones administrativas.

Respecto de la situación financiera de **DISFRUVER**, encuentra este Despacho que la empresa no aportó información contable o financiera alguna que le permitiera a esta Superintendencia acreditar lo indicado en el recurso de reposición sobre el cambio en sus ingresos operacionales. La única información que fue anexada al recurso de reposición corresponde a flujos proyectados de efectivo que resultan insuficientes para que este Despacho reconsidere el valor de la sanción, toda vez que no reflejan en su totalidad la situación financiera de la empresa. En este sentido, el argumento se rechazará por carecer de fundamento.

**ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** indicaron que la Superintendencia de Industria y Comercio no puede aplicarles las sanciones establecidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, toda vez que de acuerdo con el principio de legalidad y tipicidad, estas pueden ser aplicadas únicamente a las personas jurídicas.

Lo anterior es para esta Superintendencia un argumento que carece de sentido. En primer lugar, tal y como se ha reiterado en diversos actos administrativos, las sanciones establecidas en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 están dispuestas para cualquier agente de mercado, independientemente de su naturaleza, que infrinja el régimen de libre competencia económica. No obstante lo anterior, ese no es el caso aplicable a **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, quienes, tal y como quedó explícitamente escrito en los numerales **13.2.1.** y **13.2.2.** de la parte considerativa de la Resolución Sancionatoria, fueron sancionados por ser facilitadores de la conducta desplegada por **DISFRUVER**. En ese sentido, y contrario a lo indicado por los investigados, la sanción a ellos impuesta fue dosificada de acuerdo a lo establecido en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 y **no** en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009. Así las cosas, el argumento debe descartarse.

Finalmente, **DISFRUVER**, **ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** aseveraron que, como esta Superintendencia determinó las sanciones con fundamento en el patrimonio de los investigados y como el patrimonio de los dos últimos está representado casi en su totalidad por las acciones que poseen en la empresa, se tuvo en cuenta dos veces el mismo patrimonio para dosificar la sanción. Agregaron que los mismos son compañeros permanentes y que, en caso de sancionárseles, se estaría incurriendo en una violación al artículo 29 de la Constitución Política que señala que nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos. Concluyeron su argumento estableciendo que deberían ser sancionados como un único investigado y no como tres, y que la multa aplicable debería ser la establecida en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009.

Frente a este punto, el Despacho reitera que toda vez que la conducta reprochada a **ANDREA ROSAS DÍAZ** y a **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** hace referencia a su actuar como facilitadores del comportamiento anticompetitivo de la empresa, y que fue esta última la infractora directa al cartelizarse con otros agentes de mercado, la dosificación de las sanciones fue realizada conforme los criterios establecidos en el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. En este sentido, el patrimonio **no** fue uno de

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

los criterios tenidos en cuenta por esta Superintendencia al momento de dosificar dichas sanciones, sino que apenas fue un elemento ilustrativo de que las mismas no resultarían desproporcionadas ni confiscatorias. No obstante lo anterior, y en gracia de discusión, este Despacho observa que sancionar a dos personas naturales, que actuaron como facilitadoras de un acuerdo anticompetitivo no va en contra del derecho cuando las mismas resultan ser accionistas del agente de mercado infractor. Por otro lado, las relaciones personales existentes entre los investigados ni desdibujan su responsabilidad —cuando además se tienen pruebas del actuar independiente de cada uno de ellos—, ni puede considerarse como un criterio de graduación de las sanciones. Por todo lo anterior, debe descartarse el argumento.

Finalmente, **ALIMENTOS DAZA** solicitó que, dado que la empresa se encuentra en estado de liquidación, se reconsidere la cuantía de la sanción impuesta. La empresa adjuntó información financiera actualizada, de modo tal que este Despacho procederá a re liquidar la sanción impuesta con el fin de que la misma refleje la capacidad de pago del sancionado.

