



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

RESOLUCIÓN **7615** DE 2020

(**26 FEB 2020**)

Radicación No. 16-445553

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

EL SUPERINTENDENTE DE INDUSTRIA Y COMERCIO

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente la prevista en el numeral 34 del artículo 3 del Decreto 4886 de 2011, en concordancia con el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, y,

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que mediante Resolución No. 73079 del 12 de diciembre de 2019¹ (en adelante Resolución No. 73079 de 2019 o Resolución Sancionatoria), la Superintendencia de Industria y Comercio determinó que **SM EDUCACIÓN S.A.** (en adelante “**SM**”), incurrió en la responsabilidad prevista en el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, al infringir lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

Así mismo, se determinó que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO** incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, por haber ejecutado la conducta prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 (prohibición general).

En consecuencia, la Superintendencia de Industria y Comercio impuso sanciones pecuniarias a las personas jurídicas y naturales, así:

Tabla No. 1. Sanción Persona Jurídica - Resolución No. 73079 de 2019

PERSONA JURÍDICA		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	SM EDUCACIÓN S.A.	\$ 1.279.439.220.00

Tabla No. 2. Sanciones Personas Naturales - Resolución No. 73079 de 2019

PERSONAS NATURALES		
	SANCIONADO	MONTO DE LA SANCIÓN
1	ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA	\$ 95.233.340.00
2	JAIME MARCO FRONTELO	\$ 5.796.812.00

SEGUNDO: Que una vez notificada la Resolución No. 73079 de 2019 y dentro del término legal, **SM**, **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO** interpusieron recursos de reposición. A continuación, se expondrán los diferentes argumentos planteados por los recurrentes:

¹ Folio 4555 a 4583 del cuaderno público No. 27 del Expediente. Entiéndase que en el presente acto administrativo, cuando se habla de Expediente se hace referencia al radicado No. 16-445553.

2.1. Argumentos comunes presentados por SM, ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA y JAIME MARCO FRONTELO

- Los indicios han sido tema de discusión por la jurisprudencia y la doctrina, pues no son una prueba directa de un hecho, sino que son el resultado de un análisis del juez. Según la doctrina, los indicios son objeto de prueba, no medio de prueba y según la jurisprudencia del Consejo de Estado, una sanción a base de indicios no es suficiente para que se declare la responsabilidad.
- Se utilizó principalmente el indicio como medio de prueba para demostrar la supuesta conducta anticompetitiva en la que incurrió **SM**, solo dos correos fueron utilizados como material probatorio para indicar que los mismos son prueba suficiente de una conducta contraria a la libre competencia.
- El hecho de que **SM** no participó en el acuerdo entre los demás proponentes para que ampliaran el plazo y el contrato celebrado con **DIFUSORA LAROUSSE DE COLOMBIA LIMITADA** (en adelante "**LAROUSSE**") no son conducentes para demostrar una conducta anticompetitiva. No se entiende el razonamiento lógico para llegar a dicha conclusión, debido a que no se demostró de manera inequívoca el nexo entre el hecho probado y el hecho indiciario.
- No existía "*certeza total*" sobre la responsabilidad del investigado. Se ignoró la valoración de las pruebas aportadas que generaban una duda razonable de que no existió una conducta anticompetitiva.
- Según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, existe la posibilidad de que la interpretación de un hecho pueda abrirse a varias hipótesis o interpretaciones, por lo que no puede sustentarse una sanción únicamente en indicios.
- El análisis probatorio fue deficiente y se llegó a conclusiones a partir de premisas falsas. No se presentó ninguna prueba de que la información era confidencial, ni de quién fue el emisor de la información, ni la manera fraudulenta e ilegítima por medio de la cual se obtuvo la información privilegiada.
- El indicio es una prueba indirecta que debe permanecer como elemento de interpretación y ponderación de otras circunstancias. Sin embargo, se utilizó como única prueba que demuestra una práctica restrictiva de la competencia por parte de los investigados, desconociendo el principio *in dubio pro administrado*.
- El comportamiento de los investigados generó beneficios a todos y no a unos pocos. Se omitió la superioridad del Material Pedagógico entregado por **SM** en la audiencia de adjudicación. Esa superioridad, derivó en beneficios palpables para los consumidores, el mismo Estado, quien asume los costos, y los estudiantes, quienes toman provecho de unos recursos académicos adecuados.
- Existe una ausencia total de pruebas respecto de la existencia de precios que afecten el mercado. No se demostró algún incremento en los precios y, por ende, un pago indebido a **SM**, pues sus precios eran competitivos y en nada difieren de la dinámica del mercado, toda vez que a la fecha los colegios gozan del Material Pedagógico que hasta el momento han requerido.
- No se obstruyó la participación de terceros, contrario a la afirmación de una supuesta baja participación dentro del proceso contractual, la misma estuvo dentro del promedio de licitaciones anteriores.
- Las empresas que logran la adjudicación de licitaciones infringiendo normas de competencia, están destinadas al incumplimiento de los contratos adjudicados. Solo el agente de mercado que obtenga de manera lícita un contrato contará con recursos y experiencia para llevarlo a buen término. **SM** ha dado cumplimiento total y acorde a las reglas pactadas en la adjudicación, sin sanciones por incumplimiento en desarrollo del contrato.
- Si bien en procesos licitatorios el mercado relevante debe restringirse al proceso contractual mismo, existió un error en la lista de supuestos competidores habilitados, así como los criterios empleados en la conformación de la misma.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- Existe una diferencia entre las licitaciones nacionales y departamentales en la medida en que los requisitos habilitantes, la capacidad financiera y organizacional y las entidades que intervienen son puntos determinantes en una u otra. En este sentido, no es cierta la lista de supuestos competidores habilitados presentada por la Superintendencia de Industria y Comercio.
- Los supuestos principales proveedores del Estado mencionados en el Informe Motivado solo coinciden con algunos de los plasmados en la Resolución Sancionatoria y que fueron encontrados en el análisis de la oferta realizado por **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE** (en adelante “**CCE**”). Incluso, **EDITORIAL SANTILLANA S.A.S.** (en adelante “**SANTILLANA**”) y **EDITORIAL LIBROS Y LIBROS S.A.** (en adelante “**L&L**”), que habían participado en licitaciones nacionales, al menos desde 2012, no aparecen en el estudio pero sí pudieron participar en el proceso.
- Del listado presentado en la Resolución Sancionatoria, solo **SM** y **EDUCAR EDITORES S.A.** (en adelante “**EDUCAR**”) han realizado licitaciones nacionales y similares a la analizada en la presente investigación.
- El cumplimiento de los requisitos del proceso no son los únicos factores determinantes para que una empresa defina si participa o no en él. También son relevantes los proyectos preexistentes, así como la planeación comercial de la empresa. Adicionalmente, existen figuras como la de unión temporal por lo que las empresas podrían asociarse para cumplir con dichos requisitos, tal y como lo hicieron la totalidad de proponentes del proceso. Lo anterior evidencia indudablemente que no existía una cantidad exorbitante de proveedores que cumplieran los requisitos.
- Las citas y análisis de la Resolución Sancionatoria están basados en temas relacionados con colusiones en licitaciones, cuando la comisión de ese acuerdo fue descartada desde los inicios de la investigación e incluso, de oficio, no se inició ninguna actuación al respecto.
- No se identificó el supuesto sujeto emisor de la información, pues se realizaron conjeturas erróneas y no se buscó la verdad. Era necesario ir más allá de la interpretación parcializada de tres (3) correos intercambiados entre funcionarios de una misma empresa y demostrar fehacientemente la ilicitud de la conducta reprochada.
- Se cometió un “error” y “deliberada confusión” al tratar indistintamente dos conceptos que guardan relación, pero contienen características diferentes, como lo son información confidencial e información privilegiada. El régimen colombiano no contempla definiciones legales para dichas figuras y no toda información privilegiada es información confidencial.
- Se citó como referente un articulado normativo aplicable al sector financiero desde el punto de vista comercial y penal que no guarda ninguna relación con el caso bajo estudio, convirtiéndose las mismas normas en fundamentos impertinentes.
- La información privilegiada se obtiene con ocasión a la profesión u oficio que una persona desarrolle, por lo que los investigados no tendrían como acceder a información de este tipo, pues para la época del proceso de contratación ninguno trabajaba con el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** (en adelante “**MEN**”) o **CCE**.
- Era imperativo demostrar quién fue el supuesto emisor de la información privilegiada, pues de no haber sido un sujeto calificado, la misma perdería dicha calidad.
- Según la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “*la categoría de información clasificada “como confidencial o secreto”, no puede dejarse a la simple estipulación o interpretación de que pueda llegar a serlo, sino que la prevención o la protección debe ser tan clara que, al primer contacto que el agente o empleado tiene con la misma, debe entender que se encuentra frente a datos confidenciales, especiales, ya que ese conocimiento expreso sirve de factor vinculante para que el comportamiento de quien tiene acceso a información de esa clase se adecúe a las circunstancias del caso*”.
- El tratamiento confuso que se realizó sobre (i) las figuras de información confidencial e información privilegiada; (ii) la falta de claridad sobre el supuesto sujeto emisor de una información y (iii) la carencia de pruebas respecto de un acceso ilegítimo, indiscutiblemente dejan sin sustento las conclusiones plasmadas en la Resolución Sancionatoria.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- No se demostró un acceso fraudulento, ni la realización de maniobras contrarias a la ley respecto de la consecución de la información que se reprocha de manera indebida a **SM**.
- Existió una ausencia de análisis probatorio, respecto de los correos intercambiados entre **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**, **JAIME MARCO FRONTELO** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** posteriores al 17 de junio de 2016, donde se hace evidente que el intercambio de información entre los mismos continuó, se refleja el arduo trabajo que estaban desarrollando y la inexistencia de un solo comentario que demuestre que daban por ganada una licitación, pues no existía presión competitiva.
- Los correos intercambiados después del 17 de junio de 2016 eran relevantes para la licitación y confidenciales frente al equipo de **SM**. Sin embargo, sesgadamente se omitió ese aspecto y se consideraron apreciaciones falsas que derivaron en conclusiones falsas.
- El artículo 29 de la Constitución Política impone el deber a los jueces y a la administración pública de fundar sus decisiones en las pruebas recaudadas en el proceso, constituyéndose en una grave violación al debido proceso la ausencia de valoración de la totalidad del material probatorio que se allegue por las partes.
- Se omitió sin justificación alguna el análisis de varias pruebas, entre otras, el correo del 10 de junio de 2016, del 13 de junio de 2016 y del 17 de junio de 2016.
- Entre los directivos de una empresa es normal que circule información que no debe ser conocida por el resto de sus empleados por múltiples razones, entre ellas, que podría llegar a ser revelada a terceros en determinados casos o que nunca se socialice por haber radicado en meras especulaciones, rumores o proyectos que no deban materializarse al interior de una compañía.
- Si **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** en el correo del 13 de junio de 2016 tenía la certeza de que el número de páginas no lo sabrían hasta la publicación de los pre-pliegos, es evidente que ella conocía el carácter confidencial de estos datos. Lo anterior es una prueba más de que los investigados no tenían acceso a información confidencial y, mucho menos, la intención de acceder a la misma de manera anticipada e irregular.
- No es cierto el supuesto tiempo aproximado que **SM** obtuvo de ventaja respecto de los demás competidores, cuyo porcentaje fue de 34.61%. Dicha conclusión tiene yerros matemáticos porque deliberadamente se decide realizar el cálculo sin tener en cuenta las fechas citadas. Supuestamente **SM** obtuvo un total de dieciocho (18) días calendario de ventaja, con base en un correo del 17 de junio de 2016, conclusión errada pues de haber existido ventaja, solo serían once (11) días, lo cual equivale al 12.2%.
- Se concluyó, de manera irrespetuosa y sesgada que las razones altruistas planteadas por los investigados, con relación al derecho a la educación con el que cuentan los niños en Colombia, son falacias *ad misericordiam*.
- Entre el 10 de junio de 2016 y la audiencia de adjudicación, existieron correos relevantes entre tres (3) directivos que si eran confidenciales dentro de **SM** y hacia terceros competidores, que “*sospechosamente y de manera equivocada*” se omitieron para intentar clasificar la información como confidencial de cara a la licitación.
- Del correo del 18 de junio de 2016 no es cierto que la propuesta de empezar a contratar haya surgido porque se accedió a alguna información que otorgó alguna ventaja con la que no contaran el resto de competidores, puesto que el sector de las editoriales y, por ende, los participantes del mismo es reducido y es necesario asegurar personal de cara a una licitación.
- No pueden tomarse como indicios las propuestas e ideas planteadas por los directivos de **SM**, pues es normal opinar, preguntar, compartir ideas que pueden o no ser acogidas, algo que evidentemente no paso porque, se reitera, las primeras contrataciones de personal son del 1 de julio de 2016, luego de la publicación de los pre-pliegos del proceso de contratación.
- Con múltiples testimonios se probó la existencia de rumores en el medio de las editoriales, pero se usó “*un tono burlesco*” para referirse al argumento presentado por los investigados.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Concluir que lo clave sería el número de páginas en la licitación no puede ser algo confidencial ni concreto, pues es una conjetura apenas lógica y previsible, la cual ni siquiera requiere de un experto en la materia.
- Se reprochó la eficiencia y buen desempeño de **SM** al participar en la totalidad de los segmentos y querer sacar el mayor provecho posible de un negocio, lo que era algo apenas lógico.
- No se demostró que las muestras que se exigirían en el proceso de contratación no hayan sido conocidas por el resto de los participantes, porque no se les preguntó ni se revisaron sus correos.
- No se analizó la totalidad de los argumentos ni de las pruebas expuestas por **SM** en el traslado del Informe Motivado, situación que evidencia la transgresión del derecho de defensa, específicamente en la garantía de contradicción.
- No solo se omitieron argumentos planteados por los investigados, sino testimonios de personas concedoras del sector editorial como los mismos competidores, participantes del medio o antiguos trabajadores del **MEN**.
- El proceso contractual conocido como "*Singapur*" no fue una mera adaptación de cualquier tipo de metodología, toda vez que dicha licitación fue casi idéntica al proceso de contratación objeto de investigación. De manera errada al realizar la valoración probatoria se hizo una comparación superflua de los objetos de los procesos contractuales, sin revisar sus contenidos y exigencias.
- **SM** no realizó un desarrollo editorial de autoría en su totalidad, sino que adaptó la serie *Applica* del sector privado para el material a entregar en el proceso de contratación, lo que materialmente le dio una ventaja legítima sobre los demás oferentes.
- **SM** no creó un material nuevo desde cero, sino redujo el contenido de una serie creada previamente. Tal y como lo expuso **JAIME MARCO FRONTELO**, fue menos difícil porque era ir "*de lo mucho a lo menos*", toda vez que el material para el sector privado es más complejo que el del sector público.
- Si bien el 2 de junio de 2016 **WILLIAM MEJÍA BOTERO** firmó una cláusula de confidencialidad, su firma en nada impide la comunicación de información que no sea catalogada como confidencial y comentarios sobre información general.
- No se tuvieron en cuenta los requisitos que deben cumplirse para que una información deba ser considerada como confidencial, pues la simple manifestación no es suficiente: (i) la información no debe ser de naturaleza pública; (ii) solo es conocida por ciertas personas; (iii) se deben haber implementado medidas para su protección y (iv) su uso no autorizado podría generar perjuicios al emisor de dicha información.
- Si bien para la configuración del artículo 1 de la Ley 155 de 1959 no se hace necesario identificar el emisor de la información, para catalogar la información como confidencial sí se debe tener certeza de quién la difundió.
- Como ente investigador, la Superintendencia de Industria y Comercio, cuenta con la facultad de pedir correos, hacer visitas y realizar requerimientos, actividades que no realizó para demostrar quién era el "*amigo del Ministerio*" nombrado en el correo del 10 de junio de 2016 por **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**.
- No es posible afirmar que aún si **SM** cuenta o no con experiencia, ello no otorga ningún tipo de ventaja distinta a la que supuestamente obtuvo con el acceso a información confidencial.
- Se desconoció por completo la naturaleza de la actividad editorial en cualquier proceso de contratación iniciado por el Estado y se dejó de lado, sin fundamento técnico o legal, la experiencia con la que cuentan los investigados y, por ende, la ventaja que ello le otorgó a **SM** bajo la lógica del mercado y de las reglas de la experiencia.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