#### **4.2.11. Otros argumentos presentados por DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**

**DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ y JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** solicitaron que se convoque nuevamente al Consejo Asesor con el fin de que escuche la defensa de los sancionados. En esta misma línea, indicaron que pese a que el mismo debe estar conformado por cinco (5) miembros, la sesión llevada a cabo para el presente caso contó con la participación de solo tres (3) miembros.

Sobre la solicitud de audiencia ante el Consejo Asesor, se indica a los recurrentes que tal petición es improcedente por no estar prevista tal audiencia en las normas que rigen el trámite de estos procedimientos administrativos sancionatorios por infracción al régimen de protección de la libre competencia económica, de modo que su solicitud no será aceptada por esta Autoridad. Frente a la asistencia de tres (3) de los cinco (5) miembros del órgano consultivo, debe ponerse de presente que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 25 del Decreto 4886 de 2011, el Consejo Asesor, como órgano auxiliar de carácter consultivo del Superintendente de Industria y Comercio, y de ninguna manera incorpora un reglamento sobre el funcionamiento del Consejo Asesor de Competencia del cual pueda desprenderse, como lo pretenden los sancionados, que todas y cada una de las sesiones de este órgano deban adelantarse con los cinco (5) miembros que lo conforman.

Una interpretación en tal sentido iría en contra de la lógica de funcionamiento de todos los cuerpos colegiados como el Congreso de la República, los altos Tribunales de Justicia del país, las Juntas Directivas, las Asambleas Departamentales, los Concejos Municipales, las Asambleas de Accionistas o las Juntas de Socios, entre otras, por cuanto exigir la presencia del 100% de los miembros para el 100% de las reuniones que pretendan adoptar el 100% de las decisiones implicaría, en la práctica, la parálisis en sus actividades, con lo cual incluso se desconocería la posibilidad de que se presenten casos como incapacidades médicas, conflictos de intereses, impedimentos, ausencias por razones personales, por citar algunos ejemplos.

En definitiva, las reglas de la experiencia indican que los cuerpos colegiados en todos los casos funcionan con quóruns deliberatorios y decisorios. De esta manera, se entiende que aun cuando no esté presente el 100% de los miembros que lo conforman, el cuerpo colegiado podrá en todo caso sesionar, deliberar y decidir, siempre que exista el quórum respectivo.

Ahora bien, respecto de la reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 23 de septiembre de 2019, que versó, entre otros casos, sobre la investigación que ahora nos ocupa, es posible advertir que: (i) en ella estuvieron presentes la mayoría de sus miembros (4 integrantes); (ii) cuando fue anunciado que se realizaría la presentación del caso que nos ocupa uno de los miembros del Consejo Asesor, el doctor **ANDRÉS ESCOBAR ARANGO**, declaró su impedimento para discutir y recomendar sobre el mismo argumentando que en su ejercicio profesional asesoró a una de las partes vinculadas al proceso; (iii) los demás miembros del órgano consultivo

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

aprobaron su impedimento; y (iv) de manera posterior a la presentación del caso, la recomendación de sanción que estos emitieron fue tomada por unanimidad, tal y como consta en la respectiva Acta del Consejo Asesor de Competencia.

Adicionalmente, debe destacarse que la reunión del Consejo Asesor de Competencia llevada a cabo el 23 de septiembre de 2019 no es la única ocasión en la historia de dicho Consejo en que se ha reunido, deliberado y emitido una recomendación con menos de sus cinco (5) integrantes. A partir de lo anterior es posible afirmar que la práctica histórica del Consejo Asesor de Competencia, aplicando las más simples reglas de funcionamiento de los cuerpos colegiados, ha sido la de sesionar mayoritariamente con un quórum deliberatorio y decisorio de al menos tres (3) miembros, práctica que se mantuvo para la presente investigación administrativa.

En síntesis, se observa que el Consejo Asesor de Competencia procedió en la presente actuación administrativa de acuerdo con la ley y de conformidad con su comportamiento histórico. Así las cosas, haber cambiado su forma de funcionar en atención exclusiva a esta actuación administrativa habría podido generar dudas acerca de por qué se estaría cambiando el comportamiento pasado y reiterado de esta Entidad. En definitiva, lo único que hizo la Autoridad fue preservar los principios de confianza legítima y seguridad jurídica, y se reitera, proceder como histórica y consuetudinariamente se ha actuado durante toda su existencia y funcionamiento.

Por otro lado, **DISFRUVER, ANDREA ROSAS DÍAZ** y **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** manifestaron que la Resolución Sancionatoria no se pronunció sobre el memorial radicado el 6 de febrero de 2019 en el que se advirtió que el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia fue entrevistado sobre el presente caso en la emisora W Radio, afectando la imparcialidad y el debido proceso de los investigados y puso a la opinión pública, al Superintendente y a los miembros del Consejo Asesor en situación de no poder contradecir las conclusiones que hizo públicas de manera anticipada.

Frente a este punto, el Despacho se permite realizar las siguientes precisiones. Si bien en la Resolución Sancionatoria no hubo pronunciamiento alguno sobre el memorial referido, lo cierto es que tampoco existía razón para hacerlo toda vez que (i) en el momento de presentación del memorial, el Superintendente Delegado para la Protección de la Competencia ya no tenía poder decisorio en el presente caso, pues un mes antes había presentado su Informe Motivado ante este Despacho; (ii) en el marco de lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 3 del CPACA esta Autoridad puede dar a conocer sus actos mediante el empleo de tecnologías de difusión masiva de la información; y (iii) los pronunciamientos realizados por el Superintendente Delegado en nada podían afectar la imparcialidad del Superintendente de Industria y Comercio pues consistieron únicamente en informar sobre la recomendación ya dispuesta en el Informe Motivado. Un reproche a esto último sería equivalente a decir que cualquier afirmación contenida en dicho informe afecta la imparcialidad de quien decide, cuando justamente existe dicha figura en el trámite para que el Superintendente de Industria y Comercio cuente con las herramientas necesarias para evaluar el caso y, de manera imparcial, tome una decisión sobre el mismo.

En el presente caso fue tan evidente dicha imparcialidad que en la Resolución Sancionatoria el Superintendente de Industria y Comercio se apartó de manera motivada de gran parte de la recomendación del Informe Motivado. Así las cosas, considera este Despacho que el argumento presentado por los sancionados se encuentra resuelto.

Finalmente, señalaron que la Superintendencia de Industria y Comercio no tiene autoridad ni competencia para ordenar que la sanción se registre en el RUP. Lo único que puede reportarse allí respecto de sanciones, de acuerdo con la Ley 80 de 1993, son aquellas relacionadas con la ejecución de los contratos, circunstancia que en nada se relaciona con la presente investigación. Lo otro que se registra en el RUP son las inhabilidades para contratar con el Estado y las sanciones de la Superintendencia de Industria y Comercio no inhabilitan a los investigados automáticamente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Sobre el particular, es claro que esta Superintendencia en desarrollo de su función de vigilancia y control de los mercados puede hacer uso los mecanismos que estime convenientes para restaurar el normal funcionamiento de los mercados, por lo que, a más de la imposición de una multa, puede dar órdenes o instrucciones<sup>106</sup> encaminadas a preservar los mismos, como es el caso de reportar en el RUP las sanciones que en materia de prácticas restrictivas de la competencia impone. Por lo tanto, el reproche aquí examinado no tiene vocación de prosperidad.

**QUINTO:** Que de conformidad con el artículo 49 de la Ley 1955 del 25 de mayo de 2019, se estableció que:

**"ARTÍCULO 49. Cálculo de valores en UVT.** A partir del 1 de enero de 2020, todos los cobros, sanciones, multas, tasas, tarifas y estampillas, actualmente denominados y establecidos con base en el salario mínimo mensual legal vigente (smmlv), deberán ser calculados con base en su equivalencia en términos de la Unidad de Valor Tributario (UVT). En adelante, las actualizaciones de estos valores también se harán con base en el valor de la UVT vigente".