- Una confusión en la lectura de los pliegos no es relevante para cuestionar si los investigados tienen una amplia experiencia en procesos de contratación con el Estado, porque no estuvo relacionada con temas como el contenido de las muestras solicitadas o la paginación de los materiales.
- Las consideraciones en relación con el contrato de licencia para la explotación de una obra literaria celebrada entre **SM** y **LAROUSSE**, fueron precipitadas y sin fundamento alguno puesto que, sin dar argumentos o explicaciones adicionales, se trató como un supuesto “*indicio*”.
- Se ignoró que el acercamiento que se dio entre **SM** y **LAROUSSE** fue en un contexto legítimo que interesaba a las dos empresas, y que por esta razón no podía constituir un indicio del supuesto aprovechamiento que estaba buscando **SM**.
- La decisión ocasionó un “*daño*”, pues a pesar de que **SM** ha cumplido a cabalidad el contrato, no existen investigaciones en la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA** o **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** en relación con actos de corrupción, se pone en tela de juicio la ética empresarial de una organización como **SM**.
- Sobre el impacto de la conducta en el mercado es importante que se tenga en cuenta, tal y como lo indicó la Delegatura, que la adjudicación del contrato transcurrió con absoluta normalidad y que **SM** ha cumplido a cabalidad con el contrato.
- Respecto del beneficio obtenido por la conducta, debe destacarse que el hecho de que la empresa haya sido adjudicataria en cinco (5) de los seis (6) segmentos se debe a la amplia experiencia de la compañía.
- Las utilidades generadas por la compañía entre 2016 y 2019 ascienden a un valor de \$1.742.264.390.00 pues debe considerarse que **SM** participó en el proceso a través de uniones temporales que significaban diferentes gastos. En este sentido, el beneficio económico fue considerablemente menor al valor de las órdenes de compra.
- El supuesto beneficio obtenido por **SM** con la conducta no representaba ningún beneficio para **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** o **JAIME MARCO FRONTELO** como personas naturales. Esto puede evidenciarse en las respectivas declaraciones de renta.
- Sobre el grado de participación en la conducta tanto de **SM** como de las personas naturales sancionadas, se reitera que la información que resultó una ventaja competitiva para la compañía no era confidencial ni privilegiada.
- Más que neutra, la conducta procesal de **SM** y de las personas naturales asociadas a la empresa fue positiva pues desde la averiguación preliminar estuvieron a disposición de la Superintendencia de Industria y Comercio, entregaron toda la información solicitada y no obstaculizaron la investigación.
- Para el caso particular de **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO**, se recuerda que fueron citados a una diligencia de ampliación de información la cual ambos solicitaron aplazar por encontrarse fuera de la ciudad en un evento institucional de la empresa. Sin embargo, se decidió no volver a agendar la misma. Esta disponibilidad y seguimiento por parte de los investigados es muestra de su interés por aclarar los hechos analizados en este caso, sin que esto fuera posible.
- **SM** participó a través de la figura de uniones temporales de modo que esto reduce su participación y utilidad como consecuencia del proceso. Por esta razón, el monto impuesto como sanción resulta exorbitante.
- El criterio de reiteración de la conducta prohibida no fue tenido en cuenta para graduar la sanción impuesta a **SM**.
- Para el caso de las personas naturales, se solicita que al criterio de reiteración de la conducta le sea otorgado mayor importancia a la hora de reevaluar el monto de las sanciones.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

- Se solicita considerar el monto de sanción impuesto a **SM** con el fin de que equivalga a un porcentaje menor al 14,9% de su patrimonio. De igual manera, que las sanciones impuestas a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO** equivalgan a un porcentaje menor al 11,5% del patrimonio de cada uno de ellos.
- Durante el proceso de contratación no se limitó en ningún momento la competencia ni la participación de otros proponentes. El mismo fue justo y se rigió por los principios de igualdad y transparencia pues todos los oferentes pudieron participar en el mismo. Además, en ningún momento se presentó un incremento en los costos para el Estado ni un aumento significativo en los precios de los productos o reducción en su calidad. Por el contrario, los materiales de **SM** fueron escogidos por su calidad sobresaliente.
- No se presentaron asimetrías de información entre los proponentes. Si la Superintendencia de Industria y Comercio "*hiciera un ejercicio juicioso y revisara los dispositivos de todos los participantes en el Proceso de Contratación, encontraría que todos contaban con la misma información en la etapa previa y durante el Proceso pues esta circulaba en el medio en el que todos se desenvuelven*".
- No puede afirmarse que haya habido una afectación al bienestar social pues se logró el objetivo perseguido con el contrato. Tampoco hubo una pérdida irrecuperable de eficiencia por existir un aumento indebido de las utilidades de algún participante.

TERCERO: Que de conformidad con lo establecido en el artículo 79 de la Ley 1437 de 2011 - Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo - CPACA, los recursos de reposición deben resolverse de plano, salvo que al interponerlos se hubiera solicitado la práctica de pruebas o el funcionario competente considere necesario decretarlas de oficio.

En tal medida, en razón a que en el presente trámite no se presentaron solicitudes probatorias por los recurrentes, diferentes a aportar una prueba documental que obraba previamente en el Expediente administrativo, este Despacho considera viable entrar a resolver los recursos de reposición que fueron interpuestos contra la Resolución No. 73079 de 2019, dando respuesta a los argumentos presentados en la oportunidad legal pertinente por los impugnantes.

3.1. Consideraciones preliminares

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

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 indiscutible de que las actuaciones adelantadas por la Superintendencia de Industria y Comercio están encaminadas en velar por la protección del derecho constitucional colectivo a la libre competencia económica en los mercados nacionales previsto en el artículo 88 y 333 de la Constitución Política, que establecen la libre competencia económica y que la actividad económica y la iniciativa privada son libres dentro de los límites del bien común, y el Estado deberá evitar 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.

Así, la *economía social de mercado* es el concepto acuñado por la jurisprudencia constitucional para referirse al modelo económico adoptado por la Constitución Política de Colombia, en el cual la libre competencia económica y, por ende, la libre concurrencia de los diferentes agentes económicos al mercado, constituye su columna vertebral. Según la Corte Constitucional², la libertad de competencia acontece cuando un conjunto de empresarios o de sujetos económicos, bien se trate de personas naturales o jurídicas, dentro de un marco normativo y de igualdad de condiciones, ponen sus esfuerzos o recursos a la conquista de un mercado de bienes y servicios en el que operan otros sujetos con intereses similares. Se trata propiamente de la libertad de concurrir al mercado ofreciendo determinados bienes y servicios, en el marco de la regulación y en la ausencia de barreras u obstáculos que impidan el despliegue de la actividad económica lícita que ha sido escogida por el participante.

² Corte Constitucional. Sentencia C-032 de 2017.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

La conservación de un sano clima agonal entre las fuerzas económicas que participan en el mercado, redundará en enormes beneficios para el consumidor que podrá escoger entre diversas cantidades y calidades de productos, y gozar de mejores precios y de las últimas innovaciones. Por su parte, los empresarios, si los mercados son abiertos y transparentes, se ponen a cubierto de conductas abusivas y encontrarán siempre un incentivo permanente para aumentar su eficiencia. La competencia, como estado perpetuo de rivalidad entre quienes pretenden ganar el favor de los compradores en términos de precios y calidad, al mediatizarse a través de las instituciones del mercado, ofrece a la Constitución económica la oportunidad de apoyarse en ellas con miras a propugnar la eficiencia de la economía y el bienestar de los consumidores.”³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

³ Corte Constitucional. Sentencia C-535 de 1997.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Es así como, protegiendo la libre competencia económica y la rivalidad entre las empresas en los mercados, se garantizan unas condiciones de mayor equidad para todos los ciudadanos y empresarios. En las economías de mercado como la nuestra, la competencia es un factor dinamizador del desarrollo económico, al paso que la evidencia empírica ha demostrado que las naciones con mercados domésticos con importantes niveles de competencia, tienen niveles y tasas más altas de crecimiento en su ingreso *per cápita* respecto de aquellas en las que no se hace una eficaz y eficiente protección de la competencia⁴.

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

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

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

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

*Parece que esto se explica principalmente porque la competencia conlleva una mejora en la eficiencia de asignación al permitir que las empresas más eficientes entren en el mercado y ganen cuota, a expensas de las menos eficientes (el llamado efecto entre empresas). Por ende, la regulación o **los comportamientos contrarios a la competencia y a la expansión pueden ser particularmente perjudiciales para el crecimiento económico**. Además, la competencia también mejora la eficiencia productiva de las empresas (el llamado efecto dentro de la misma empresa), pues parece que las que enfrentan competencia están mejor gestionadas. Esto es aplicable incluso en sectores con fuerte trascendencia social y económica: por ejemplo, cada vez existen más pruebas de que la competencia en la prestación de servicios de salud puede mejorar la calidad de los servicios”⁵. (Subraya y negrilla fuera de texto original).*

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

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

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

⁵ OCDE, “Ficha informativa sobre los efectos macroeconómicos de la política de competencia”. Octubre de 2014, p. 2 y 3.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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

Es así que en el ámbito de la contratación estatal la adecuada ejecución de las compras públicas a través del alineamiento de los procedimientos a los fines y principios estatales permite **el libre acceso de diversos oferentes a los procesos de selección y, con ello, se logra una asignación eficiente de los escasos recursos públicos. Lo anterior, no solo tiene por objetivo último garantizar la transparencia, igualdad de oportunidades y selección objetiva en los procesos contractuales sino también la libre competencia en el mercado.** De esta manera, es función de la Superintendencia de Industria y Comercio velar por la protección de la libre competencia en los mercados nacionales y, en tal virtud, fomentar la transparencia y la competencia en los procesos de selección contractual adelantados por las entidades estatales.

En consecuencia, comportamientos dirigidos a modificar artificialmente los resultados de una adjudicación defrauda el interés público que atañe el cumplimiento de los fines estatales y, además, los intereses legítimos de los demás proponentes que participan en la competencia por ese mercado. Esa conducta es considerada como una de las infracciones a la libre competencia de mayor impacto, debido a que no solo vulnera el derecho colectivo constitucional de la libre competencia económica, sino también los bienes y los recursos públicos. Sobre este doble impacto, esta Superintendencia ha señalado que:

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

Por lo anterior, cuando se afecta el bien jurídico de la libre competencia tutelado por esta Entidad en procesos de contratación con el Estado, también se afectan valores como la selección objetiva, la eficiencia y eficacia del uso de los recursos públicos para el cumplimiento de los fines Estatales y la confianza misma que los administrados tienen en la administración. En estos términos, la colusión en procesos públicos de selección se convierte en una de las prácticas restrictivas de la competencia más nocivas para el Estado.”⁶ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Tal y como lo ha reiterado esta Superintendencia en otras oportunidades⁷, conductas contrarias a la libre competencia en la contratación estatal, pueden producir, entre otros, los siguientes efectos negativos: **(i) limita la competencia y la participación de otros proponentes en un proceso de selección justo y regido por los principios de igualdad y transparencia;** **(ii) el Estado resulta afectado por el incremento en los costos que representa la participación de proponentes no idóneos;** **(iii) se generan asimetrías de información entre los proponentes;** **(iv) pueden incrementarse injustificadamente los precios de los productos o reducirse su calidad;** **(v) se afecta negativamente el bienestar social, al darse una pérdida irrecuperable de eficiencia en el mercado debido al aumento indebido de las utilidades percibidas por algunos participantes.**

Por lo anterior, las conductas anticompetitivas en procesos de contratación pública, no solo son reprochadas a través del numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, descripción típica del

⁶ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 83037 de 2014.

⁷ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 64400 de 2011.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ordenamiento jurídico colombiano que condena tanto las conductas que tengan por objeto la colusión en procesos de selección, como aquellas que tengan como efecto la distribución de la adjudicación de tales procesos o la fijación de los términos de las propuestas, sino que además son censuradas a través de la segunda caracterización de la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como son las "prácticas, procedimientos o sistemas tendientes a limitar la libre competencia".

En este punto es importante señalar que el argumento de los recurrentes según el cual las citas y consideraciones dadas en la Resolución Sancionatoria están relacionadas exclusivamente con "colusiones en licitaciones", es completamente impertinente. Semejante planteamiento denota un evidente desconocimiento del régimen de protección de la competencia y olvida que, según el numeral 3 del artículo 45 del Decreto 2153 de 1992, se entiende como conducta anticompetitiva "[t]odo acto o acuerdo", por lo que una conducta que constituya un acuerdo dentro de un proceso de contratación pública, se puede adecuar típicamente a la descripción prevista en el numeral 9 del artículo 47 del Decreto 2153 de 1992, como también una conducta que constituya un acto, dependiendo de sus particularidades, se podría adecuar típicamente en la prohibición general contenida en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

En tal medida, las consideraciones presentadas en la Resolución No. 73079 de 2019 son absolutamente pertinentes y transversales al analizar cualquier caso de conductas anticompetitivas en el contexto de licitaciones públicas, con independencia de que se trate de un acuerdo o un acto anticompetitivo –diferente a los previstos en el artículo 48 del Decreto 2153 de 1992–. De igual forma, es evidente que el reproche realizado a los investigados en el acto administrativo recurrido, está relacionado con una práctica tendiente a limitar la libre competencia proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, que no por la comisión de un acuerdo anticompetitivo, por lo que el referido argumento no deja de ser inoportuno.

No está de más recordar que cualquier forma que busque o en efecto logre alterar las condiciones mediante las cuales se desarrollan los procesos de selección con el Estado, contraviene no solo la ética empresarial, sino también las normas de competencia y las que regulan la contratación estatal, y que incluso en algunos eventos pueden derivar en consecuencias penales a través de la tipificación de la conducta prevista como delito en el artículo 410-A del Código Penal⁸.

Bajo este contexto, vale la pena insistir en que la investigación adelantada por la Superintendencia de Industria y Comercio dio cuenta, a través de diversas pruebas como declaraciones, documentos y correos electrónicos, que **SM** tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso de contratación pública adelantado por **CCE** a través del Instrumento de Agregación de Demanda para la Edición y Distribución de Material Pedagógico **LP-105-AG-2016**, en el marco del Convenio Interadministrativo No. 1207 de 2016 celebrado con el **MEN**, y que con dicha ventaja logró materializar decisiones que le permitieron participar desde una posición privilegiada y resultar adjudicatario sin mayor presión competitiva, conducta que se adecuó perfectamente a la descripción típica prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como una *práctica tendiente a limitar la libre competencia económica*.

En el presente caso, se analizó una cadena de correos electrónicos iniciada el 10 de junio y finalizada el 17 de junio de 2016, en la que participaron **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos), **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**), en esa conversación discutieron información que para ese momento tenía carácter confidencial relacionada con el proceso de selección contractual y con ella tomaron decisiones para preparar la propuesta que posteriormente se presentó por parte de **SM** en el proceso contractual.

Precisamente, la información del proceso de selección contractual se hizo pública el 28 de junio de 2016 con la publicación en **SECOP II** por **CCE**. Con anterioridad a esa fecha, la información era confidencial. A partir de las fechas de la cadena de correos electrónicos, que empezó el 10 de junio

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

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

de 2016 y terminó el 17 de junio de 2016, se encontró probado que la información confidencial a la que accedieron los investigados tiene fecha anterior a su publicación oficial.

En efecto, se logró corroborar que aquella información estaba relacionada con datos puntuales de la estructuración y evaluación del proceso de selección contractual, por ejemplo, la referida cadena de correos muestra información detallada y abundante en relación con que: **(i)** se iba a evaluar un programa de formación; **(ii)** en el equipo de evaluadores de lenguaje no había personas cercanas a **SM**, pero en matemáticas sí; **(iii)** se iban a dividir los grados escolares en grupos; **(iv)** lo clave era el número de páginas; **(v)** el plazo de entrega de los Materiales Pedagógicos de muestra y **(vi)** las muestras que el **MEN** pediría de los Materiales Pedagógicos para presentar la oferta.

Tan concreto fue el acceso a información confidencial que los investigados en forma prematura se enteraron sobre cuáles eran específicamente las muestras que deberían entregarse al presentar la oferta, eso es “[e]l material con el que van a evaluar (...) 2° y 5°: libro, cuaderno y guía (...) 6°, 9° y 11°: libro y guía”, aspecto que no habían sido divulgado al público para el 17 de junio de 2016.

En ese sentido, a partir del acceso a información confidencial, el beneficio se materializó en que **SM**: **(i)** desde ese momento concentró y diseñó tareas, trabajos preliminares y contacto de potencial y futuro personal externo; **(ii)** fue la única empresa que cubrió todos los segmentos del proceso de selección a pesar de lo justo del tiempo; **(iii)** tuvo suficiente tiempo para licenciar una parte de los Materiales Pedagógicos y con esto que **LAROUSSE** se presentara al segmento 3; **(iv)** fue adjudicatario directo e indirecto de todos los segmentos ofertados; y **(v)** logró sortear con comodidad el hecho de que era la primera vez en procesos de contratación pública que se incluía como objeto contractual la edición de los textos educativos, lo cual implicaba un esfuerzo novedoso para las editoriales.

En razón a lo anterior, se encontró demostrado que **SM** tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso de selección contractual objeto de investigación, sin todas las restricciones que existían para los demás proponentes e interesados, con lo que logró materializar dicha ventaja en decisiones que le permitieron participar desde una posición privilegiada y resultar adjudicatario sin mayor presión competitiva, conducta que se adecuó perfectamente a la descripción típica prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, como una *práctica tendiente a limitar la libre competencia económica*.

Así mismo, se encontró demostrado, de acuerdo con las pruebas obrantes en el Expediente, que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) y **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**), en razón a los cargos que desempeñaban en **SM**, tuvieron acceso directo a información confidencial, relacionada con la estructuración del proceso de selección contractual objeto de investigación, con lo que lograron materializar decisiones que finalmente llevaron a que dicha compañía participara desde el comienzo en una posición privilegiada y resultara adjudicataria sin mayor presión competitiva, por lo que incurrieron en la responsabilidad prevista en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado la práctica anticompetitiva.

Precisado lo anterior, y teniendo claras las razones por las que los investigados resultaron sancionados, a continuación se resolverán los recursos de reposición interpuestos, dando respuesta a cada uno de los argumentos presentados por los impugnantes. A efectos de su análisis, este Despacho agrupó los argumentos comunes contenidos en cada uno de los recursos de reposición, así:

3.2. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la valoración probatoria

Los recurrentes en forma coincidente señalaron que los indicios han sido tema de discusión por la jurisprudencia y la doctrina, pues no son una prueba directa de un hecho, sino que son el resultado de un análisis del juez. Según la doctrina, los indicios son objeto de prueba, no medio de prueba y según la jurisprudencia del Consejo de Estado, una sanción a base de indicios no es suficiente para que se declare la responsabilidad.

En ese orden de ideas, indicaron que se utilizó principalmente el indicio como medio de prueba para demostrar la supuesta conducta anticompetitiva en la que incurrió **SM** y que solo dos correos fueron

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

utilizados como material probatorio para indicar que los mismos son prueba suficiente de una conducta contraria a la libre competencia.

En el mismo sentido, alegaron que el indicio es una prueba indirecta que debe permanecer como elemento de interpretación y ponderación de otras circunstancias. Sin embargo, se utilizó como única prueba que demuestra una práctica restrictiva de la competencia por parte de los investigados, desconociendo el principio *in dubio pro administrado*.

De otra parte, indicaron que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, existe la posibilidad de que la interpretación de un hecho pueda abrirse a varias hipótesis o interpretaciones, por lo que no puede sustentarse una sanción únicamente en indicios. Agregaron que no existía “*certeza total*” sobre la responsabilidad de los investigados y que se ignoró la valoración de las pruebas aportadas que generaban una duda razonable de que no existió una conducta anticompetitiva.

Los argumentos presentados por los recurrentes, que en esencia se dirigen a cuestionar el uso de indicios en la Resolución Sancionatoria, no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que a continuación pasan a exponerse.

En primer lugar, debe advertirse a los recurrentes la forma como debe efectuarse la valoración probatoria en las actuaciones administrativas a la luz de las normas procesales aplicables. Sobre el particular, vale la pena recordar que en Colombia, el juez o, en el caso que nos ocupa, la Superintendencia de Industria y Comercio en su condición de autoridad administrativa, tiene la obligación de hacer una apreciación en conjunto de las pruebas, acudiendo a las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia. Lo anterior, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso:

“Artículo 176. Apreciación de las pruebas. Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos. (...)” (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Frente al denominado principio de unidad de prueba o apreciación en conjunto, la Corte Constitucional ha sostenido lo siguiente:

“(...) Adicionalmente, en el campo probatorio rige otro importante principio denominado “unidad de la prueba”, en virtud del cual se considera que todas las pruebas del proceso forman una unidad y por consiguiente el juez debe apreciarlas en conjunto, esto es, en forma integral. La razón de ser del mismo es que la evaluación individual o separada de los medios de prueba no es suficiente para establecer la verdad de los hechos y se requiere, además de ella, efectuar la confrontación de tales medios para establecer sus concordancias y divergencias y lograr conclusiones fundadas y claras sobre aquella verdad (...)”⁹ (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

Por su parte, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha señalado, en relación con la forma como debe hacerse la valoración probatoria, lo que se cita a continuación:

“(...) En ese orden de ideas (...) el régimen probatorio de los juicios administrativos concibe como prueba jurídica cualquier medio contentivo de información que sea útil para la formación del convencimiento del juez y (...) el principio de la libre valoración racional o libre convicción del juez, directamente relacionado con la libertad de los medios probatorios, se expresa en una doble connotación, por cuya virtud, en su aspecto negativo, implica ausencia de regulación que predetermine la eficacia o necesidad de un específico medio probatorio para un hecho concreto, mientras que en su ámbito positivo constituye un amplio reconocimiento al poder del juez para determinar, conforme a la sana crítica, los criterios de valoración de la prueba en cada caso, con el deber de expresar en la motivación el raciocinio que le permitió fundar su convicción. (...)”¹⁰ (Negrilla y subrayado fuera de texto original).

⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-274 de 2012.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia del 26 de junio de 2015. Rad. No. 200012331000 2003 01951 01.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

En el mismo sentido, la Corte Suprema de Justicia indicó lo siguiente:

*“(…) conviene precisar que por virtud del sistema de valoración probatoria consagrado en el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **el juez está en el deber de evaluar, con sentido de integridad, los diversos medios de prueba aducidos por las partes para forjar su convicción acerca de los hechos materia de averiguación, (…). Lo anterior, por cuanto es posible que al considerarlos de manera aislada carezcan de significación probatoria, pero “... al unirlos o interrelacionarlos con otras pruebas, aflore todo su grado de persuasión para la elaboración del trazado fáctico del proceso”** (G.J. t. CCVIII, pág. 151).”¹¹ (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

También reiteró la Corte Suprema de Justicia que el propósito fundamental del análisis de las pruebas en conjunto estriba en que solo así se logra averiguar o encontrar las convergencias y divergencias de lo que se debate:

*“(…) La valoración en conjunto de las pruebas, de que trata el artículo 187 del Código de Procedimiento Civil, **supone “la comparación recíproca de los distintos medios, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse”** (Casación Civil., Sentencia del 6 de junio de 1995)¹². (Negrilla y subrayado fuera de texto original).*

A partir de lo anterior, puede afirmarse que el sistema jurídico colombiano prevé como principio esencial del análisis probatorio la valoración de las pruebas en conjunto, mediante la aplicación de las reglas de la sana crítica y las máximas de la experiencia, principio que se predica también de las actuaciones administrativas, como las que adelanta la Superintendencia de Industria y Comercio como autoridad de protección de la libre competencia en Colombia.

Así mismo, respecto de la sana crítica, la doctrina sostiene lo siguiente:

“Las reglas de la sana crítica son, ante todo, las reglas del correcto entendimiento humano. En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.

*El juez que debe decidir con arreglo a la sana crítica, no es libre de razonar a voluntad, discrecionalmente, arbitrariamente. Esta manera de actuar no sería sana crítica, sino libre convicción. **La sana crítica es la unión de la lógica y de la experiencia, sin excesivas abstracciones de orden intelectual, pero también sin olvidar esos preceptos que los filósofos llaman de higiene mental, tendientes a asegurar el más certero y eficaz razonamiento.**”¹³ (Negrilla fuera de texto original).*

En tal medida, debe ponerse de presente que las conclusiones vertidas en la Resolución Sancionatoria, en particular aquellas relacionadas con la existencia de una práctica tendiente a limitar la libre competencia, son el resultado de un análisis integral, en conjunto y no fraccionado del material probatorio como sugieren los recurrentes con el propósito de alegar que no existe prueba que determine su responsabilidad.

Lo anterior representa una razón más que suficiente por la que cualquier argumento de los recurrentes dirigido a desacreditar o valorar aisladamente la prueba, desconociendo la coincidencia que presenta con los demás elementos probatorios que obran en el Expediente deba ser rechazado, toda vez que una posición en ese sentido desconoce abiertamente la obligación legal de valoración conjunta de la prueba prevista en la ley procesal y en la jurisprudencia nacional.

En segundo lugar, debe aclararse a los recurrentes que la apreciación en conjunto del material probatorio, no implica necesariamente que los hechos que interesan a la actuación administrativa

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 26 de agosto de 2004. Rad. No. 7779.

¹² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 30 de septiembre de 2010. Rad. No. 110013103022 1998 01485 01.

¹³ Couture, Eduardo J. “Fundamentos de derecho procesal civil”. Ediciones Depalma. 1962. Citado por la Corte Constitucional. Sentencia C-622 de 1998.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

se encuentren demostrados únicamente a través de indicios, que en cualquier caso es un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de conductas anticompetitivas. En tal medida, una cuestión es la valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica y, otra distinta, que aunque guarda ciertos rasgos coincidentes, la estructuración del medio probatorio denominado como indicios.

Precisado lo anterior, independientemente de las discusiones doctrinarias en torno a que si el indicio es objeto o medio de prueba, lo cierto es que el régimen probatorio previsto en nuestra legislación procesal civil, y aplicable a este procedimiento administrativo, contempla los indicios como un medio de prueba absolutamente útil para la formación del convencimiento, en este caso, de la autoridad administrativa con el propósito de determinar la existencia o no de prácticas restrictivas de la competencia económica.

En efecto, según el artículo 165 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, **los indicios**, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.

Particularmente, esta Superintendencia en otras ocasiones¹⁴ ha reconocido que los indicios son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas. Al respecto ha sostenido que:

"[L]os indicios no solo son un medio de prueba absolutamente idóneo para probar conductas anticompetitivas y otros hechos en el derecho colombiano, sino que además son el medio probatorio más idóneo en el derecho de la competencia. Las prácticas restrictivas de la competencia, como la presente, pueden ser probadas y de hecho son probadas por medio de indicios que lleven al absoluto convencimiento de que la conducta existió." (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

En idéntico sentido, el Tribunal de Defensa de la Libre Competencia¹⁵ en Chile, reconoce en los indicios un medio de prueba procedente para determinar la existencia de infracciones de las normas de competencia económica.

"[L]a existencia de un acuerdo o práctica concertada entre agentes económicos puede ser acreditada tanto por prueba directa como indirecta, e incluso, solo por prueba indirecta. En efecto, en la mayoría de los casos, la existencia de acuerdos o prácticas concertadas deben inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de una explicación coherente, la prueba de una infracción a las normas de competencia." (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Ahora bien, en la jurisprudencia nacional, el Consejo de Estado, máxima corporación de la jurisdicción contencioso administrativa se ha pronunciado específicamente sobre los indicios para demostrar específicamente la existencia de prácticas restrictivas de la competencia. Sobre el particular ha considerado que:

"[L]a autoridad administrativa se ve forzada a demostrar la existencia de los acuerdos anticompetitivos por medio de indicios y pruebas, que sumadas permiten determinar que varias compañías son partícipes de un acuerdo restrictivo de la competencia."

(...)

Estos indicios pueden ser comunicaciones verbales o escritas entre los competidores que indican un ánimo de llevar a cabo una conducta comercial que tiene efectos sobre la competencia. Puede tratarse, por ejemplo, de comunicaciones o reuniones en las cuales los competidores se intercambian información sensible (información actual y desagregada) sobre aspectos estratégicos tales como precios, zonas de influencia, fechas de lanzamientos de nuevos productos, etc. (...)" (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

¹⁴ Superintendencia de Industria y Comercio. Resolución No. 68972 de 2013.

¹⁵ Tribunal de Defensa de la Libre Competencia Chileno. Sentencia N° 57 del 12 de julio de 2007, Rol C-77-05, de, C. 5° del voto de minoría.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

Como puede observarse, desde el punto de vista legal y jurisprudencial, es indiscutible que los indicios representan un medio de prueba completamente idóneo para determinar la existencia de prácticas restrictivas de la competencia económica. En tal medida, los argumentos presentados por los recurrentes con que pretenden relegar ese medio de prueba a un simple “*elemento de interpretación y ponderación de otras circunstancias*”, no solo resulta improcedente, sino que es un esfuerzo infructuoso por tratar de restar la eficacia demostrativa de las pruebas que obran en el Expediente administrativo y, por esa vía, desconocer su responsabilidad.

Adicionalmente, es importante recordarle a los recurrentes que el artículo 176 de la Ley 1564 de 2012 - Código General del Proceso, en relación con la apreciación de las pruebas, lejos de establecer un sistema de tarifa legal o prueba tasada, en que la ley establece específicamente el valor de las pruebas, dando mayor eficacia a unas sobre otras (e.g. indicios), contempló un sistema de sana crítica o persuasión racional, en el cual el operador jurídico debe establecer por sí mismo el valor de las pruebas con base en las reglas de la lógica, la ciencia y la experiencia.

En ese orden de ideas, es importante señalar que la “*certeza total*” pretendida por los recurrentes es un ideal imposible de alcanzar¹⁶, incluso en manifestaciones más exigentes del *ius puniendi* del Estado, como lo es el ámbito de la responsabilidad penal, escenario en donde lejos de exigirse una “*certeza total*” se exige una certeza relativa de índole racional.

Así las cosas, si bien es cierto que existe la posibilidad de que la interpretación de un hecho pueda abrirse a varias hipótesis o interpretaciones, es necesaria e imprescindible la comparación recíproca de los distintos medios de prueba, con el propósito fundamental de averiguar por sus puntos de convergencia o de divergencia respecto de las varias hipótesis que en torno a lo que es materia del debate puedan suscitarse, cuestión que pretenden obviar los recurrentes.

Entonces, en la aplicación del principio *in dubio pro reo*, deben existir dudas, debidamente acreditadas con medios de prueba, que tengan entidad y suficiencia como para crear una verdadera incertidumbre y no meras especulaciones o simples suposiciones que confrontadas con otras pruebas no afloren ningún grado de persuasión del trazado fáctico que interesa a la actuación administrativa.

Descendiendo al caso concreto, existen suficientes pruebas directas que permiten determinar la existencia de información confidencial en la preparación y estructuración del proceso de contratación adelantado a través del Instrumento de Agregación de Demanda **LP-105-AG-2016** y, adicionalmente, que demuestran el acceso que a la misma tuvieron los investigados antes de su publicación oficial, lo que sin lugar a dudas constituye una práctica tendiente a limitar la libre competencia proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

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

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

En este punto es importante señalar que la información del proceso de selección contractual se hizo pública el 28 de junio de 2016 con la publicación que **CCE** realizó en el **SECOP II** con el propósito de convocar a los interesados en participar en el proceso contractual para seleccionar al proveedor del Instrumento de Agregación de Demanda. Este hecho se encuentra plenamente demostrado a partir de prueba documental que obra en el Expediente administrativo.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP4316-2015 de abril 16 de 2015. Rad.: 43262.

¹⁷ Folio 1586 del cuaderno público No. 9 del Expediente. Preservación Web, “*Nuestro Equipo – Organigrama SM*”. Disponible en <http://www.grupo-sm.com/sm/organigrama>. Consultada el 22 de mayo de 2018.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 1. Aviso de Convocatoria Licitación Pública LP-105-AG-2016

Actividad	Fecha	Lugar
Firma del Instrumento de Agregación de Demanda	3 de octubre de 2016	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx
Entrega de la garantía única de cumplimiento	6 de octubre de 2016	Carrera 7 No. 26-20 Piso 17, Bogotá, D.C.
Aprobación de la garantía única de cumplimiento	10 de octubre de 2016	SECOP II https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx

Las fechas y plazos antes indicados podrán variar de acuerdo con la Ley y con las condiciones previstas. Colombia Compra Eficiente publicará el Cronograma final en el pliego de condiciones definitivo que acompaña al acto administrativo de apertura.

13. Los interesados pueden consultar los Documentos del Proceso LP-105-AG-2016 en el SECOP II, <https://community.secop.gov.co/STS/CCE/Login.aspx>.

El presente aviso se publica en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 2.2.1.1.2.1.2 del Decreto 1082 de 2015.

Bogotá D.C., 28 de junio de 2016

5

GOBIERNO DE COLOMBIA

Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

www.colombiacompra.gov.co

Fuente: Documento contenido en el Expediente¹⁸ (Recuadro rojo no original).

La anterior circunstancia permite encontrar plenamente acreditado que con anterioridad al 28 de junio de 2016, la información relacionada con aspectos claves de la estructuración y exigencias que se harían para la escogencia del proveedor del Instrumento de Agregación de Demanda era confidencial, esto es, no había sido publicada al público por los cauces establecidos legalmente.

Así las cosas, a efectos de analizar la pertinencia y utilidad de la información que se intercambió en la cadena de correos electrónicos iniciada el 10 de junio de 2016 y finalizada el 17 de junio de 2016, en la que participaron los investigados, y que a continuación será presentada, es importante tener en cuenta tres aspectos.

El primer aspecto que resulta relevante es el momento en que sucedió el intercambio de información. Efectivamente, este comenzó el **10 de junio de 2016** y terminó antes de la publicación del aviso de convocatoria pública del proceso contractual en el **SECOP II**, esto es, el 28 de junio de 2016. El segundo aspecto que es importante destacar está relacionado con que las tres personas involucradas en la cadena de correos electrónicos ocupaban en esa época cargos de dirección

¹⁸ Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

dentro de **SM**¹⁹, lo que les facultaba para decidir qué hacer con la información sin necesidad de autorizaciones o permisos de terceros. El último aspecto atañe al contenido de la información, la cual se caracteriza, de un lado, por ser acertada y específica con respecto a lo que iba a establecerse en los pliegos de condiciones y, del otro, por ser confidencial para la fecha de la cadena de correos electrónicos objeto de análisis.

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

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

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

Buenas tardes Rodrigo, Jaime,

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

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

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

Saludos,²⁰. (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, la prueba presentada permite evidenciar claramente que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** tenía un “amigo del Ministerio” que para el 10 de junio de 2016 le proporcionó información de carácter “confidencial” respecto del proceso licitatorio en que **SM** se encontraba interesado en participar para esa época. Este acceso anticipado e indebido de

¹⁹ Folios 834 a 837 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

²⁰ Folio 1534 del cuaderno público No. 9 del Expediente. Ruta de acceso: 01_PC_ISABEL_ARBOLEDA_GTE_GRAL_SM.ad1/C:\Windows[NTFS][root]/Users/IARBOLEDA/Documents/Archivos de Outlook/archive.pst/[deleted]/RE: Grupo licitación MEN. Object ID 1524523. Tomado del computador de **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** en visita administrativa del 27 de noviembre de 2017.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

información tenía como inequívoco propósito o finalidad "ir adelantando el trabajo de cara a la licitación del MEN".

La anterior conclusión lejos de significar un análisis probatorio "deficiente" o una "premisa falsa" como lo consideran los recurrentes, constituye una apreciación o valoración que no requiere mayor abstracción de orden intelectual con el propósito de inferir de esa prueba y su contexto los hechos que se encontraron demostrados en la Resolución Sancionatoria y que permitió alcanzar un grado de persuasión suficiente respecto de lo ocurrido. En otras palabras, la falta de una explicación coherente por parte de los investigados, aunada al contexto en que fue enviado el correo electrónico, y los detalles que contenía, permiten otorgarle el suficiente carácter demostrativo a dicha prueba para encontrar acreditado el acceso a información confidencial.

Es importante anotar que si en realidad fuera cierto lo sostenido por los recurrentes respecto a que la información contenida en la cadena de correos electrónicos iniciada el 10 de junio de 2016 y finalizada el 17 de junio de 2016 era pública, no se entiende por qué **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** consideró precisamente para ese momento que la misma les podría servir para ir pensando como adelantarse en el proceso de contratación. Es decir, si todos los interesados en participar en el proceso contractual para seleccionar al proveedor del Instrumento de Agregación de Demanda también conocían de esa información o tenían acceso a la misma, no se encuentra una explicación razonable a la intención develada expresamente por la investigada, máxime cuando para esa época no se había publicado el Aviso de Convocatoria Licitación Pública **LP-105-AG-2016**.

De la prueba analizada lo que sí se desprende válidamente es que la única explicación razonable para que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** no solo advirtiera que estaba compartiendo "información confidencial", sino que además reconociera que la misma les era de utilidad para adelantarse en la preparación de la "licitación del MEN", era por el hecho de que los demás interesados en participar aún no tenían conocimiento sobre la misma, lo que ratifica que **SM** accedió a información que, aunque posteriormente se daría a conocer al público, para ese momento era confidencial. No sobra reiterar que, si como en este caso una empresa tiene información a la que otras no pueden acceder o replicar fácilmente y que es valiosa para competir, podría darse la situación de que potenciales competidores se vean imposibilitados para entrar al mercado²¹.

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

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

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

Hablamos cuando haya novedades
Un abrazo
R

Grupo Editorial SM

²¹ Comisión Federal de Competencia Económica – **COFECE**. Repensar la competencia en la Economía Digital (2018). Estudios de Promoción de la Competencia. p. 25. Disponible en: https://www.cofece.mx/wp-content/uploads/2018/03/RepensarlaCompetenciaenlaEconomiaDigital_01022018.pdf.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

Hola Rodrigo,

Nos reunimos al medio día y **decidimos** lo siguiente:

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

Saludos,²² (Subraya y negrilla fuera de texto original).

La prueba presentada evidencia que para el 13 de junio de 2016, **SM** accedió a información clave de la estructuración y exigencias del proceso de contratación que le permitieron el desarrollo de estrategias eficientes y efectivas, al punto de que quince (15) días antes de la publicación del Aviso de Convocatoria Licitación Pública **LP-105-AG-2016**, adoptaron decisiones encaminadas a materializar la ventaja ilegítima que el acceso a información confidencial les proporcionaba.

Así mismo, la comunicación analizada permite corroborar que la firma del "acuerdo definitivo de confidencialidad" por parte del "amigo del Ministerio", no representaba ningún impedimento para que a través de ese contacto se mantuviera el acceso a información confidencial respecto de las exigencias que se realizarían para escoger al proveedor del Instrumento de Agregación de Demanda, lo que sin lugar a dudas representada una ventaja ilegítima sobre los demás proponentes.

En ese sentido, puede evidenciarse que si bien existía falta de información en lo que serían ciertas exigencias para participar en el proceso contractual, **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** tenía planificada una nueva reunión con el propósito de corregir anticipadamente esa asimetría y continuar recibiendo información confidencial acerca de las actuaciones del **MEN**, pues además de que estaba enterada de las reuniones que se llevaban a cabo sobre el particular, cualquier información relevante le sería transmitida por su "amigo" del **MEN**.

El tercer correo, se trata del mensaje que el 17 de junio de 2016 remitió **JAIME MARCO FRONTELO** (Director Editorial de **SM**) a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** (Representante Legal y Gerente General de **SM** para la época de los hechos) y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**). Dicha comunicación permite evidenciar a qué información concretamente para ese momento tuvo acceso **SM** respecto de la estructuración de las exigencias que tendría el proceso contractual y, así mismo, la ventaja que le representó conocerla anticipadamente.

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

Hola Rodrigo e Isabel,

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

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

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

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

²² Folio 1534 del cuaderno público No. 9 del Expediente. Ruta de acceso: 01_PC_ISABEL_ARBOLEDA_GTE_GRAL_SM.ad1/C:\Windows\NTFS\[root]\Users\IARBOLEDA\Documents\Archivos de Outlook/archive.pst/[deleted]/RE: Grupo licitaci3n MEN. Object ID 1525223.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

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

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

Si tenemos acceso a alguna nueva información vamos escribiendo.

Un abrazo

Jaime (...)”²³ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

Como puede apreciarse, el 17 de junio de 2016, antes de la publicación oficial del proceso de selección contractual, **SM** a diferencia de otros competidores tuvo “**acceso a nueva información de la licitación**” relacionada con aspectos claves sobre las exigencias que se realizarían, lo que claramente le permitió asegurarse una participación sin ninguna preocupación por la presión competitiva que otros interesados en participar le pudieran generar.

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

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

En este punto es importante anotar que el argumento dirigido a señalar que existió un yerro matemático al momento de determinar el tiempo aproximado que **SM** obtuvo de ventaja respecto de los demás competidores, es absolutamente equivocado, debido a que los recurrentes convenientemente asumen que para dicho cálculo debía tenerse en cuenta el correo del 17 de junio de 2016.

Por el contrario, este Despacho para determinar que **SM** habría obtenido dieciocho (18) días calendario de ventaja sobre los demás interesados que se enteraron de las condiciones y términos del proceso de selección contractual solo hasta el 28 de junio de 2016 con su publicación oficial en el **SECOP II**, lo que aproximadamente significó un 34,61% más de tiempo respecto del que otros competidores tuvieron en el proceso contractual para preparar y presentar sus ofertas, tuvo en consideración que el acceso a información confidencial inició, por lo menos, desde el 10 de junio de 2016.

De tal modo, al no existir ningún yerro matemático en el cálculo realizado en la Resolución Sancionatoria, los argumentos presentados para tratar infructuosamente de aminorar o reducir la evidente ventaja ilegítima que obtuvo **SM**, se rechazan por infundados.

De otra parte, particularmente en el proceso de selección contractual objeto de investigación, ninguna observación presentada al pre pliego de condiciones logró que se otorgara una prórroga en el cronograma inicial, el cual siempre se mantuvo intacto. Precisamente, sobre el particular, los recurrentes señalaron que su argumento según el cual se opusieron a la ampliación del plazo para la entrega de ofertas debido a que si se toman en cuenta los tiempos de producción, impresión y

²³ Ibídem.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

distribución de material pedagógico se hubiera privando a los estudiantes de gozar de su derecho fundamental a la educación, fue resuelto de manera irrespetuosa y sesgada considerándolo como una falacia *ad misericordiam*.

Sobre el particular, este Despacho debe aclararle a los recurrentes que calificar un argumento como una falacia, contrario de representar un irrespeto o una consideración sesgada, constituye el análisis para determinar si un argumento tiene validez o es débil o nulo, a la luz del material probatorio que obre en el expediente administrativo.

En tal medida, el hecho que **SM** se opusiera a la ampliación del plazo para la presentación de las ofertas no es una circunstancia que desvirtúa la práctica anticompetitiva en que incurrió. Por el contrario, es un indicio que, valorado en conjunto con las demás pruebas que evidencian que **SM** accedió a información confidencial relevante con al menos dieciocho (18) días de anticipación, permite deducir que la razón por la que estuvo de acuerdo con el cronograma inicial, mientras que sus demás competidores solicitaban una prórroga, lejos de estar justificado en que supuestamente una extensión del plazo era inviable para el sector educativo, era el resultado de contar con la ilegítima ventaja que le otorgó el acceso prematuro a información confidencial, en un proceso de selección contractual en que como lo señalaron los investigados “*los tiempos son claves!*”²⁴.

En esa medida, este Despacho confirma la improcedencia del argumento según el cual la razón por la que se opusieron a la ampliación del plazo era por supuestos fines altruistas para no privar a los estudiantes de su derecho a la educación. La excusa presentada por los investigados no solo es un argumento *ad misericordiam*, sino que, aparte de pretender que a diferencia de sus pares, se considere a **SM** como la única empresa altruista en el mercado de ese proceso, también resulta absolutamente impertinente e irrelevante en lo que concierne al objeto de la actuación administrativa.

De aceptarse las postulaciones de los recurrentes, dirigidas a excusar la conducta ilegal que desplegaron a partir de los supuestos fines benévolo que perseguían, haría carrera la tesis de que el fin justifica los medios bajo cualquier circunstancia y se desquiciaría por completo el régimen de protección de la libre competencia económica o cualquier otro régimen administrativo sancionatorio. Así, cualquier agente económico podría perpetrar una conducta anticompetitiva, como en este caso acceder a información confidencial, en perjuicio de otros competidores, para atribuirse ilegítimamente una ventaja competitiva, con la excusa de estar protegiendo fines altruistas, lo cual es inaceptable.

Precisado lo anterior, la información a la que accedió **SM** fue fundamental porque conoció con anticipación los plazos que se establecerían, lo que facilitó que **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO**, dado los cargos de dirección que tenían al interior de la compañía, pudieran planear y priorizar en tiempo real su agenda de trabajo editorial, adoptaran decisiones y se anticiparan a cualquier otro competidor interesado en participar. Así las cosas, existen diferentes pruebas que, contrario a lo afirmado por los recurrentes, sí permiten establecer la existencia de información confidencial, en qué momento se tenía que dar a conocer al público y el evidente acceso ilegítimo que tuvo **SM**.

Aunado a lo anterior, en la Resolución Sancionatoria también se presentó prueba directa, y lo suficientemente demostrativa de la conducta anticompetitiva que desplegó **SM** con antelación a la presentación de su oferta en el proceso de contratación, que indiscutiblemente refleja el claro propósito de anticiparse indebidamente a las exigencias para la escogencia del proveedor del Instrumento de Agregación de Demanda y, con ello, disminuir cualquier presión competitiva que le pudieran generar sus futuros competidores.

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

²⁴ Correo de 6 de julio de 2016, remitido por **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** a **JAIME MARCO FRONTELO** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**). (Informe Motivado, p. 80).

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

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

RE: Grupo licitación MEN

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

Saludos²⁵ (Subraya y negrilla fuera de texto original).

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

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

A ello debe agregarse que tener acceso a esa información con la antelación con la que **SM** la conoció, le reportó a la compañía de manera ilegítima una ventaja competitiva fundamental en el marco de un proceso de selección en el que, como lo manifestaron expresamente los investigados, "los tiempos son claves!"²⁶.

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

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

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

YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ: Teniendo en cuenta los tiempos, nosotros no podíamos pedir que pues que para un segmento nos presentaran de primero a quinto, todos los libros, porque sabíamos la, la carga que significaba esto para las editoriales. Entonces nosotros hicimos, fue, y eso lo hizo más que todo los disciplinares, que seleccionaron, que son pues los técnicos, seleccionaron dos, eh, grados. Puedo hablar específicamente del segmento, por ejemplo, de segundo a quinto, se seleccionó el segundo y quinto porque esos grados representan como continuidad y se puede ver como

²⁵ Folio 1534 del cuaderno público No. 9 del Expediente. Ruta de acceso: 03_PC_JAIME_MARCO_FRONTILO_GTE_EDITORIAL_SM.ad1/C:\:\NONAME[NTFS]/[root]/Users/jmarco/AppData/Local/Microsoft/Outlook/archive.pst/archive/Principio del archivo de datos de Outlook/Jaime1/RE: Grupo licitación MEN. Object ID 5510731.

²⁶ Correo del 6 de julio de 2016, remitido por **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** a **JAIME MARCO FRONTILO** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** (Subdirector General Internacional del **GRUPO SM**).

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

continuidad y se puede ver que haya una línea frente a todo el segmento, **solamente se pidieron, eh, digamos que presentación de propuestas en estos dos**. De sexto a noveno, creo que también era séptimo y noveno, y décimo y once, solamente se pidió once. Y la idea, una vez se adjudicara el proceso, eh, ya la editorial debía, digamos, que subsanar los hallazgos que se hayan encontrado en la, en la presentación de la propuesta, y adicional, hacer los otros materiales”²⁷.

Como puede observarse, la solución que encontró el **MEN** para que, a pesar de los tiempos tan justos del proceso contractual, se presentaran proponentes y se pudiera dar la adjudicación, fue pedir muestras de los Materiales Pedagógicos para la propuesta²⁸:

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

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

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

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

YULY ANGÉLICA ORTEGA SANTACRUZ: En la publicación de la... **¡En los pliegos!** **¡Desde los pre-pliegos está establecido!** Incluso hay un anexo que explica por qué cada uno de los grados.”²⁹

Las pruebas testimoniales presentadas, junto con el correo del 17 de junio de 2016, ratifican el carácter confidencial que tuvo la información a la que accedió **SM** respecto a la estructuración y evaluación del proceso de selección contractual, en particular los grados en relación con los cuales debían presentarse las muestras, hasta tanto no fue oficialmente publicada por **CCE** en el **SECOP II**, esto es, el 28 de junio de 2016.

²⁷ Folio 3516 del cuaderno público No. 19 del Expediente.

²⁸ Folio 3516 del cuaderno público No. 19 del Expediente.

²⁹ Folio 3516 del cuaderno público No. 19 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Imagen No. 2. Proyecto de Pliego de Condiciones - Licitación Pública LP-105-AG-2016**VI. Características de la Oferta**

El Proponente debe presentar el Material Pedagógico del Segmento para el cual presenta su Oferta cumpliendo la rúbrica de la siguiente forma: (i) dos (2) copias en formato físico y una (1) en formato digital (pdf cerrado en un DVD). El formato físico debe cumplir con las siguientes características: (i) la impresión de páginas interiores en color (4X4); (ii) la impresión de la carátula en color (4X0); y (iii) la encuadernación manual que puede ser argollado, grapado o pegado. El Proponente debe presentar los siguientes Materiales Pedagógicos de acuerdo al Segmento al que presenta su Oferta:

Tabla 9 Material Pedagógico requerido por Segmento

Segmento	Material Pedagógico que debe incluir el Proponente en su Oferta
Segmento 1	Material Pedagógico grado segundo (2º) y grado quinto (5º)
Segmento 2	Material Pedagógico grado sexto (6º) y grado noveno (9º)
Segmento 3	Material Pedagógico grado 11
Segmento 4	Material Pedagógico grado segundo (2º) y grado quinto (5º)
Segmento 5	Material Pedagógico grado sexto (6º) y grado noveno (9º)
Segmento 6	Material Pedagógico grado 11

Fuente: MEN.

20

GOBIERNO DE COLOMBIA



Tel. (+57 1) 795 6600 • Carrera 7 No. 26 - 20 Piso 17 • Bogotá - Colombia

www.colombiacompra.gov.co

Fuente: Documento contenido en el Expediente³⁰ (Recuadro rojo no original).

En otras palabras, la evidencia permite corroborar, sin duda alguna, que los investigados tuvieron información fidedigna y veraz sobre cuáles eran las muestras requeridas para la elaboración de la propuesta antes que estos datos fueran oficialmente publicados y antes que cualquier otro interesado en participar pudiera conocerlos, conducta a todas luces proscrita en la prohibición general prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como una *práctica tendiente a limitar la libre competencia económica*.

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

Tabla No. 1. Aplicación de criterios de información confidencial en el caso concreto

Criterio	Aplicación al caso	Se cumple
Debe darse al público pero no fue o aún no ha sido revelada	La información del proceso de selección contractual se hizo pública el 28 de junio de 2016 con la publicación en SECOP II por CCE . Con anterioridad a esa fecha, la información era confidencial.	
	A partir de las fechas de la cadena de correos electrónicos, que empezó el 10 de junio de 2016 y terminó el 17 de junio de 2016, se tiene que la información confidencial a la que accedieron los investigados tiene fecha anterior a la publicación oficial en SECOP II .	✓
Es concreta	Como se observa en la cadena de correos electrónicos del 10 al 17 de junio de 2016, se accedió a datos puntuales de la estructuración y evaluación del proceso de selección contractual.	
	Por ejemplo, la citada cadena de correos muestra no solo información detallada sino abundante: (i) Se iba a evaluar un programa de formación. (ii) En el equipo de evaluadores de lenguaje no había personas cercanas a SM , pero en matemáticas sí.	✓

³⁰ Folio 17 del cuaderno público No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Criterio	Aplicación al caso	Se cumple
	(iii) Se iban a dividir los grados escolares en grupos. (iv) Lo clave era el número de páginas. (v) El plazo de entrega de los Materiales Pedagógicos de muestra. (vi) <u>Las muestras que el MEN pediría de los Materiales Pedagógicos para presentar la oferta.</u>	
Trae un beneficio para quien la tenga	A partir del acceso a información confidencial, el beneficio se materializó en que: (i) desde ese momento concentraron y diseñaron tareas, trabajos preliminares y contacto de potencial y futuro personal externo; (ii) SM fue la única empresa que cubrió todos los segmentos del proceso de selección a pesar de lo justo del tiempo; (iii) tuvieron suficiente tiempo para licenciar una parte de los Materiales Pedagógicos y con esto que LAROUSSE se presentara al segmento 3; (iv) fueron adjudicatarios directos e indirectos de todos los segmentos ofertados; y (v) lograron sortear con comodidad el hecho de que en procesos de contratación pública era la primera vez que se incluía como objeto contractual la edición de los textos educativos, lo cual implicaba un esfuerzo novedoso para las editoriales.	✓

Fuente: Elaboración Superintendencia de Industria y Comercio.

A partir de la tabla presentada, este Despacho concluyó que las pruebas que obran en el Expediente administrativo permiten determinar que a partir del acceso a información confidencial que respecto del proceso de selección contractual obtuvo **SM**, esta compañía logró tener una ventaja ilegítima y suficientemente significativa para garantizar su participación sin la presión competitiva que tuvieron que soportar otros competidores. En otras palabras, la conducta proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 se encuadró perfectamente en el comportamiento desplegado por los investigados en razón a que **SM** participó en el proceso de selección contractual en unas condiciones que fueron indebidamente ventajosas y limitaron la competencia en el proceso competitivo, lo que a su vez implicó una vulneración a las condiciones de igualdad de oportunidades que debieron tener todos los proponentes y, así mismo, impidió que el **MEN** hubiera podido llevar a cabo una verdadera selección objetiva.

En virtud de la razones expuestas, este Despacho confirma que se encuentra plenamente acreditado que **SM** tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso contractual objeto de investigación con lo que logró materializar decisiones que le permitieron participar desde una posición privilegiada y resultar adjudicatario sin presión competitiva significativa, conducta que se adecúa perfectamente a la descripción típica prevista en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959 como una *práctica tendiente a limitar la libre competencia económica*.

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

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

Igualmente, el material probatorio presentado previamente permite ratificar que **JAIME MARCO FRONTELO** también tuvo acceso directo a información confidencial relacionada con la estructuración del proceso de selección contractual objeto de investigación y, además, que por su calidad de Director Editorial de **SM** para el momento de ocurrencia de los hechos pertinentes para el caso, logró materializar decisiones que finalmente llevaron a que **SM** participara desde el comienzo en una posición privilegiada, pues para el momento en que los otros interesados y proponentes apenas conocían de las condiciones en que había quedado estructurado el proceso de selección contractual, el conocimiento y dirección editorial de **JAIME MARCO FRONTELO**

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

permitió hacer un aprovechamiento ilegítimo de la información confidencial a la que accedieron, lo que le permitió a **SM** participar y resultar adjudicatario sin ninguna presión competitiva significativa.

Así las cosas, el comportamiento de **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **JAIME MARCO FRONTELO** se adecuó a lo previsto en el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992, modificado por el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009, al haber ejecutado la conducta restrictiva de la libre competencia económica proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959.

Adicionalmente, los recurrentes presentaron una serie de argumentos dirigidos a evidenciar la existencia de ciertas pruebas que, a su juicio, darían cuenta que el intercambio de información entre los mismos continuó y, así mismo, reflejarían el arduo trabajo que estaban desarrollando y la inexistencia de un solo comentario que demuestre que daban por ganada una licitación, pues no existía presión competitiva. Para tal efecto, se refirieron específicamente a un correo electrónico del 8 de julio de 2016.

En el mismo sentido, se refirieron a la existencia de correos electrónicos intercambiados después del 17 de junio de 2016 entre **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**, **JAIME MARCO FRONTELO** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** que, en su criterio, eran relevantes para la licitación y confidenciales frente al equipo de **SM**.

Al respecto, este Despacho considera que ninguna de las pruebas referidas por los recurrentes, aun cuando fueran demostrativas del sentido que aseguran tener –arduo trabajo o un escenario de competencia–, se pueden considerar con la eficacia probatoria para controvertir el verdadero contenido y alcance de la información que se intercambió en la cadena de correos electrónicos iniciada el 10 de junio de 2016 y finalizada el 17 de junio de 2016.

Lo anterior debido a que los referidos correos son posteriores a que **SM** aseguró, a partir del acceso a información confidencial, una ventaja ilegítima respecto de los demás interesados en participar en el proceso de selección del proveedor del Instrumento de Agregación de Demanda y, así mismo, ninguna de las pruebas referidas desvirtúan el incontrovertible hecho de que previamente **SM** conoció que “*El material con el que van a evaluar es el siguiente: (...) 2° y 5°: libro, cuaderno y guía (...) 6°, 9° y 11°: libro y guía*”, antes que los demás interesados en participar.

Incluso, lo que sí permitiría corroborar el correo electrónico del 8 de julio de 2016 referido por los recurrentes, es que precisamente para **JAIME MARCO FRONTELO**, quien era el Director Editorial de **SM**, el proceso de contratación objeto de investigación no era similar a otros anteriores y representaba en sus propias palabras “*gran complejidad*”. En efecto, en la referida comunicación le compartió a **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** y **RODRIGO GARCÍA LÓPEZ** su preocupación de que en el proceso de contratación “*(...) piden muchas cosas nuevas que en parte requieren autoría y en parte un proceso de adaptación. Solo esa intervención para ajustarnos a los requerimientos del Ministerio creo que resulta de una gran complejidad*”. (Subrayas y negrillas fuera de texto original).

Lo anterior es apenas un ejemplo de cómo las pruebas obrantes en el Expediente controvierten los argumentos presentados por los recurrentes en el sentido de señalar que el proceso contractual conocido como “*Singapur*” fue casi idéntico al proceso de contratación objeto de investigación. De manera que no solo la comparación de los procesos contractuales, sino que además la prueba referida, permiten a este Despacho confirmar que, como consecuencia del acceso ilegítimo a información confidencial, **SM** logró sortear con comodidad el hecho que en procesos de contratación pública era la primera vez que se incluía como objeto contractual la edición de los textos educativos, lo cual implicaba un esfuerzo novedoso para las editoriales.

En ese orden de ideas, el hecho que ciertas pruebas no tengan el carácter demostrativo pretendido por los recurrentes para fundamentar las excusas o explicaciones por su reprochable conducta, o que a partir de su valoración en conjunto con el resto del material probatorio resulten controvertidas, no es una circunstancia que pueda ser considerada como una violación al debido proceso por supuesta ausencia de valoración del material probatorio. De tal modo, los argumentos presentados por los recurrentes sobre el particular serán rechazados en su totalidad.

De otra parte, los recurrentes sostuvieron que la circunstancia de que **SM** no participó en el acuerdo entre los demás proponentes para que ampliaran el plazo y el contrato celebrado con **LAROUSSE** no son conducentes para demostrar una conducta anticompetitiva. Así, indicaron que no se

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

entiende el razonamiento lógico para llegar a dicha conclusión, debido a que no se demostró de manera inequívoca el nexo entre el hecho probado y el hecho indiciario.

Sobre el particular, este Despacho debe aclarar que el hecho de que en la Resolución Sancionatoria se considerara que las circunstancias que rodearon el “*Contrato de licencia para la explotación de una obra literaria*”³¹ entre **SM** y **LAROUSSE** se constituía en un indicio adicional que ratifica el beneficio ilegítimo que representó para **SM** el acceso a información confidencial, no fue una circunstancia determinante o exclusiva para encontrar configurada la conducta anticompetitiva sancionada.

Por el contrario, independientemente del indicio adicional que pretenden desconocer los recurrentes, lo cierto es que gracias al acceso a información confidencial, **SM** resultó adjudicataria directamente de cinco (5) de los seis (6) segmentos licitados para la escogencia del proveedor del Instrumento de Agregación de Demanda, lo que significa que en cualquier caso, y al margen del “*Contrato de licencia para la explotación de una obra literaria*” con **LAROUSSE**, dicha empresa se hizo al 83,3 % de los segmentos ofertados en la licitación.

En esa medida, tal y como se sostuvo en la Resolución Sancionatoria, las circunstancias que rodearon el “*Contrato de licencia para la explotación de una obra literaria*” con **LAROUSSE**, no descartan necesariamente que **SM** se hubiera aprovechado para concretar a través del referido contrato de licencia, la ventaja ilegítima adquirida al haber tenido acceso a información confidencial sobre todos los segmentos, ventaja que creía que iba a perder porque tenía unos Materiales Pedagógicos de muestra listos para un segmento al que por un supuesto error en la lectura del pliego de condiciones pensaba que no podía presentarse porque le faltaba acreditar experiencia.

De hecho, este Despacho confirma que **SM** se hubiera encontrado con una empresa muy interesada en participar –**LAROUSSE**–, pero con menos experiencia, no deja de ser para un indicio adicional que ratifica el beneficio ilegítimo que para **SM** le representó el acceso a información confidencial. Dicho de otra forma, esa circunstancia fue otra de las maneras en que **SM** pudo concretar con facilidad su presentación, en forma indirecta, al único segmento que le faltaba por cubrir, incluso logrando reducir los cuestionamientos que pudieran formularse como resultado de la práctica anticompetitiva que desplegó en el proceso de selección contractual objeto de investigación.

Por las razones anotadas previamente, los argumentos presentados por los recurrentes en que pretenden desconocer la eficacia demostrativa de las evidencias que fueron presentadas en la Resolución Sancionatoria no tienen ningún mérito de prosperidad y se rechazan por encontrarse completamente desvirtuados.

3.3. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con el carácter de confidencial y/o privilegiado de la información

En forma común los recurrentes señalaron que se cometió un “*error*” y “*deliberada confusión*” al tratar indistintamente dos conceptos que guardan relación, pero contienen características diferentes, como lo son información confidencial e información privilegiada. Agregaron que el régimen colombiano no contempla definiciones legales para dichas figuras y no toda la información privilegiada es información confidencial.

En ese sentido, señalaron que se citó como referente un articulado normativo aplicable al sector financiero, desde el punto de vista comercial y penal, que no guarda ninguna relación con el caso bajo estudio, convirtiéndose fundamentos impertinentes.

Por otra parte, indicaron que según la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio, “*la categoría de información clasificada “como confidencial o secreto”, no puede dejarse a la simple estipulación o interpretación de que pueda llegar a serlo, sino que la prevención o la protección debe ser tan clara que, al primer contacto que el agente o empleado tiene con la misma, debe entender que se encuentra frente a datos confidenciales, especiales, ya que ese conocimiento expreso sirve de factor vinculante para que el comportamiento de quien tiene acceso a información de esa clase se adecúe a las circunstancias del caso*”.

³¹ Folios 668 a 672 del cuaderno reservado general No. 1 del Expediente.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

En tal medida, señalaron que no se cumplieron los requisitos para que una información deba ser considerada como confidencial, pues la simple manifestación no es suficiente: **(i)** la información no debe ser de naturaleza pública; **(ii)** solo es conocida por ciertas personas; **(iii)** se deben haber implementado medidas para su protección y **(iv)** su uso no autorizado podría generar perjuicios al emisor de dicha información.

En ese orden de ideas, precisaron que la información privilegiada se obtiene con ocasión a la profesión u oficio que una persona desarrolle, por lo que los investigados no tendrían como acceder a información de este tipo, pues para la época del proceso de contratación ninguno trabajaba con el **MEN** o **CCE**.

Con fundamento en lo anterior, censuraron que no se identificó el supuesto sujeto emisor de la información, pues se realizaron conjeturas erróneas y no se buscó la verdad y que era necesario ir más allá de la interpretación parcializada de tres (3) correos intercambiados entre funcionarios de una misma empresa y demostrar fehacientemente la ilicitud de la conducta reprochada. Reiteraron que era imperativo la demostración de quién fue el supuesto emisor de la información privilegiada, pues de no haber sido un sujeto calificado, la misma perdería dicha calidad.

Finalmente, concluyeron que el tratamiento confuso que se realizó sobre **(i)** las figuras de información confidencial e información privilegiada; **(ii)** la falta de claridad sobre el supuesto sujeto emisor de una información y **(iii)** la carencia de pruebas respecto de un acceso ilegítimo, indiscutiblemente dejan sin sustento las conclusiones plasmadas en la Resolución Sancionatoria.

Los argumentos presentados por los recurrentes que en esencia se dirigen a cuestionar que la información analizada en la Resolución Sancionatoria tuviera carácter de confidencial y/o privilegiado no tienen ningún mérito de prosperidad y serán rechazados por las razones que a continuación se pasan a exponer.

En primer lugar, es importante aclarar que las consideraciones expuestas en la Sentencia No. 0628 de 2011 por la Delegatura para Asuntos Jurisdiccionales de esta Superintendencia, a partir de la cual se pretenden establecer los requisitos que, a juicio de los recurrentes, serían necesarios para catalogar una información como confidencial y/o privilegiada, se realizaron en un contexto y alcance diferente al que interesa a la presente actuación administrativa. En tal medida, se advierte que se confunde el régimen general de protección de la competencia, previsto en la Ley 155 de 1959, el Decreto 2153 de 1992 y la Ley 1340 de 2009, con los actos de competencia desleal previstos en la Ley 256 de 1996.

En efecto, en la Sentencia No. 0628 de 2011 las consideraciones que se realizaron, en ejercicio de función jurisdiccional, giraban en torno al siguiente problema jurídico "(...) establecer si la prestación de servicios profesionales a otra persona por parte de quien aún ostenta la calidad de trabajador de una persona jurídica, proporcionó la lista de clientes y contrató a otros empleados de la demandante, constituye actos de competencia desleal [violación de secretos e inducción a la ruptura contractual]".

A partir de lo anterior, en la providencia referida se realizó el análisis del acto de competencia desleal previsto en el artículo 16 de la Ley 256 de 1992, denominado como violación de secretos y que se encuentra relacionado con la existencia de "secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales", así como su "divulgación", "explotación" o acceso "legítimamente pero con deber de reserva" o "ilegítimamente".

En ese contexto, contrario a lo referido por los recurrentes, en la Sentencia No. 0628 de 2011 se hizo referencia a los requisitos necesarios que debe tener la información para encontrar configurado el acto de competencia desleal de violación de secretos, al señalar que "Siendo necesario para que se configure la referida conducta, que la información a que se alude: a) sea secreta y que no sea fácilmente accesible, b) tenga un valor comercial y, c) que se hayan adoptado las medidas razonables para mantenerla en secreto".

Como puede apreciarse, en la providencia judicial referida por lo recurrentes, y a partir de la cual pretenden establecer los requisitos que, a su juicio, serían necesarios para catalogar una información como confidencial y/o privilegiada, el verdadero análisis se centró en establecer en **sede judicial** la configuración de un acto de competencia desleal relacionado con la **violación de secretos**, cuestión que por obvias razones es totalmente diferente a la analizada en la presente

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

actuación administrativa relacionada con la existencia de una **práctica tendiente a limitar la libre competencia**.

En tal medida, resulta absolutamente impertinente el argumento planteado por los recurrentes respecto a que la información privilegiada se obtiene con ocasión a la profesión u oficio que una persona desarrolle y debido a que para la época del proceso de contratación ningún investigado trabajaba con el **MEN** o **CCE** no pudieron acceder a información confidencial. Semejante argumento resulta ilógico además de confuso, debido a que en ningún momento se imputó a los investigados haber trabajado en las entidades públicas referidas, por el contrario, uno de los aspectos que se les reprocha en la Resolución Sancionatoria es haber accedido a información en un momento en que la misma era de resorte exclusivo de la entidad pública que estructuraba el proceso de selección, para asegurar que una vez se llevara a cabo su publicación todos los interesados en participar estuvieran en igualdad de condiciones de competir en el proceso.

En segundo lugar, es menester referirse al argumento según el cual se utilizaron fundamentos impertinentes, relacionados con normas aplicables al sector financiero, desde el punto de vista comercial y penal, que no guarda ninguna relación con el caso bajo estudio. Al respecto, contrario a lo sostenido por los recurrentes, debe señalarse que, independientemente de la aplicación en otros sectores de dichas normas, lo cierto es que su sentido y alcance es completamente pertinente para analizar la existencia de información confidencial y/o privilegiada en el marco de la estructuración de un proceso de contratación pública.

Tan así que la jurisprudencia constitucional³² considera completamente válido que el operador jurídico razone por analogía, en aquellos casos en que es posible aplicar una norma a una situación no contemplada explícitamente en ella, pero esencialmente igual, para los efectos de su regulación jurídica, a la que sí lo está. Esta modalidad se conoce en doctrina como analogía *legis*, y se la contrasta con la analogía *juris* en la cual, a partir de diversas disposiciones del ordenamiento, se extraen los principios generales que las informan, por una suerte de inducción, y se aplican a casos o situaciones no previstas de modo expreso en una norma determinada.

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

Así las cosas, en el desarrollo de las actividades propias de la contratación estatal, la publicidad y la igualdad de oportunidades son elementos fundamentales para garantizar que todos los agentes participantes puedan actuar en condiciones que garanticen el libre desarrollo del proceso competitivo y, por esa vía, materialicen el principio de selección objetiva, es decir, que la escogencia se lleve a cabo con el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca, sin tener en consideración factores de afecto o de interés y, en general, cualquier clase de motivación subjetiva³³. Entonces, cualquier distorsión injustificada de estas condiciones afecta el desenvolvimiento natural de sus participantes y la igualdad de oportunidades en las que se espera que estos concurren a rivalizar en los procesos de contratación estatal.

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

³² Corte Constitucional. Sentencia C-083 de 1995.

³³ Ley 1150 de 2007, artículo 5.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

desarrollo del proceso de selección o suficiente para otorgarle una ventaja significativa a quien accede a la misma para participar en el proceso.

La entidad contratante se reserva esta información porque, por su naturaleza, se requiere que los competidores no tengan acceso a ella ni puedan usarla antes del momento oportuno, puesto que su revelación o filtración anticipada tiene la potencialidad de beneficiar injustificadamente a quien la obtenga antes de tiempo y frustrar por completo el proceso competitivo que pretende adelantarse. Dicho de otro modo, si lo que pretende un proceso competitivo es que la adjudicación realizada por el Estado quede en cabeza de la firma más eficiente y competitiva, para tal valoración –selección objetiva– la entidad contratante requiere la garantía de que los competidores han accedido a un mercado en igualdad de condiciones. Algo distinto, se reitera, impide el desarrollo del proceso competitivo y distorsiona la percepción objetiva de cuál es la firma más eficiente.

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

Con fundamento en las razones expuestas, este Despacho confirma que para el presente caso es dable concluir que la información confidencial y/o privilegiada es aquella que (i) debe darse a conocer al público pero no fue o aún no ha sido revelada; (ii) es concreta; y (iii) trae un beneficio para quien la tenga. En ese sentido, de ninguno de los anteriores aspectos que permiten catalogar una información como confidencial y/o privilegiada, e incluso de ninguno de los requisitos que a juicio de los recurrentes permitirían catalogarla como tal, se desprende que sea imperativo la demostración de quién fue el supuesto emisor de dicha información.

Por las razones dadas previamente, este Despacho rechaza los argumentos presentados por los recurrentes dirigidos a cuestionar que la información analizada en la Resolución Sancionatoria tuviera carácter de confidencial y/o privilegiado.

3.4. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con los efectos de la conducta

Los recurrentes sostuvieron que su comportamiento generó beneficios al mercado y que se omitió la superioridad del Material Pedagógico entregado por **SM** en la audiencia de adjudicación. A su juicio, esa superioridad derivó en beneficios palpables para los consumidores, el mismo Estado, quien asume los costos, y los estudiantes, quienes toman provecho de unos recursos académicos adecuados.

En el mismo sentido, censuraron que existe una ausencia total de pruebas respecto de la existencia de precios que afecten el mercado. Agregaron que no se demostró algún incremento en los precios y, por ende, un pago indebido a **SM**, pues sus precios eran competitivos y en nada difieren de la dinámica del mercado, toda vez que a la fecha los colegios gozan del Material Pedagógico que hasta el momento han requerido.

De otra parte, indicaron que no se obstruyó la participación de terceros y que la participación dentro del proceso contractual estuvo dentro del promedio de licitaciones anteriores.

Por último, los recurrentes señalaron que empresas que logran la adjudicación de licitaciones infringiendo normas de competencia están destinadas al incumplimiento de los contratos adjudicados y que solo el agente de mercado que obtenga de manera lícita un contrato contará con recursos y experiencia para llevarlo a buen término. En razón a ello, **SM** ha dado cumplimiento total y acorde a las reglas pactadas en la adjudicación, sin sanciones por incumplimiento en desarrollo del contrato.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Los argumentos presentados por los recurrentes, que en esencia se dirigen a excusar su responsabilidad a partir de una supuesta ausencia de efectos de su conducta, no resultan procedentes y serán rechazados por las razones que a continuación se pasan a exponer.

En primera medida, es importante indicar que los recurrentes en sus argumentos plantearon una conclusión que se desprende de un razonamiento silogístico que evidentemente contiene una premisa falsa que salta a simple vista. Veamos:

Tabla No. 2. Estructura del silogismo

Premisa mayor	Las empresas que logran la adjudicación de licitaciones infringiendo normas de competencia, están destinadas al incumplimiento de los contratos
Premisa menor	SM ha dado cumplimiento total y acorde a las reglas pactadas en la adjudicación, sin sanciones por incumplimiento en desarrollo del contrato
Conclusión	SM no infringió las normas de protección de la competencia

Como puede observarse, el argumento elaborado por los recurrentes asume un juicio universal afirmativo como premisa mayor de su razonamiento, según el cual las empresas que logran la adjudicación de licitaciones infringiendo normas de competencia están destinadas al incumplimiento de los contratos. Al respecto, se advierte que aún si dicho juicio fuese cierto (que no necesariamente lo es), es a todas luces evidente que el cabal cumplimiento de un contrato no anula el reproche por haber logrado su adjudicación a partir de una ventaja ilegítima por el acceso a información confidencial y/o privilegiada.

En el mismo sentido, también se presentaron diferentes argumentos dirigidos a señalar que su comportamiento generó beneficios en el mercado y que se omitió la superioridad del Material Pedagógico entregado por **SM** en la audiencia de adjudicación. A juicio de los recurrentes, esa superioridad derivó en beneficios palpables para los consumidores.

Sobre el particular, debe anotarse que de prosperar dichos argumentos se estaría patrocinando que un agente del mercado estaría habilitado para lograr ilegítimamente la adjudicación de un contrato estatal violando las normas que protegen la libre competencia, bajo el pretexto o la excusa de que sí cumple cabalmente con la ejecución del contrato, se generan beneficios a los consumidores o no existe incremento en los precios, no debería existir ningún tipo de reproche por parte de la Autoridad de Competencia, lo que es a todas luces improcedente. Aceptar semejantes postulaciones de los recurrentes, no solo desquiciaría por completo el régimen de protección de la libre competencia económica, sino que además se generaría un incentivo perverso para falsear la competencia en un escenario donde está llamada a imperar.

Así mismo, este Despacho debe ser categórico en señalar que el reproche que se le realizó a **SM** nada tiene que ver con un incumplimiento del contrato estatal, ni tampoco con un incremento en los precios, aspecto que de haberse encontrado probado hubiera generado un mayor reproche de su conducta. En otras palabras, el hecho de que se probase que el contrato se cumpla a cabalidad o la inexistencia de incrementos de precios, nada dice respecto de la ventaja ilegítima que llegue a emplear un agente de mercado para lograr la adjudicación de un contrato, como tampoco del hecho que a otros competidores se les limitara la posibilidad de competir en igualdad de condiciones por resultar adjudicatarios en el proceso contractual.

En ese orden de ideas, aun cuando fuera cierto que la participación dentro del proceso contractual estuvo dentro del promedio de licitaciones anteriores, o que no se obstruyó la participación de terceros, dichas circunstancias no logran desvirtuar la indiscutible ilegalidad de la conducta de **SM** al acceder a información confidencial, efectivamente utilizarla y haber logrado editar y presentar la totalidad de Materiales Pedagógicos a todos los segmentos en que se dividió el proceso de selección contractual a pesar de todas las restricciones que existían para los demás proponentes e interesados, quienes al no haber accedido con antelación a esta información confidencial no tuvieron la misma oportunidad real de participar y, mucho menos, resultar adjudicatarios.

A partir de las razones expuestas previamente, se rechazan los argumentos presentados por los recurrentes dirigidos a excusar su responsabilidad a partir de una supuesta ausencia de efectos de su conducta.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Por último, llama la atención el señalamiento de los recurrentes relacionado con que la decisión le ocasionó un "daño" a **SM**, pues a pesar de que ha cumplido a cabalidad el contrato, y no existen investigaciones en la **PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN, CONTRALORÍA GENERAL DE LA REPUBLICA** o **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** en relación con actos de corrupción, se pone en tela de juicio la ética empresarial.

Al respecto, es importante anotar que en nuestro ordenamiento jurídico existen diferentes normas que protegen o tutelan distintos bienes jurídicos. Así, por ejemplo, en materia penal se criminalizan determinadas conductas con la finalidad de proteger bienes jurídicos específicos. Lo mismo sucede en materia administrativa con diferentes regímenes sancionatorios como el disciplinario, fiscal, ambiental, aduanero, entre otros.

En tal medida, existen diferentes fuentes de responsabilidad, es decir, una conducta puede ser censurada a la luz de diferentes tipos de responsabilidad, sin que uno sea presupuesto de otro. Por ello, la Corte Constitucional³⁴ ha precisado que se trata de juicios diferentes que buscan proteger bienes jurídicos diversos y que están encaminados, según exista mérito para ello, a imponer sanciones que se caracterizan por ser de naturaleza jurídica distinta.

En el caso concreto de esta Superintendencia, el juicio de reproche que adelanta se trata de un procedimiento de índole administrativo y su objeto se contrae en determinar si existe una infracción a las normas que protegen la libre competencia económica, siendo absolutamente independiente de cualquier tipo de responsabilidad penal, disciplinaria o fiscal, por lo que el argumento de los recurrentes se torna en absolutamente impertinente. Y es que el hecho de que el análisis de determinados hechos no genere responsabilidad en otros ámbitos como el penal, disciplinario o fiscal, no implica que esos mismos hechos no puedan ser analizados por esta Superintendencia, ni mucho menos sancionados.

Aceptar como una justificación válida para liberarse de la responsabilidad, como consecuencia de infringir las normas que protegen la libre competencia, el hecho de que en otros escenarios no se haya encontrado mérito alguno para sancionar a los investigados o que su conducta fue previamente analizada sin determinar ninguna responsabilidad, equivaldría a desconocer que existen bienes jurídicos con diferente naturaleza jurídica que comportan diferentes juicios de reproche como es el caso de la libre competencia económica.

Finalmente, es menester indicarle a los recurrentes que la conducta de la que dio cuenta la decisión adoptada en la Resolución Sancionatoria, no solo efectivamente pone en tela de juicio la ética empresarial de **SM**, tal y como lo afirman, sino que el hecho de encontrar demostrado que incurrió en una práctica tendiente a limitar la libre competencia proscrita en el artículo 1 de la Ley 155 de 1959, implica que renunció a los más elementales mandatos de comportamiento empresarial, violando su deber constitucional, legal y ético de competir en el mercado y, por esa vía, defraudaron desde su inicio el proceso competitivo implementado por el **MEN** y **CCE**.

Por las razones expuestas, se rechazan los argumentos planteados por los recurrentes al encontrarse completamente desvirtuados.

3.5. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con la caracterización del mercado afectado

SM presentó algunos argumentos mediante los cuales reprochó y pretendió invalidar la lista de potenciales proveedores realizada en la sección de caracterización del proceso de selección objeto de análisis en la Resolución Sancionatoria.

Dichos argumentos no son de recibo por este Despacho en la medida en que dicha lista fue únicamente descriptiva de los resultados del estudio realizado por **CCE** y en ningún momento representó la posición o el análisis de esta Superintendencia. Tal y como allí se indicó, fue **CCE** quien efectuó un análisis de la potencial oferta de material pedagógico para el proceso de contratación objeto de análisis y el mismo fue meramente usado en la Resolución Sancionatoria a efectos descriptivos del contexto en el que se realizó el proceso de contratación. En esta medida, no corresponde a la Superintendencia de Industria y Comercio realizar algún juicio de valor sobre la lista expuesta en el estudio y, en gracia de discusión, que la misma tenga algunas variaciones,

³⁴ Corte Constitucional. Sentencia C-720 de 2006.

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

no implicaría por ningún motivo un cambio en las conclusiones a las que llegó este Despacho en la Resolución Sancionatoria.

3.6. Consideraciones del Despacho sobre los argumentos relacionados con las sanciones impuestas

En primer lugar, los sancionados manifestaron que, sobre el impacto de la conducta en el mercado, se debía tener en cuenta que la adjudicación del contrato transcurrió con absoluta normalidad y que **SM** ha cumplido a cabalidad con el mismo.

Si bien lo anterior es reconocido por este Despacho, es importante considerar que esto no significa que la conducta reprochada no haya tenido un impacto sobre el mercado. Como puede apreciarse de la descripción de un Instrumento de Agregación de Demanda presentada en la Resolución Sancionatoria, en conjunto con el análisis de la conducta, la información confidencial que obtuvo **SM**, de manera anticompetitiva, tuvo como resultado que la empresa fuera adjudicada en 5 de los 6 segmentos existentes. Lo anterior hace referencia a la operación primaria del instrumento de demanda. Fue allí en donde se materializó la ventaja anticompetitiva que obtuvo la empresa y que facilitó que la misma fuera designada como proveedora habilitada en la Tienda Virtual del Estado Colombiano.

Que el contrato haya transcurrido con normalidad, implicando que **SM** haya cumplido a cabalidad con sus responsabilidades, en nada desdibuja el efecto anteriormente planteado. Incluso, con la conducta desplegada, potencialmente se estaría afectando la operación secundaria pues la misma refleja unas solicitudes de compra a un proveedor habilitado que fue escogido en un escenario anticompetitivo y de asimetría entre los proponentes. Entonces, es claro que no resulta pertinente asociar el cumplimiento del contrato con el impacto de la conducta pues este último distorsionó todo el proceso decisorio, tanto en la operación primaria como en la secundaria.

En segundo lugar, **SM** indicó que el hecho de que la empresa haya sido adjudicada en 5 de los 6 segmentos se debe a la amplia experiencia de la compañía y no al beneficio obtenido por la realización de la conducta reprochada.

En este punto es importante recalcar que este Despacho en ningún momento controvierte la experiencia que ha tenido **SM** en la producción y edición de materiales pedagógicos. Reflejo de su experiencia puede ser justamente que la empresa ha cumplido a cabalidad con el contrato. Sin embargo, esto no quiere decir que con la conducta ilegal no se haya facilitado la adjudicación de estos segmentos. En otras palabras, mal haría este Despacho en atribuir únicamente a la experiencia de **SM** el resultado del proceso de adjudicación cuando existe evidencia suficiente de que la empresa hizo uso de información confidencial que, por su carácter y contenido, resultaba en una ventaja significativa para competir en las condiciones impuestas en el pliego de condiciones del proceso.

En esta misma línea, **SM** aseveró que se ha debido tener en cuenta que la empresa participó en el proceso a través de uniones temporales, lo que implicó que las utilidades generadas por la compañía como resultado de la adjudicación del contrato hayan sido considerablemente menores.

Al respecto, debe indicarse que dicha información fue tenida en cuenta por este Despacho al momento de analizar la conducta de **SM** en el mercado. Por un lado, para la caracterización del mercado se puso de presente que en todos los segmentos **SM** participó mediante figuras de unión temporal, y por otro, se tuvo en cuenta la información financiera de la empresa, particularmente su patrimonio, para dar cuenta de su capacidad de pago. Es importante recordar que las utilidades no corresponden específicamente a un criterio de dosificación de las sanciones, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009, que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992.

En este mismo orden de ideas, **JAIME MARCO FRONTELO** e **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** aseveraron que el supuesto beneficio obtenido por **SM** con la conducta no representaba beneficio para ellos como personas naturales y que esto podía evidenciarse en sus respectivas declaraciones de renta.

Para este Despacho lo anterior en nada contradice el análisis de dosificación realizado en la Resolución Sancionatoria, toda vez que en ningún momento se argumentó que el beneficio obtenido

“Por la cual se deciden unos recursos de reposición”

por la empresa hubiese sido trasladado de alguna forma a las finanzas de las personas naturales. Adicionalmente, y como quedó consignado en tal ejercicio, se llevó a cabo una revisión a las declaraciones de renta, permitiéndole a esta Superintendencia capturar de forma adecuada la capacidad de pago de todos los sancionados. Por tal razón el argumento será descartado.

Por otro lado, los recurrentes argumentaron que más que neutra, la conducta procesal tanto de **SM** como de las personas naturales asociadas a la empresa fue positiva, pues desde la averiguación preliminar estuvieron a disposición de esta Entidad, entregaron toda la información solicitada y no obstaculizaron la investigación.

JAIME MARCO FRONTELO e **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** agregaron que fueron citados a una diligencia de ampliación de información la cual ambos solicitaron aplazar por encontrarse fuera de Bogotá en un evento institucional de la empresa. Sin embargo, la Superintendencia de Industria y Comercio decidió no volver a agendar la misma. Esta disponibilidad y seguimiento por parte de los investigados, en su concepto, es muestra de su interés por aclarar los hechos analizados en este caso, sin que esto fuera posible.

Respecto de la conducta procesal, es importante enfatizar en que el hecho que los sancionados hayan ejercido su derecho de defensa y contradicción de manera adecuada no puede interpretarse como un atenuante a las sanciones impuestas, pues su comportamiento procesal apenas se limitó a cumplir con sus obligaciones legales, con lo cual aportar documentos y presentar declaraciones es apenas lo que se espera de cualquier persona en el marco de una investigación administrativa por prácticas restrictivas de la competencia. Incluso, en algunos casos –como en los requerimientos de información– estos comportamientos resultan ser responsabilidades de obligatorio cumplimiento por parte de los agentes investigados, con lo cual no podrían en ningún caso representar algún beneficio por comportamiento procesal o colaboración con las autoridades. Así las cosas, la valoración de su conducta procesal de forma neutra es la adecuada para el comportamiento observado de los sancionados durante la totalidad de la actuación administrativa.

SM agregó que no se tuvo en cuenta el criterio de reiteración de la conducta para la dosificación de su sanción como sí lo hizo en el caso de las multas impuestas a las personas naturales.

En este punto, este Despacho recuerda a la sancionada que los criterios a considerar para imponer sanciones a los infractores del régimen de protección de la competencia son aquellos dispuestos en el artículo 25 de la Ley 1340 de 2009 que modificó el numeral 15 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. La razón de ser de la diferencia entre los criterios aplicados para el caso de **SM** y aquellos de los facilitadores de su conducta es que, para estos últimos, existen criterios diferentes, de conformidad con el artículo 26 de la Ley 1340 de 2009 que modificó el numeral 16 del artículo 4 del Decreto 2153 de 1992. Por ejemplo, la reiteración de la conducta anticompetitiva es un criterio dispuesto en el segundo pero no en el primero. Por tal razón, este Despacho descartará el argumento presentado.

Frente a dicho criterio, **JAIME MARCO FRONTELO** e **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA** solicitaron que se otorgue mayor importancia al mismo a la hora de reevaluar el monto de las sanciones. Esta solicitud debe ser rechazada toda vez que la misma no presenta argumentos adicionales a los ya analizados en el ejercicio de dosificación de la multa que este Despacho presentó en la Resolución Sancionatoria. En este sentido, se indicó que *“este Despacho no encontró que el investigado hubiese sido sancionado, con anterioridad al presente caso, en relación con la comisión de alguna de las conductas anticompetitivas previstas en el régimen de protección de la competencia”*, haciendo evidente la valoración de dicho criterio.

Sobre la invitación de **SM** a que este Despacho considere aspectos como la simetría de información entre los proponentes y la no afectación a la libre competencia con la conducta para la dosificación de las sanciones, se indica que, comoquiera que ya fueron resueltos los argumentos relacionados con el carácter anticompetitivo del comportamiento desplegado por la empresa, las consideraciones presentadas por **SM** resultan ser impertinentes.

Finalmente, respecto de la solicitud de reducción del monto de la sanción como porcentaje del patrimonio de la empresa o de las personas naturales, encuentra este Despacho que tal solicitud no tiene fundamento alguno, de modo que no procederá a modificar dicho valor. Lo anterior toda vez que se observa que la solicitud no contiene información adicional a la ya analizada al momento de dosificar la sanción.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

Así las cosas, no se encuentra ninguna razón válida o elemento de juicio adicional que permita modificar las sanciones que fueron impuestas en la Resolución Sancionatoria, por lo que, además de rechazar todos los argumentos presentados por los recurrentes sobre el particular, se confirma integralmente el monto de las multas impuestas.

CUARTO: 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".

Por su parte, la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (en adelante, "DIAN") fijó, mediante Resolución No. 56 del 22 de noviembre de 2018, la Unidad de Valor Tributario (UVT) vigente 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).

En virtud de lo anterior, el Despacho procederá a expresar las sanciones impuestas en UVT vigentes en 2019, año de imposición de las sanciones y en UVT de 2020, vigentes a la fecha de expedición de la presente resolución.

En mérito de lo expuesto, este Despacho,

RESUELVE

ARTÍCULO PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la Resolución No. 73079 del 12 de diciembre de 2019, de conformidad con las razones expuestas en el presente acto administrativo.

ARTÍCULO SEGUNDO: EXPRESAR las sanciones impuestas en los artículos **SEGUNDO** y **CUARTO** de la Resolución No. 73079 del 12 de diciembre de 2019 en Unidades de Valor Tributarias (UVT) de 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
SM EDUCACIÓN S.A.	\$1.279.439.220	37.334,0887073242	35.932,2386047687
ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA	\$95.233.340	2.778,91275167785	2.674,5679220378
JAIME MARCO FRONTELO	\$5.796.812	169,151210971695	162,799786558823

ARTÍCULO TERCERO: NOTIFICAR personalmente el contenido de la presente Resolución a **SM EDUCACIÓN S.A.**, identificada con NIT. 900.080.694-8; **ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**, identificada con cédula de ciudadanía No. 25.280.194; y **JAIME MARCO FRONTELO**, identificado con cédula de extranjería No. 529.198, entregándoles copia de la misma e informándoles que en su contra no procede recurso alguno.

ARTÍCULO CUARTO: COMUNICAR el contenido de la presente Resolución a **EDITORIAL SANTILLANA S.A.S.**, identificada con NIT. No. 800.024.265-0, en su condición de tercero interesado, entregándole copia de la misma e informándole que en su contra no procede recurso alguno.


ARTÍCULO QUINTO: COMUNICAR el contenido de la Resolución No. 73079 de 2019 y de la presente Resolución a **COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**, el **MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL** y a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN**.

"Por la cual se deciden unos recursos de reposición"

ARTÍCULO SEXTO: COMPULSAR copias del contenido de la Resolución No. 73079 de 2019 y de la presente Resolución a la **FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN** para lo de su competencia, por la presunta comisión de conductas punibles previstas en la Ley 599 de 2000 - Código Penal.

NOTIFÍQUESE, COMUNÍQUESE Y CÚMPLASEDada en Bogotá D.C., a los **26 FEB 2020**

El Superintendente de Industria y Comercio,



ANDRÉS BARRETO GONZÁLEZ

NOTIFICAR:**SM EDUCACIÓN S.A.**

NIT. 900.080.694-8

JAIME MARCO FRONTELO

C.E. No. 529.198

Apoderado**DANILO ROMERO RAAD**

C.C. No. 79.547.687

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

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

daniло.romero@hklaw.com**ISABEL CRISTINA ARBOLEDA ZAPATA**

C.C. No. 25.280.194

Apoderado**BETTINA SOJO LIZARAZO**

C.C. No. 1.020.772.291

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

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

bettina.sojo@hklaw.com**COMUNICAR:****EDITORIAL SANTILLANA S.A.S.**

NIT. No. 800.024.265-0

Apoderado**ALEJANDRO ACEVEDO ESCALLÓN**

C.C. No. 1.018.414.692

T.P. No. 196.243

Avenida Calle 92 No. 11-51

COLOMBIA COMPRA EFICIENTE**AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA**

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

Bogotá D.C.

MINISTERIO DE EDUCACIÓN NACIONAL**Viceministerio de Educación Preescolar, Básica y Media**

Calle 43 No. 57 – 14, Centro Administrativo Nacional

Bogotá D.C.

FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN

Avenida Calle 24 No. 52 – 0, Ciudad Salitre

Bogotá D.C.