En tal virtud, la **DIRECCIÓN DE IMPUESTOS Y ADUANAS NACIONALES** fijó, mediante Resolución No. 56 del 22 de noviembre de 2018, la Unidad de Valor Tributario (UVT) para el 2019 en TREINTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SETENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$34.270.00) y mediante Resolución No. 84 del 28 de noviembre de 2019, fijó la Unidad de Valor Tributario (UVT) vigente para el 2020 en TREINTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS SIETE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$35.607.00).

De acuerdo con lo anterior, el Despacho procederá a expresar las sanciones impuestas, tanto aquellas que se modifiquen como las que se confirmen en la presente Resolución, en UVT vigentes en 2019, año de imposición de las sanciones, así como para el 2020.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

#### RESUELVE:

**ARTÍCULO PRIMERO: MODIFICAR** los numerales 2.1., 2.3. y 2.6. del **ARTÍCULO SEGUNDO** de la Resolución No. 71584 de 2019, en relación con los montos de las multas impuestas a **ALIMENTOS DAZA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, COMERCIALIZADORA DUSFRIVER S.A.S. y BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.**, los cuales quedarán así:

**"ARTÍCULO SEGUNDO: IMPONER** a los anteriores agentes de mercado responsables de violar el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992 las siguientes multas:

**2.1. A INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT 900.664.307-1, una multa de **VEINTITRÉS MILLONES CIENTO OCHENTA Y SIETE MIL DOSCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS MONEDA CORRIENTE (\$23.187.248.00)** equivalentes a **VEINTIOCHO SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (28 SMMLV)**.

(...)

**2.3. A COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, identificada con NIT 900.135.976-8, una multa de **SEISCIENTOS CUATRO MILLONES QUINIENTOS VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS OCHENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$604.524.680.00)** equivalentes a **SETECIENTOS TREINTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (730 SMMLV)**.

(...)

**2.6. A BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.**, identificada con NIT 900.927.230 - 1, una multa de **TREINTA Y TRES MILLONES CIENTO VEINTICUATRO MIL SEISCIENTOS**

<sup>106</sup> Artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, modificadorio del numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**CUARENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$33.124.640.00) equivalentes a CUARENTA SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (40 SMMLV).**

(...)"

**ARTÍCULO SEGUNDO: MODIFICAR** los numerales 5.1. y 5.2. del **ARTÍCULO QUINTO** de la Resolución No. 71584 de 2019, en relación con los montos de las multas impuestas a **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ** y **ANDREA ROSAS DÍAZ**, los cuales quedarán así:

**\*ARTÍCULO QUINTO: IMPONER** a las siguientes personas naturales responsables por ejecutar o tolerar las infracciones a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, las siguientes multas:

**5.1. JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.748.523, una multa de **OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA PESOS MONEDA CORRIENTE (\$8.281.160.00) equivalentes a DIEZ SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (10 SMMLV)** por ejecutar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

**5.2. A ANDREA ROSAS DÍAZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 53.099.355, una multa de **CINCUENTA Y OCHO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS TREINTA Y SEIS PESOS MONEDA CORRIENTE (\$58.796.236.00) equivalentes a SETENTA Y UN SALARIOS MÍNIMOS MENSUALES LEGALES VIGENTES (71 SMMLV)** por ejecutar la infracción a lo dispuesto en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992.

(...)"

**ARTÍCULO TERCERO: CONFIRMAR** en sus partes restantes la Resolución No. 71584 del 9 de diciembre de 2019.

**ARTÍCULO CUARTO: EXPRESAR** las sanciones impuestas en los artículos **SEGUNDO** y **QUINTO** de la Resolución No. 71584 del 9 de diciembre de 2019, incluidas las modificaciones contenidas en la presente resolución, en Unidades de Valor Tributarias (UVT) vigentes para 2019, año de imposición de las sanciones, y del año 2020, vigentes al momento de expedición de la presente resolución, así:

SANCIONADO	SANCIÓN IMPUESTA EN PESOS	SANCIÓN IMPUESTA EN UVT 2019	SANCIÓN IMPUESTA EN UVT 2020
ALIMENTOS DAZA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN	\$ 23.187.248	676,604843886781	651,199146235291
HUGO NELSON DAZA HERNANDEZ	\$173.904.360	5.074,53632915086	4.883,99359676468
COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.	\$604.524.680	17.640,0548584768	16.977,6920268487
ALIMENTOS SPRESS S.A.S.	\$335.386.980	9.786,60577764809	9.419,13050804617
NAMASTÉ FOOD S.A.S.	\$219.450.740	6.403,58155821418	6.163,13477686972
BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.	\$33.124.640	966,578348409688	930,284494621844
ANDREA ROSAS DÍAZ	\$58.796.236	1.715,6765684272	1.651,25497795377
JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ	\$8.281.160	241,644587102422	232,571123655461
GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR	\$8.281.160	241,644587102422	232,571123655461
NESTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO	\$13.249.856	386,631339363875	372,113797848738
STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ	\$33.124.640	966,578348409688	930,284494621844

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

**ARTÍCULO QUINTO:** NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **INDUSTRIA DE ALIMENTOS DAZA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN**, identificada con NIT. 900.664.307-1, **HUGO NELSON DAZA HERNÁNDEZ**, identificado con C.C. 11.410.421, **COMERCIALIZADORA DISFRUVER S.A.S.**, identificada con NIT. 900.135.976-8, **ALIMENTOS SPRESS S.A.S.**, identificada con NIT. 830.023.946-2, **NAMASTÉ FOOD S.A.S.**, identificada con NIT. 900.400.775-0, **STELLA TÉLLEZ HERNÁNDEZ**, identificada con C.C. 41.687.837, **BEST COLOMBIAN FRUITS S.A.S.**, identificada con NIT. 900.927.230-1, **ANDREA ROSAS DÍAZ**, identificada con C.C. 53.099.355, **JUAN PABLO FONSECA SÁNCHEZ**, identificado con C.C. 79.748.523, **GEIMI SOLEIMI DAZA VILLAR**, identificada con C.C. 1.022.373.139, y **NÉSTOR ALEJANDRO CASTELBLANCO GARCÍA**, identificado con C.C. 1.054.708.689, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

**ARTÍCULO SEXTO:** COMPULSAR copias de la presente Resolución y de la Resolución No. 71584 de 2019 a la **CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPÚBLICA**, identificada con NIT. 899.999.067-2, a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, identificada con 800.152.783-2, a la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN**, identificada con NIT. 899.999.119-7, y a la **AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**, identificada con NIT. 900.514.813-2, para los fines de sus competencias.

**ARTÍCULO SÉPTIMO:** COMPULSAR copias de la presente Resolución y de la Resolución No. 71584 de 2019 a la **CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, identificada con NIT. 860.007.322-9, lugar donde las sociedades sancionadas se encuentran registradas, con el fin de que dicha sanción sea inscrita en su respectivo Registro Único de Proponentes.

**ARTÍCULO OCTAVO:** COMPULSAR copias de la presente Resolución y de la Resolución No. 71584 de 2019 a la Delegatura para la Protección de la Competencia de esta Superintendencia con el fin de que evalúe si existe mérito suficiente para iniciar una investigación preliminar contra **JOSÉ FIDEL ALDANA CORTÉS** y **LUIS ALBEIRO TORRES LONDOÑO**, por haber presuntamente incurrido en las infracciones que se sancionan en el presente acto administrativo.

**NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE**

Dada en Bogotá D.C., a los 16 JUN 2020

**EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO**

  
**ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ**